

Beni pubblici versus beni comuni*

di Carlo Iannello**
(24 settembre 2013)

1. I beni comuni: una presunta nozione giuridica oltre il pubblico e il privato.

Il recente dibattito sui beni comuni¹ sta attirando l'attenzione della comunità scientifica su questioni certamente nuove che hanno, tuttavia, ancora bisogno di essere opportunamente approfondite perché molti aspetti sono, allo stato, ancora poco chiari.

Preliminarmente occorre mettere in evidenza che lo stesso concetto di beni comuni, quanto a 'cose' che ne costituirebbero il catalogo, appare alquanto indeterminato. Ciò in quanto si va da una ricostruzione praticamente onnicomprensiva, che fa confluire sotto la nozione di beni comuni elementi che hanno caratteristiche strutturalmente diverse tra loro, abbracciando le risorse naturali, la rete web, la comunicazione, i servizi pubblici, a una che tenta di restringerne il catalogo, ritenendo beni comuni solo quelli necessari all'attuazione dei diritti fondamentali. Tuttavia, anche questa diversa interpretazione non conduce a un'efficace delimitazione del concetto, in quanto i beni necessari all'attuazione dei diritti fondamentali sono in realtà molteplici ed eterogenei, stante il lungo catalogo di questi stessi diritti, che comprendono, solo per fare alcuni esempi, il diritto alla salute, il diritto all'istruzione, le libertà fondamentali (come circolazione, soggiorno, associazione), ecc.²

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Cfr., in particolare, U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, ma anche S. Rodotà, *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona 2012. In primo luogo giuspubblicisti, giusprivatisti e filosofi del diritto. Cfr. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; Id., *Contro riforme*, Einaudi, Torino, 2013; Id., *I Beni pubblici: un dialogo tra diritto e politica*, in G. Alpa-V. Roppo (a cura di), *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, 119 e ss.; M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona 2012; Id., *Il principio sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in G. Alpa-V. Roppo (a cura di), *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, cit., 105 e ss. Id., *Il diritto dei beni comuni oltre il pubblico e il privato*, in G. Allegri-M. R. Allegri-A. Guerra-P. Marsocci (a cura di), *Democrazia e controllo pubblico dalla prima modernità al web*, Napoli, Editoriale Scientifica, reperibile anche on-line su <http://www.uninomade.org/il-diritto-dei-beni-comuni/>; S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale contro lo humane divide*, in M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 311 e ss.; dello stesso autore cfr. la nuova edizione di *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013 e ivi, in part. *La proprietà nel sistema*, 7 e ss. nonché *Diritti e beni*, 459 e ss.; Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; U. Pomarici, *Beni comuni*, in Id. (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, Torino, 2012, pp. 1 e ss.; P. Grossi, *I beni: itinerari fra moderno' e pos-moderno'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 1059 e ss.; G. Ricoveri, *Beni comuni vs. merci*, Milano, 2010. S. Ristuccia, *Beni comuni e azioni collettive. Strumenti per un dibattito interdisciplinare oltre l'economia classica*, in *Riv. it. di comunicazione pubblica*, 2010, 9 e ss.; C. Salvi, *Beni comuni e proprietà privata (a proposito di "Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni", a cura di Maria Rosaria Marella)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 209 e ss. Fondamentale è il contributo di M. Hardt-A. Negri, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010, *passim*, che rappresenta la base filosofica cui fa implicitamente o esplicitamente riferimento la recente letteratura giuridica sui beni comuni. Per la prospettiva economica imprescindibile E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006. Si segnalano anche due scritti in lingua inglese, di particolare rilievo in questa materia: G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in "Science", 1968, 1243 e ss.; M. Heller, *The Tragedy of anticommons: property in the Transition from Marx to Market*, in *Harvard Law review*, 1998, 621 e ss.

² Nella ricostruzione di U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., lo spettro dei beni comuni è amplissimo: si va infatti dai servizi pubblici al patrimonio genetico fino al web e alle risorse naturali. S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, cit., 477 cerca di restringere la categoria dei beni comuni a quei beni che garantiscono l'attuazione dei diritti fondamentali. In particolare l'A. osserva: «Ricostruendo sia pure sommariamente un'intricata vicenda storica, si può ben dire che i beni comuni conquistano progressivamente una ribalta che li fa divenire ineludibile riferimento. E tuttavia, come già si è ricordato, questa rinnovata rilevanza rischia d'essere pagata

Comunque sia, lasciando sullo sfondo la questione della delimitazione delle cose comuni, pare necessario mettere in rilievo le idee cardine su cui il concetto stesso si fonda. Secondo la 'dottrina dei beni comuni', saremmo di fronte ad una nuova categoria giuridica che si rilevarebbe particolarmente utile³. Questa nuova nozione delle scienze giuridiche sarebbe necessaria per il raggiungimento di due obiettivi: in primo luogo, per offrire un valido argine alle politiche di privatizzazione delle risorse naturali; in secondo luogo, solo attraverso questa categoria sarebbe possibile superare la (non meglio precisata, per la verità, e - infatti - alquanto oscura) «pervasività della dicotomia pubblico/privato»⁴.

Per comprendere la citata affermazione occorre tenere presente che la dottrina dei beni comuni si pone su un piano di equidistanza rispetto tanto al pubblico quanto al privato, nel senso che «il "comune" del bene comune non è affatto sinonimo di "pubblico" [corsivo mio]»⁵. Coerentemente, questa dottrina assume una posizione di indifferenza rispetto al regime di appartenenza (pubblico o privato) dei beni. Ciò perché, come chiaramente affermato nello stesso manifesto, la «narrativa che si fonda sui beni comuni rifiuta di collocare al centro del sistema politico tanto la proprietà privata quanto lo Stato visto che quest'ultimo, fondato sulla stessa struttura, *da sempre* [corsivo mio] presiede alla privatizzazione dei beni comuni adoperandosi per ampliare la sfera della proprietà privata»⁶. Non solo, dunque, tutta la struttura pubblica, a cominciare dallo Stato, risulterebbe assolutamente inadeguata per la tutela delle cose comuni e per garantire i diritti dei cittadini alla loro fruizione, ma perché addirittura anche l'appartenenza pubblica dei beni è interpretata al pari di un ostacolo al loro libero godimento da parte dei cittadini. Ciò in quanto la fruizione dei beni pubblici sarebbe sempre necessariamente mediata dallo Stato «proprietario», mentre, all'opposto, solo con i beni comuni ci troveremmo di fronte ad una «tipologia di diritti fondamentali di ultima generazione finalmente scollegati dal *paradigma dominicale* (individualistico) ed *autoritario* [corsivi miei] (Stato assistenziale)»⁷.

con un allungarsi del loro catalogo che può privarli di forza analitica e ricostruttiva (se tutto è comune, non ha senso una identificazione specifica di beni comuni), e *con l'assunzione di venature quasi fondamentaliste, che sconfinano nell'ideologia*» (Ibidem).

3 Scrive U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., XVIII, che saremmo di fronte a una «categoria nuova» che sarebbe «non solo *utile*, ma addirittura *indispensabile* per capire – e forse anche per *promuovere* [corsivi miei]– processi nuovi».

4 M. R. Marella, *Introduzione a Id. (a cura di), Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte editore, cit., 11.

5 L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 71.

6 U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 51. Ora, che ci sia una «micidiale tenaglia» (.) che vede gli Stati alleati delle grandi corporation è una considerazione di tutta evidenza (sul punto cfr. le illuminanti pagine di G. Ferrara, Ferrara G., *Relazione di sintesi*, in G. Cocco (a cura di), *L'economia e la legge*, Atti del convegno, (Milano, 4 dicembre 2006), Milano, 2007, 184 e ss). Ma questo non è certo il dato strutturale che caratterizza lo Stato moderno, bensì una recente deviazione dai suoi principi e soprattutto da quelli del costituzionalismo (su questi temi cfr., da ultimo, G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Laterza, Roma-Bari, 2013). Questi attacchi rivolti allo Stato moderno pertanto commettono il fondamentale errore di attribuire al modello dello Stato moderno i tratti degenerativi attuali come se questi, piuttosto che deviazioni dai principi del costituzionalismo liberale e da quelli dello stato sociale di diritto, ne fossero invece i segni distintivi. Insomma, una vera e propria confusione in cui è chiara la sottovalutazione dei principi del costituzionalismo. Non si comprende come si possa dilatare anacronisticamente un istituto complesso e diverso da epoca ad epoca, come lo stato moderno appunto, facendo assurgere a caratteri paradigmatici della statualità le degenerazioni degli ultimi anni.

7 U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., VII

Dunque, l'attenzione dei teorici dei beni comuni è rivolta soprattutto al diritto dei beni, di quelli pubblici in particolare, che diventa il vero bersaglio polemico. Secondo i teorici dei beni comuni, infatti, anche le nozioni del demanio e dei beni pubblici non esprimerebbero un concetto alternativo a quello della proprietà privata così come disciplinata dal codice civile⁸. Demanio e beni pubblici altro non sarebbero che una mera variante del diritto di proprietà, che da questo si distinguerebbe solo per il dato soggettivo, ossia per essere imputato, invece che a un soggetto privato, a un ente pubblico⁹. La categoria dei beni comuni è individuata come l'unica valida alternativa alla proprietà individuale. Il concetto dei beni comuni, dunque, sarebbe necessario per affermare, nel mondo del diritto, l'idea di appartenenza collettiva di tutti quei beni che servono alla comunità e che sono indispensabili alla vita associata. Al di fuori della nozione di beni comuni, non ci sarebbe spazio per dare ingresso e tutela alle istanze sociali e collettive che sono intrinsecamente legate a tutti quei beni di cui la collettività ha bisogno per poter concepire la stessa vita associata¹⁰.

Ne deriva che pubblico e privato sarebbero due concetti affini, per nulla in contrapposizione, anzi, accomunati dal tendere al medesimo obiettivo, quello della privatizzazione delle risorse comuni. Non solo, come osservato, la «narrativa che si fonda sui beni comuni rifiuta di collocare al centro del sistema politico tanto la proprietà privata quanto lo Stato»¹¹, ma essa non ravvisa nemmeno una sostanziale differenza tra lo stato e la società per azioni: «Tanto la moderna società per azioni (*corporation*) quanto il moderno Stato sovrano – si legge nel “Manifesto dei beni comuni” – tendono a comportarsi rispetto ai beni comuni esattamente come l'avidio invitato al buffet: essi mirano sistematicamente alla massima acquisizione quantitativa di risorse a spese di altri»¹².

I «nemici» della dottrina dei beni comuni sono dunque, *a pari titolo* lo Stato (ossia il pubblico) e il mercato (ossia il privato)¹³. Ne consegue che il movimento dei beni comuni non mira al recupero della centralità dello Stato e dell'autorità del pubblico – latamente inteso – in quanto questo sarebbe un progetto «inattuale», «incongruo», «irrealizzabile»¹⁴.

⁸ La premessa da cui queste teorie partono è che tutti i beni pubblici configurino una proprietà individuale (ancorché pubblica), per cui l'accesso a tali beni debba essere necessariamente mediato dal paradigma «dominicale» e «autoritario» dello Stato (cfr. U. Mattei, *Un manifesto*, cit.).

⁹ Rileva a tale proposito U. Mattei, *Contro riforme*, cit., 44 che: «La proprietà pubblica, demanio o patrimonio che sia, si è progressivamente ridotta a una semplice proprietà privata assoluta ed estrattiva dello Stato (o delle sue articolazioni territoriali), garantita puramente nell'interesse dell'apparato del suo titolare».

¹⁰ Solo attraverso i beni comuni darebbero luogo a una «tipologia di diritti fondamentali di ultima generazione finalmente scollegati dal *paradigma dominicale* (individualistico) ed *autoritario* [corsivi miei] (Stato assistenziale)» U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., VII

¹¹ Ibidem, 51.

¹² U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., XII.

¹³ Osserva U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 19 che «Il nemico dei beni comuni è sempre la micidiale tenaglia dello Stato e della *corporation*». «Il principale bersaglio critico di questo Manifesto per i beni comuni – scrive difatti Mattei – è costituito dall'assetto istituzionale fondamentale del potere globale oggi dominante: la tenaglia fra la proprietà privata, che legittima i comportamenti più brutali della moderna *corporation*, e la sovranità statale, che instancabilmente collabora con la prima per creare sempre nuove occasioni di mercificazione e privatizzazione dei beni comuni», Ibidem, XIII.

¹⁴ La citazione estesa è la seguente: «[...] il recupero della centralità dello Stato o dell'autorità pubblica locale diventa un progetto inattuale e incongruo, e forse persino irrealizzabile.» (M. R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 10)

«La lotta per i beni comuni» – si avverte – «non è sempre una reazione al c.d. mercatismo in favore della restaurazione della potestà dello stato sulle risorse comuni»¹⁵.

Occorre rilevare che la letteratura giuridica ha mostrato un particolare atteggiamento nei confronti di queste teorie. Molti studiosi privatisti hanno aderito alle tesi in esame, mentre minore diffusione di questi concetti si registra nell'ambito della letteratura giuspubblicista¹⁶. Non si può tuttavia fare a meno di rilevare che la tendenza degli studi giuspubblicisti o è stata adesiva, nel senso che accoglie queste ricostruzioni (senza tuttavia riuscire a dimostrare quale sarebbe l'utilità pratica e da dove si desumerebbe questa nuova categoria giuridica), oppure, nella maggior parte dei casi, non ha partecipato affatto al dibattito, lasciando il compito di criticare queste tesi a studiosi, anche molto autorevoli ma appartenenti a tutt'altri settori scientifici¹⁷.

La mancata attenzione critica della letteratura giuspubblicista rispetto a questo tema, tuttavia, sorprende per varie considerazioni. Innanzitutto perché tali proposte sono anche confluite in un testo che ha assunto la dignità di progetto di legge, frutto del lavoro di una Commissione di nomina ministeriale cui è stato affidato il compito di redigere i principi e i criteri direttivi di una legge delega al governo per la riscrittura della normativa codicistica in tema di proprietà pubblica. In secondo luogo perché essa mina alle fondamenta i concetti cardine del diritto costituzionale e amministrativo, su cui è stato edificato tutto l'edificio pubblico, quali la categoria del demanio, dei beni pubblici e con esse lo stesso rapporto tra territorio e popolo su cui si fondano le nozioni di Stato e di sovranità. È il rapporto che un dato popolo ha con il territorio, infatti, che assume un valore fondativo dello stesso ordine giuridico, precede la distinzione tra diritto pubblico e privato e legittima l'idea che vi sia un

15 M. R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 9. La lotta per i beni comuni, prosegue l'autrice: «Essa al contrario da voce all'insoddisfazione e all'insofferenza per quelle politiche pubbliche che hanno generato l'attuale crisi di fiducia nelle istituzioni e nella rappresentanza politica». Paradigmatica è la seguente affermazione, riferita alla gestione dello spazio urbano ma espressamente dichiarata di validità generale: «Predicare come *commons* lo spazio urbano – *ma il discorso vale per ogni altro ambito* [corsivo mio] – non significa certo invocare un intervento del pubblico potere che limiti o conformi la proprietà urbanistica in funzione dell'utilità sociale, ma invece contestare in radice la *legittimità* di ogni atto di governo del territorio, ovvero di uso dello stesso, che sottrae utilità alla collettività in termini di salute, libertà, socialità, dignità del vivere, felicità» (M. R. Marella, *La difesa dell'urban commons*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 187).

16 Per la letteratura privatista cfr. gli studi di Maria Rosaria Marella e Stefano Rodotà citati alla nota 1. I giuspubblicisti che se ne sono occupati sono proprio coloro che hanno sviluppato le tesi in esame (cfr., ad esempio, A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, cit., *passim*) mentre rare sono le voci della scienza giuspubblicista che ne mettono in rilievo gli aspetti ambigui e contraddittori. Per una critica alla teoria in esame cfr. P. Maddalena, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, 2011, 1 e ss.

17 Cfr. S. Settis, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012, *passim*; per una puntuale e drastica critica delle tesi del comune e dei beni comuni cfr. E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013, *passim*. Significativa è la nota di «Dissenso rispetto al titolo assunto dal volume» scritta da T. Seppilli, *Sulla questione dei beni comuni: un contributo antropologico per la costruzione di una strategia politica*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona 2012, 125 che pare opportuno citare integralmente: «Le parole sono pietre e come tali pesano nel significare le cose e i progetti di cui si discute. Ho ritenuto di sottolineare, nel mio articolo, come qualsiasi formulazione verbale che nel riferirsi al “comune” suggerisca una sua equidistanza, o comunque una “diversità dello stesso valore”, fra “il pubblico” e “il privato” – insieme accomunati come una antitesi novecentesca “superata” – risulta a mio parere gravemente fuorviante e intrinsecamente irrealista. Peggio: costituisce un ottimo, anche se del tutto involontario, regalo all'ideologia neo-liberista oggi dominante malgrado tutti i suoi guasti. Come ho cercato di sottolineare, nel “pubblico” è possibile intravedere elementi di “comune”, mentre dal “privato” non si va da nessuna parte e si rimane inevitabilmente nella logica del massimo profitto».

diritto eminente della collettività su tutto il territorio. Come scriveva Donato Donati nel 1924, «[...] il territorio in generale costituisce un ambito comune della libertà dello Stato e dei singoli, cioè, in generale e del detto senso, una *res communis* ai medesimi»¹⁸. E non si può spiegare altrimenti che concependo il territorio come appartenente a tutti che «sul versante della legislazione ordinaria vige il principio del diritto potenziale dello Stato su tutto il territorio, sancito dall'art. 872 del codice»¹⁹. Diritto che anzi oggi risulta più che mai potenziato dal rafforzamento del regime amministrativo cui è sottoposto l'intero territorio nazionale, non solo per quanto concerne l'interesse urbanistico, ma anche quello ambientale, quello paesaggistico, quello idrogeologico, ecc.

2. L'equivoco dei beni comuni come categoria giuridica.

La teoria dei beni comuni, al contrario, ritenendo che il concetto di cosa comune si trovi al di fuori dell'ordinamento giuridico (e ricompreso solo nella nuova categoria dei beni comuni) compie un'operazione che non si giustifica sul piano del rigore scientifico, ma solo in termini strumentali. In pratica, al fine di legittimare la propria ragion d'essere, interpreta i concetti e le categorie classiche in senso opposto a come fatto da una letteratura consolidata. Solo a queste condizioni, cioè che la nozione di demanio sia interpretata in senso opposto al suo originario e genuino significato, può avere senso questo nuovo concetto di beni comuni.

Nella ricostruzione che ne danno i teorici dei beni comuni, infatti, il demanio è impropriamente divenuto sinonimo di proprietà individuale dell'ente pubblico, quando è al contrario chiaro che l'appartenenza demaniale rappresenti un fenomeno strutturalmente alternativo a quello della proprietà individuale e configuri un'ipotesi di appartenenza collettiva di beni su cui l'ente pubblico si limita a svolgere un mero ruolo di amministratore (di una cosa *altrui*, appunto).

La confusione tra il concetto di demanio e di beni pubblici, da un lato, e quello di proprietà privata, dall'altro, è da attribuire invero alla dogmatica della proprietà pubblica, inopportunosamente importata in Italia dall'ordinamento tedesco verso gli anni venti del 1900, che ha generato confusione²⁰ e allontanato gli studi - fino alla metà dello scorso

18 D. Donati, *Stato e territorio*, Roma 1924, p. 139.

19 V. Cerulli Irelli *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 25

20 Cfr. G. Zanobini, *Il concetto della proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, in *Studi senesi*, XXXVIII, 1923, ora in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1955, p. 182. Cfr. sul punto M. Esposito, *I beni pubblici*, in *Beni proprietà e diritti reali*, a cura di M. Bessone, vol. VII, tomo I.2, Utet, Torino 2008, p. 68 il quale osserva che la nozione di proprietà pubblica «[...] fu introdotta per spiegare la natura (o la struttura) dei poteri dominicali sui beni demaniali, ma coloro che la introdussero, in ultima risultanza, non riuscirono a spiegare proprio nulla; e difatti vi furono altri i quali, pur dicendo di adottare il concetto, rilevarono che il dominus pubblico non aveva potere di disposizione, quasi mai aveva poteri di godimento suoi propri, aveva limitate facoltà di utilizzazione; ossia affermando di adottare il concetto lo caricavano tuttavia di tali riserve sostanziali da dover ritenere che in realtà adottassero una locuzione, sul cui tessuto era meglio non indagare troppo.» [...]». Come rilevato da Cerulli Irelli i giuristi tedeschi avevano un problema che non si poneva ai giuristi italiani e francesi, ossia quello di giustificare un regime derogatorio al codice civile dei beni appartenenti allo Stato e agli altri enti pubblici territoriali. Infatti, nel codice civile tedesco non esistevano quelle disposizioni che noi abbiamo ereditato dalla tradizione francese (per l'appunto dalla legge del 22-11-1790 sui beni della nazione e dal codice napoleonico del 1805, seguito sia dal codice sardo del 1827 che da quello del regno d'Italia del 1865 in base alle quali era disposto il regime dell'incommerciabilità e dell'inalienabilità dei beni pubblici). Al contrario nel codice tedesco la disciplina della proprietà era unica per cui la disciplina ivi prevista si sarebbe dovuta applicare a tutte i beni, indipendentemente dalla soggettività pubblica del proprietario. Fu così che per evitare la conseguenza inaccettabile della generale commerciabilità dei beni pubblici, la dottrina tedesca elaborò la dottrina della proprietà pubblica, ossia di un regime proprietario diverso da quello elaborato dal codice civile: il motivo dell'elaborazione della dottrina della proprietà pubblica fu dunque quello di sottrarre all'applicazione delle normative civilistiche i beni pubblici, attraverso l'elaborazione di una categoria di proprietà, quella pubblica appunto, che sfuggiva pertanto al campo di applicazione del diritto comune. Cfr. sul punto anche V.

secolo - dalla consolidata tradizione pubblicistica. Si tratta tuttavia di una confusione che è stata lucidamente ed efficacemente chiarita da Massimo Severo Giannini, il quale ha scritto, nel 1963, un testo fondamentale e insuperato in materia di beni pubblici. Secondo il citato autore, fu l'«indirizzo pandettistico»²¹ che escogitò «il concetto di “proprietà pubblica”, con il quale si ritenne di poter sistemare quasi tutto»²² sebbene, in realtà, tale concetto ha rappresentato solamente «un'espressione verbale, con cui non si è riusciti a spiegar *nulla*»²³, mentre al di sotto di questa espressione «seguita a circolare per proprio conto una ben più fervida e complessa realtà giuridica»²⁴.

Osservava, infatti, Giannini che se si vuole davvero comprendere a fondo la materia occorreva «quasi dimenticare ciò che si è detto e si è scritto sul demanio, e riprenderlo da capo»²⁵. Riprendere da capo la materia significava appunto che non fosse assolutamente necessario introdurre nulla di *nuovo* ma, molto più semplicemente, «tornare alle origini»²⁶, cioè rivolgere l'attenzione ai dati, di carattere storico e sociale, che hanno determinato la nascita stessa dell'istituto demaniale, che affonda le proprie radici nei fenomeni di appartenenza collettiva dei beni che servono a una data comunità per soddisfare le proprie vitali esigenze (allo stesso tempo, comunitarie e legate alla sopravvivenza dei singoli). Elementi che, al contrario di quanto avvenuto con la teoria della proprietà pubblica, erano stati tenuti ben presenti dalla dottrina più antica²⁷. Il demanio, infatti, rileva Giannini, è stato all'origine «una proprietà collettiva, cioè una proprietà da cui ogni membro della collettività poteva trarre delle utilizzazioni»²⁸. Rilevatosi essenziale «trovare

Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1987, pp. 273 e ss., il quale osserva che tale dottrina è stata «in larga parte fraintesa» (Ibidem, p. 276, alla nota 3).

21 M. S. Giannini, Mario Bulzoni, Roma 1963, p. 7.

22 Ibidem.

23 Ibidem. (Il corsivo è mio).

24 Ibidem. Cfr., inoltre, del medesimo autore, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna 1995, pp. 87 e ss. Occorre osservare che la forza della citata tradizione è stata notevole. Cfr. ad esempio, G. Palma, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, EGES, Torino 1982. Per una recente ricostruzione del dibattito in tema cfr. M. Arsì, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano 2003, pp. 1705-1787; M. Renna, *Beni pubblici (voce)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano 2006, pp. 714-725.

25 Giannini, *I beni pubblici*, cit., p. 51.

26 Ibidem, p. 52.

27 F. Cammeo, *Il demanio (voce)*, in *Digesto italiano*, vol. IX, parte I, Torino 1897-1898, pp. 841 e ss., e la ricostruzione della letteratura giuridica precedente ivi riportata; L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Fratelli Bocca, Torino 1909, pp. 329 e ss.; O. Ranalletti, *Della formazione e della cessazione della demanialità*, in *Giur. it.*, 1899, IV, p. 384 (ma vedi ora Id., *Scritti giuridici scelti. IV. I beni pubblici*, Jovene, Napoli 1992, p. 399 e ss. Si avverte che per le citazioni successive delle opere di Ranalletti, raccolte nella ristampa anastatica del 1992 edita da Jovene, si manterrà la numerazione originaria).

28 Giannini, *I beni pubblici*, cit., p. 51. Storicamente, rileva l'autore, «questa figura di proprietà collettiva si è formata in modo confuso. La sua specie più antica, che ancor oggi sussiste, iscritta nella categoria degli usi civici, è costituita dai *demani comunali* [corsivo mio]. Nella loro forma pura i demani comunali sono terre collettive adibite ad utilizzazioni agricole parziali, per lo più di rapina – di comunisti o di frazionisti – amministrate dallo ente comune» (Ibidem, p. 48). Col tempo però «i demani comunali tendono comunque a trasformarsi in organizzazioni più moderne» (Ibidem, p. 48). Come sostiene Giannini «si consolidano quei beni di proprietà collettiva che le norme positive [...] chiamano puramente e semplicemente “demanio” degli enti territoriali. Essi sono principalmente le strade e le altre aree pubbliche, il lido, la spiaggia e gli altri beni del demanio marittimo, le acque pubbliche interne, come fiumi, torrenti e laghi.» (Ibidem, p. 49).

chi potesse provvedere alla sua manutenzione»²⁹, si individuò a tale scopo nel *dominus terre*, poi nel sovrano, poi nella corona tale soggetto «che si concepì come amministratore di beni altrui, i quali, a garanzia dei titolari del diritto si dissero inalienabili»³⁰. Infine, per arrivare ai tempi moderni, «alla corona si sostituì lo Stato»³¹.

Ma, «*inavvertitamente*», a un certo punto «*si invertirono le parti, e si giunse a concepire Stato e comuni come proprietari dei beni* [corsivo mio], gravati da servitù di uso da parte della collettività». Si è giunti così fino al punto di rompere «il legame tra beni e collettività», determinando un paradossale capovolgimento dei rapporti per cui si attribuì «all'ente territoriale la proprietà individuale del bene e ai componenti la collettività un diritto reale parziario di uso o di utilizzazione sul bene altrui»³². Ebbene, se questa concezione era dominante ai tempi di Giannini, proprio il suo illuminante lavoro ha determinato una decisa inversione di rotta nelle riflessioni successive, in cui, sulle orme del Giannini, il concetto di demanio e quello di beni pubblici sono stati reinterpretati in conformità del loro autentico e genuino significato, ossia quello di beni appartenenti alla comunità dei cittadini e aperti alla libera fruizione collettiva³³.

3. Chi difende i beni comuni?

La teoria dei beni comuni, pertanto, oltre ad avere come presupposto una errata interpretazione delle categorie classiche, contiene inoltre in sé anche elementi di pericolosità, come è stato chiaramente messo in luce da autorevoli studiosi – paradossalmente non giuspubblicisti – che hanno efficacemente contestato la validità e la stessa utilità pratica di questa pretesa nuova nozione³⁴. La teoria dei beni comuni, infatti, conduce verso una svalutazione del concetto di pubblico, in tutte le sue declinazioni, senza offrire alcuna valida alternativa né sul piano teorico né sul versante pratico, oltre a questa vaga idea che fa affidamento sulla pretesa capacità della società di auto-organizzarsi e di poter così fare a meno del potere pubblico.

In particolare, dal fraintendimento della nozione di demanio derivano ulteriori conseguenze che contribuiscono a portare questa dottrina su un percorso che, oltre ad essere incoerente, finisce per diventare addirittura rischioso. In pratica, questa dottrina, non rendendosi conto della stretta relazione che sussiste fra lo spazio del comune (ossia di quello che deve necessariamente essere messo a disposizione di tutti) e la sfera pubblica, è foriera di conseguenze pericolose. La distruzione del pubblico invero trascina inevitabilmente con sé anche quella del comune. Il compito di custodia delle cose comuni

29 Ibidem, pp. 51-52.

30 Ibidem. (Corsivo mio).

31 Ibidem.

32 Ibidem, p. 54.

33 S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Giuffrè ed., Milano 1968; Cerulli Irelli, V. *Uso pubblico*, in *Enc. dir.* XLV, 1992, pp. 956 e ss.; V. Cerulli Irelli, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2003 – Titolarità e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 15 e ss.; Id. *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983; V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1987 pp. 273 e ss.; Caputi V. Jambrenghi, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna 1998, p. 1081 e ss.; Caputi Jambrenghi, V. *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Jovene, Napoli 1979.

34 S. Settis, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, Einaudi, 2012; E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

è stato storicamente affidato all'organizzazione sociale nel suo complesso e dunque interpretato innanzitutto dallo Stato e dagli enti pubblici territoriali. È il 'pubblico' il luogo in cui le cose comuni (e con esse gli interessi sociali e quelli collettivi che soddisfano) sono state protette. La categoria storico-sociale del demanio ha rappresentato proprio il luogo in cui le cose comuni, ossia quelle necessarie per la sopravvivenza della comunità, sono state custodite. Il diritto pubblico, infatti, proprio con riferimento alla materia dei beni, manifesta, nel modo più plastico possibile, tutto il suo contenuto sociale e gli enti territoriali, dallo Stato ai comuni, mostrano la loro identità di organizzazioni sociali predisposte appunto per essere al servizio del pubblico³⁵, per garantire la fruizione dei diritti dei singoli.

I diritti collettivi d'uso, gli usi civici, l'acquisto di diritti demaniali su cosa privata, lo stesso uso dei beni demaniali, rappresentano il modo in cui la comunità è riuscita a conquistare spazi di socialità, sottraendoli all'appropriazione privata. Lo spazio comune è diventato «*cosa pubblica*» (o anche «spazio di libertà comune», come Donato Donati definiva negli anni 20 dello scorso secolo il territorio dello Stato). Il profondo legame che si instaura tra la collettività e il territorio, che non a caso è stato studiato come elemento costitutivo dell'ordine giuridico (Schmitt), determina una forma di appartenenza collettiva del popolo sul territorio, che rappresenta l'archetipo delle cose comuni³⁶. Attraverso l'uso delle cose pubbliche, dunque, la comunità manifesta il proprio diritto eminente sul territorio, in ricordo dell'antica *Allmende*³⁷, da cui deriva il diritto di ciascuno (anche del non cittadino) all'uso delle cose demaniali.

Le forme di appartenenza collettiva, ancora presenti nel nostro ordinamento (dal demanio alle servitù pubbliche ai diritti di uso pubblici) non solo sono ancora attuali ma sono il derivato di un processo storico e sociale attraverso il quale la comunità ha creato il pubblico, cioè quegli spazi fisici e quei beni che producono servizi essenziali alla vita associata. Queste forme collettive di appartenenza sono il luogo in cui l'ambito del 'comune', cioè della vita sociale e collettiva, prima si è formato e poi ne è stato custodito e protetto, attraverso la sua considerazione da parte dell'ordinamento come «*cosa pubblica*». La storia ha pertanto dimostrato che quanto di comune è prodotto dalla società concorre alla formazione della sfera pubblica e vive dentro questa dimensione, contribuendo inoltre a dare un volto sociale alla stessa idea di pubblico. Al di fuori di questo involucro protettivo, infatti, il 'comune' resta indifeso, con il rischio di essere costantemente annientato dalla voracità delle volontà individuali.

La materia dei beni pubblici, come ci hanno insegnato i classici - i «vecchi maestri» del diritto pubblico - svela dunque il senso più antico e autentico del legame tra comunità e territorio: legame così intenso da fondare la comunità, le cose comuni e lo stesso ordinamento giuridico. Tutto ciò che serve alla comunità per garantire la sopravvivenza

35 Osserva V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici e d'interesse pubblico*, cit., 1095, che «Nei beni pubblici, dunque, lo Stato-amministrazione e gli enti territoriali mostrano, si direbbe fisicamente, la loro vera idoneità di struttura giuridica politicamente motivata all'utile e al servizio del pubblico. Il demanio e il patrimonio indisponibile finiscono quasi sempre per rappresentare l'espressione tangibile ed esterna - necessariamente predisposta alla fruizione di tutti i cittadini - di un'entità altrimenti soltanto politica e giuridica, epperò astratta, quale è lo Stato: nei beni pubblici - può dirsi - c'è concretezza dello Stato, se essi sono teatro di un suo incontro quotidiano con la realtà delle persone. È di estremo interesse - è il caso di aggiungere - come questo incontro valga a rilevare quanto di pubblico c'è (e deve esserci) in ogni privato che gode e usa la *res* e quanto di privato e di patrimoniale (l'interesse alla conservazione e all'uso perenne di un bene con oneri manutentivi ridotti al minimo e persino con un margine di utile, dove l'ordinamento lo consenta) c'è (e deve esserci) nell'ente territoriale cui la *res* appartiene»

36 Sul punto cfr. M. Esposito, *I beni pubblici*, in *Beni proprietà e diritti reali*, a cura di M. Bessone, vol. VII, tomo I.2, Torino 2008, pp. 68 e ss. e in part. 106 e ss.

37 V. Cerulli Irelli, *Proprietà Pubblica e Diritti Collettivi*, cit., p. 209.

propria e dei singoli diventa «cosa pubblica», ed è sottratto all'arbitrarietà delle volontà individuali per garantirne l'accesso universale. Il senso della pubblicità dei beni – e degli istituti che tale pubblicità garantiscono, come quello del demanio - è quindi proprio quello della garanzia dell'appartenenza collettiva di tutti quei beni necessari per la vita stessa della comunità. I beni pubblici (e la dimensione pubblica che essi evocano) si configurano dunque come l'unico possibile argine che la civiltà moderna ha ancora a disposizione per evitare di annullarsi risucchiata nel vortice planetario della «teco-economia». Ed è da lì che occorre ripartire per la difesa delle cose comuni.

La teoria dei beni comuni, invece, svalutando il pubblico, mettendo stato e società commerciali sul medesimo piano contribuisce – almeno sul piano culturale – a rendere sempre più difficile e problematica proprio la difesa delle cose comuni e fornendo un involontario - quanto inaspettato - aiuto ai suoi avversari.

** Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Seconda Università di Napoli

Forum di Quaderni

Istituzionali