



## Diritto e Processo Amministrativo

# La proprietà pubblica: oblio di un concetto

di [Giancarlo Montedoro](#)

18 maggio 2022

---

## **La proprietà pubblica: oblio di un concetto di Giancarlo Montedoro**

Che fine ha fatto la proprietà pubblica?

Se lo chiede un libro di Paolo Maddalena “La rivoluzione costituzionale – Alla riconquista della proprietà pubblica”, un libro sincero ed appassionato, franco al limite della durezza come si conviene ai testimoni del nostro tempo (specie se lungamente impegnati nel difficile mestiere del giudicare).

La rivoluzione costituzionale è ovviamente un ossimoro.

Ma nemmeno tanto a ben vedere, sempre la nozione di Costituzione si muove fra potere istituente o costituente e potere istituito o costituito, sempre c’è nella vita sociale e del diritto la perenne dialettica fra movimento ed istituzione.

Quanto poi alla rivoluzione che ha condotto all’adozione della nostra Carta Costituzionale essa è stata sempre vista nostalgicamente alla luce della esperienza repubblicana come una “rivoluzione tradita” e dai laudatores temporis acti, alla luce dell’esperienza pre-repubblicana, al più come una illusoria “rivoluzione promessa” (ma, si sottintendeva, difficilmente attuabile).

Quindi l’accostamento della parola rivoluzione e della parola Costituzione non è un azzardo ed ha numerosi precedenti.

Il libro coglie una questione che è al cuore del progetto moderno: il deperimento della sfera pubblica. E – con essa – il deperimento della proprietà pubblica.

La crisi del demanio.

Le tante crisi drammatiche, tragiche che si affacciano sul teatro della storia (dalle crisi ambientali a quelle finanziarie fino ad alcuni conflitti bellici che ritornano nel cuore dell'Europa) ne sono il portato ed il sintomo.

Il libro è un *j'accuse* - la lettera di Zola del 13 gennaio 1898 metteva sotto accusa un sistema militare e giudiziario - in questo caso è un esponente della magistratura prima contabile e poi costituzionale, dedicatosi per anni allo studio del diritto romano e poi del diritto ambientale, a criticare l'assetto di tutto un sistema giuridico, interrogandosi sullo stato di salute della proprietà pubblica come vicenda paradigmatica per comprendere gli esiti del progetto moderno.

Il libro è una lamentazione, nel solco di una letteratura intera dal profeta Geremia a Giobbe e Kafka.

Geremia lotta con Dio quando grida: "Perché le cose degli empi prosperano? Perché tutti i traditori sono tranquilli?" (Ger. 12, ,1.3).

Giobbe lotta per avere un Dio vicino (a volte disperiamo di ciò) e sperimenta l'assoluta vanità dell'innocenza personale (l'esito bellico del capitalismo finanziario deregolato assume l'aria del già visto alla luce delle Scritture così come l'inanità degli sforzi personali e collettivi per la tutela della sfera pubblica di fronte allo scatenamento degli egoismi incontrollati è).

In tutti i racconti di Kafka la giustizia è un'entità lontana ed inaccessibile, remota ed incomprensibile.

La lamentazione ha una tradizione anche musicale.

Le lamentazioni fanno parte delle nuove tendenze cinquecentesche che mostrano una particolare attenzione al rapporto tra musica e poesia. I musicisti in questo periodo cercano di dare visibilità sonora alle parole. Grazie a particolari procedimenti compositivi, riescono a trasporre musicalmente o addirittura graficamente, il significato del testo poetico nelle loro composizioni.

Un esempio molto famoso di lamentazione è l'aria (una delle mie preferite) "When I am laid in earth", tratta dall'opera "Dido and Aeneas" (1689) di Henry Purcell (1659-1695). Qui compare il tetracordo cromatico discendente (sol – fa# – fa – mi – mib – re) che è ripetuto incessantemente e

attorno a esso si muove l'intera aria.

Per questo particolare esempio possiamo già parlare di aria-lamento, cioè un pezzo musicale con una sua autonomia, aderente alle esigenze del testo. La voce di un solista si erge su un accompagnamento strumentale e attraverso questo monologo sonoro il cantante dilata il tempo della rappresentazione ed esprime la sua dimensione interiore.

La lamentazione per la privatizzazione del mondo dispiegata in analisi storica delle dinamiche giuridiche della proprietà; questo offre il libro.

Una sorta di generale sguardo sul complessivo abbandono di strade ragionevoli.

Ma la lamentazione di un giurista non sarebbe sufficiente.

Un giurista (e Maddalena tale è) deve saper indicare strade.

La strada è l'impegno civile.

Un libro di impegno civile che fa pensare a Rousseau al Discorso sull'origine della disuguaglianza, a quell'apologo sulla nascita del possesso e della proprietà come origine dell'infelicità umana.

Va letto così come un libro testimonianza, un libro accusatorio.

La posizione assunta è coraggiosa: essa presuppone che siano fatti i conti con la funzione dell'intellettuale nel mondo della finanziarizzazione dell'economia, della tecnicizzazione del sapere, del conflitto generalizzato e caotico che dissolve gli Stati e li ricrea.

Una funzione – quella intellettuale – in via di deperimento, assediata come è dal muoversi di potenti organizzazioni di comunicazione create per la manipolazione del consenso e la passivazione delle masse, ultimo triste esito del Soggetto moderno, prefigurato dai francofortesi (analizzando il mondo dell'opinione pubblica travolto dalla dottrina Goebbels).

La dottrina manipolatoria delle masse che dilaga nell'assenza o nella vacanza dei moderni soggetti del pluralismo sociale (partiti organizzati, sindacati, organizzazioni religiose, uniche queste ultime a resistere con dignità ma purtroppo senza ricucire un afflato ecumenico che sia in grado di frenare l'involuzione in atto) e nell'insorgenza di nuovi populismi e di tecniche digitali disumanizzanti.

Naturalmente il giurista è un intellettuale specifico, poi quando si tratta di un magistrato o di un ex magistrato (e giudice costituzionale) è pacifico che il ruolo incontri i limiti del riserbo e del

dover evitare uno schieramento aperto per specifici partiti, senza rinunciare ad un'etica dell'impegno che è la sola che può vivificare la professione, evitando che scada nel mero problem solving.

Per il magistrato il magistero intellettuale non può non essere tutto nel riferimento alla Costituzione.

Una Costituzione che va riletta oggi – realisticamente – nel quadro del globalismo (di cui l'autore evidenzia tutti gli squilibri).

Il problema della de-territorializzazione del diritto, della nascita di un diritto privato globale (anche detto *lex mercatoria* per le intuizioni di Francesco Galgano) e poi di un diritto globale senza Stato, basato sulla sola dinamica e primazia dei diritti individuali ed economici.

A queste dinamiche arcinote si accompagna la crisi del costituzionalismo e dei partiti che ne sono stati il motore ed il soggetto.

Ai partiti spettava un ruolo di direzione intellettuale e morale che è andato perduto.

Una tragedia moderna.

L'economico ha finito con il prevalere sul politico.

La globalizzazione – per i più - è accettata come un dato e non vissuta come un problema.

Ed eccoci qui di fronte a catastrofi che non casualmente si succedono, non cigni neri, ma eventi a lungo preparati e ben comprensibili che dovremmo capire nella loro interna logica se vogliamo realmente difendere le società aperte, le società decenti.

Si tratta del portato di una sorta di “pensiero magico” che ci ha infettato le menti.

Un pensiero che si stende su di noi come una cappa opprimente. Una cappa che svuota tristemente la modernità.

La politica ha perso la sua capacità di esercitare un ruolo direttivo intellettuale e morale sulla vita e sulle società.

La crisi del costituzionalismo è insieme crisi dei partiti e crisi dello Stato; da questa consapevolezza, approfondendo il solco della riflessione del pensiero novecentesco della crisi (Kelsen – Schmitt – Santi Romano ) ora emerge l'economico come dato insuperabile mentre dovremmo vederlo come problema e quindi come dato – certo – ma governabile.

Ossia dovremmo iniziare a domandarci: quale globalizzazione è desiderabile (prima di metterla rapidamente in soffitta rimpiazzandola con chiusure nazionalistiche e guerre)? Quale declino (se declino ormai sembra il destino dell'Occidente) ? con quali vinti e quali vincitori? Siamo ancora in tempo per una globalizzazione ben temperata che non soffochi le sfere pubbliche nazionali e per questo motivo non determini reazioni antiliberali?

La post-modernità è stata spesso funestata da un pensiero unico (questo Maddalena lo mette bene in evidenza nel capitolo sul contesto finanziario e globale connotato dal pensiero neoliberista che Todorov chiamava neo-totalitarismo liberale).

Tale pensiero ha improntato le politiche economiche, in risposta alla crisi fiscale dello Stato (cfr. Buchanan e Wagner, *La democrazia in deficit – L'eredità politica di Lord Keynes*) costruendo una logica onnipervasiva del sacrificio che, peraltro, non ha esitato a continuare a far debito nel tentativo di comprare tempo.

Lo vuole l'Europa è stato il mantra e così, dai famosi parametri macroeconomici di Maastricht ( 60% nel rapporto debito/PIL 3% del deficit ), sono fiorite molteplici conseguenze costituzionali in forma di regole di bilancio precipitate - attraverso gli obiettivi di medio termine, che disegnavano la marcia di avvicinamento a detti parametri - nel calcolo del deficit c.d. strutturale mediante sofisticati strumenti come l'output gap ce rendono le politiche dipendenti dal calcolo tecnico e svuotano dall'interno le possibilità di politiche democratiche ( peraltro spesso improntate solo ad assecondare i desideri della propria constituency ).

Ormai è un ricordo la lunga marcia dei trenta gloriosi, la lunga vicenda dell'attuazione costituzionale italiana ( la Costituzione è in gran parte fuori centro nel mondo post - ideologico e post-partitico ).

Si succedono – Maddalena lo ricorda citando Luciano Gallino – “privatizzazioni”, “modernizzazioni”, “aziendalizzazioni”, sistematiche politiche di svalutazione del lavoro (fondamento della Repubblica).

La partita tuttavia è ancora aperta.

La storia è sempre aperta.

Comprendere la fase che stiamo attraversando per viverne le contraddizioni.

Ordine e caos si fronteggiano (lo abbiamo scritto nel testo *Il diritto pubblico fra ordine e caos*).

Se la crisi del '29 è stata crisi di sovrapproduzione, quindi dell'economia reale la crisi del 2007 – 2008 è stata in origine crisi finanziaria poi comunicatasi all'economia reale.

La crisi del 2007-2008 non ha trovato risposte sistemiche (una risposta sarebbe stata l'adozione del c.d. global legal standard elaborato dal Ministro Tremonti alcuni anni fa se il G20 l'avesse adottato e poi implementato ma i tempi non erano maturi e si preferì una politica dei due tempi , salviamo le banche prima e riformiamo il sistema poi e l'unione bancaria attende ancora di essere completata mentre l'UE è investita ormai da venti di guerra).

Si verifica quindi ancora la profezia marxiana che è lode al capitale “ Tutto ciò che è solido si dissolve nell'aria”.

Le forme giuridiche dominanti sono quelle del capitalismo finanziario: le scommesse (studiate da Luca Buttaro mio indimenticato maestro di diritto commerciale), i derivati conformati da troppo scarsi limiti, ma investiti dalla giurisprudenza amministrativa che ha ammesso come legittime forme di autotutela su detti contratti quando sperequati a danni del pubblico erario.

Occorre continuare a produrre una critica del paradigma neoliberista (niente affatto liberale) per approdare ad una sorta di liberalismo non aggressivo come orizzonte del futuro.

Le democrazie sono forti perché (e quando) sanno autocorreggersi.

Occorre vedere ostinatamente il lato oscuro delle cose.

Ed allora sia chiaro che il paradigma neoliberale viene veicolato in molti modi ed in un processo complesso che qui si ricorda sinteticamente per punti:

1 - Il centro dell'ordine economico europeo è la UE – ordinamento incompleto (singolare esperimento di una burocrazia, di un'amministrazione, che tenta di farsi costituzione), tecnocratico, con deficit democratico, peraltro anche connotato da veti paralizzanti, a dominanza tecnico-scientifica e intergovernativa connotato dal modello della governance che significa spesso dominio di potenti lobbies economiche nella regolazione;

2 - La suddetta UE è passata da forme di integrazione attraverso il diritto (la giurisprudenza della Corte di Giustizia dal caso Costa Enel in avanti) a forme di integrazione attraverso la moneta, ma non è riuscita a realizzare, purtroppo, una unione attraverso la politica;

3 - La mancanza di integrazione politica si accoppia ormai alla mancanza di integrazione sociale nelle nazioni europee più deboli;

4 - La troppo rigida primazia del diritto UE – di impronta tecnicizzante – e la sua invadenza sono evidenti, marginalizzando i Parlamenti nazionali e mortificando il principio di sussidiarietà;

5 - L'ordine giuridico del mercato (Irti) è affidato al solo diritto dei contratti e della concorrenza (troppo poco ma è quello che è possibile quando l'economico domina il politico) e la costituzione economica è pensata come una sfera separata di rapporti, autonomizzati dalla restante parte della Carta fondamentale;

6 - Le libertà economiche – sacrosante ovviamente – sono uno strumento di ridisegno anche fiscale e di armonizzazione (senza direttive) dei diversi ordinamenti nazionali;

7 - La concorrenza smantella gli aiuti di Stato e gli investimenti pubblici devono rispettare il principio (criterio) dell'investitore privato principio che evita sprechi ma può condizionare le politiche sociali;

8 - Si sancisce la neutralità dei regimi proprietari (proprietà pubblica e proprietà privata vengono equiparate nelle politiche di concorrenza) con il risultato di rendere invisibili i beni pubblici confinati in una regola di indifferenza che li penalizza (le spiagge contano per fare sacrosante gare ma la loro disciplina dovrebbe anzitutto essere disciplina di usi del territorio a favore delle popolazioni oscurata dalla concorrenza per un mercato dei beni);

9 - Il dialogo fra le Corti – fino a quando non saranno rivisti a fondo i presupposti della giurisprudenza CILFIT – appare a dominanza della Corte UE con conseguente rischio di trasformazione del dialogo in monologo che schiaccia i margini di apprezzamento dei giudici nazionali;

10 - L'inter-legalità è una prospettiva oggetto di studio ma ancora di Là da venire;

11 - La prospettiva analizzata da Teubner (Conflitti costituzionali) appare irenica e svaluta eccessivamente il ruolo del diritto pubblico confidando in un ruolo costituente della lex mercatoria;

12 - Più praticabile e realistica la prospettiva delineata di Azzariti che passa attraverso una costante e progressiva rivalutazione delle costituzioni nazionali, per l'elaborazione di un'Europa politica fondata sul patrimonio costituzionale comune e non sul diritto dei mercati.

Il libro di Maddalena analizza questi processi di privatizzazione del mondo, la finanza creativa, i derivati, la finanziarizzazione dei mercati, i meccanismi di superamento delle imprese pubbliche, le privatizzazioni, liberalizzazioni e delocalizzazioni parlando di sistema “predatorio”

neoliberista e della necessità del ritorno ad un sistema keynesiano (ritorno delineato, con molta pragmatica prudenza anche da Giuliano Amato in “Bentornato Stato, ma...”, breve interessante saggio appena uscito quest’anno).

A volte Maddalena mostra troppa fiducia nella democrazia dal basso (mitizzando la nozione di “popolo” talvolta scritto con la maiuscola come un tributo al titolare della sovranità cfr. pag. 47): chi scrive ritiene che la democrazia sia un delicato ed imperfetto sistema di pesi e contrappesi (checks and balances) per porre limiti al potere ma soprattutto un sistema per scegliere delle élite governanti, con un processo aperto, connotato dalla presenza dei partiti e non incentrato sulla democrazia diretta (che pure può essere utilizzata ma senza abusarne).

Ma l’evocazione del popolo (ossia di tutti i cittadini) a ben vedere si lega, nella riflessione di Maddalena, al ruolo della proprietà pubblica, vera e propria cenerentola di questi anni.

Il demanio è dimenticato.

Esso è stato fatto oggetto di politiche di dismissione.

Non è più nemmeno tanto studiato dal punto di vista teorico (si rinvia per questo al nostro “Alla ricerca del demanio perduto ovvero le vicende della proprietà pubblica fra Stato e regioni” in AA.VV. La demanialità fra presente e futuro, pubblicazione dell’Istituto Veneto di Scienze lettere ed arti del 2015 dovuta all’intelligente e profondo sguardo di Luigi Garofalo, coltissimo romanista, appassionato lettore dei giuristi della crisi e curatore della pubblicazione e degli atti del convegno ospitato allora dall’Istituto).

La strada per recuperare è la ricostituzione del patrimonio pubblico e non la teorica dei beni comuni secondo Maddalena privi delle caratteristiche di inalienabilità, inusucapibilità e inespropriabilità che hanno pur sempre i beni demaniali.

La parabola della teorica dei beni comuni, intesi come beni che si collocano oltre il pubblico ed il privato, vede i beni demaniali sparire, come fu proposto dalla Commissione Rodotà (ben al di là delle convinzioni del grande studioso secondo Maddalena avendo Rodotà solo preso atto dell’orientamento della maggioranza dei membri della Commissione nominata dal Ministro Mastella) per essere attribuiti a privati o pubbliche amministrazioni che possono alienarli.

Un esito da evitare – secondo l’autore - attraverso i rimedi azionabili anche in sede giudiziaria espressivi del diritto di resistenza di dossettiana memoria (diritto che viene sugellato dall’esistenza di un giudice delle leggi) le quante volte scelte legislative risultino effettuate irragionevolmente a detimento del patrimonio pubblico e dei beni demaniali.

Non resta che augurarsi che ad una scelta oppositiva – che sovraespone la giurisdizione e non è alla lunga sostenibile, segua – finalmente – una politica resipiscente.

In tal senso l'alternativa “diritto o barbarie” posta dall'ultima riflessione di Azzariti passa necessariamente per il ritorno ad una buona politica, anche a livello sovranazionale.

Una buona politica non può non restaurare il demanio e curare beni culturali e paesaggio.

Il conflitto bellico nato nel cuore dell'Europa non ci fa nutrire in proposito molte illusioni, ma compito dell'intellettuale è mantenere la lanterna nella notte.