



LA TEORIA DEI COMMONS NELL'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO COMPARATO*

GIUSEPPE DI GENIO

SOMMARIO: 1. Teoria dei commons e dimensione comparata – 2. Diritto Costituzionale comparato e teoria dei commons – 3. Il tertium dell'esperienza italiana

1. La teoria dei Commons rappresenta, allo stato attuale, uno dei principali settori di ricerca, innovativi ed originali, di matrice comparata e di tendenziale unificazione normativa. Non a caso, è un tema trasversale affrontato dalla dottrina, più o meno recente, in tutti i paesi del mondo (c.d. inter-continental law), di vecchia e nuova generazione, al fine di tutelare beni ancestrali (il patrimonio collettivo del mondo), oggetto di facile aggressione e furia disumana (quella sottolineata da Chomsky), in una logica di lex mercatoria e predatoria globale.¹

In tale prospettiva, proprio sul piano del diritto comparato ed internazionale (rectius: esterno), l'analisi "comunitarista" di Elinor Ostrom, una politologa, una non giurista² e una non economista (vale nella fattispecie la battuta di Hart, secondo cui il diritto è una cosa troppo importante per essere lasciata ai giuristi), risulta di estrema importanza e attualità per sottolineare, anche

¹ C. T. DARIMONT, C. H. FOX, H.M. BRYAN, T.E. REIMCHEN, The unique ecology of human predators, *Science*, vol. 349 (n. 6250), 2015, 858-860.

² C. M. ROSE, Ostrom and the lawyers: the impact of Governing the commons on the American legal Academy, in *International Journal of Commons*, 5/2011, 28-49



attraverso gli insegnamenti di matrice comparatista, una tutela costituzionale dei beni comuni, la cui dimensione valoriale, generalmente riconosciuta, risulta evidente negli ordinamenti democratici contemporanei, al pari della dignità umana, della certezza del diritto, della separazione dei poteri, del pluralismo, della laicità, della stessa democrazia.

Emblematica, in tal senso, è la lettura non solo e non tanto di *Governing the Commons* del 1990 quanto anche di *Micro-Constitutional change in a Multi-Constitutional political system* di Elinor Ostrom del 1987, laddove applica una logica costituzionale, autonomista, plurale, istituzionalistica e cooperativa alla teoria dei beni collettivi e del relativo "dilemma" (di qui anche il collegamento con le opere di Patrick Glenn).

D'altronde, i riferimenti storici sui beni comuni sono molto densi nell'abside del costituzionalismo antico e moderno, laddove riconducibili alla Charta de Foresta del 1217, allegata alla più famosa Magna Charta Libertatum del 1215, alla Petition of Right del 1628 (su cui *R versus Hampden* del 1637 c.d. *shipmoney*), al bene pubblico (*public good*) nella Dichiarazione di indipendenza americana del 1776,³ alla Dichiarazione giacobina del 1793 ("Le but de la société est le bonheur commun"), alle famose quattro Costituzioni confederali americane, Kentucky, Virginia, Pennsylvania e Massachussets (il *Common sense* di T. Paine del 1776), alla Costituzione di Weimar del 1919.

In particolare, la Charta de Foresta del 1217, inclusa anche nell'edizione scientifica della Magna Charta pubblicata da Blackstone (1759), consacra

³ B. DANIELS-B. HUDSON, *Our Constitutional Commons*, in *Georgia Law Review*, 49/2015, 1-139



storicamente la protezione dei beni comuni e li salvaguarda da forme di privatizzazioni di sorta.

Insegnare il Diritto Costituzionale Comparato attraverso la teoria dei commons significa, quindi, trafiggere i diversi sistemi giuridici comparati (la freccia nel tempo di Martin Amis) e tratteggiare agli studenti i nodi centrali e culturali del costituzionalismo moderno e contemporaneo e dei diritti di libertà e, quindi, formare "talenti culturali" a presidio degli stessi. La stessa Elinor Ostrom, che usa quest'ultimo termine, si avvale del contributo scientifico del marito, il costituzionalista americano Vincent Ostrom, studioso di local government e teorico della formula dello Stato composto (compound Republic),⁴ ripresa anche con fortuna nel dibattito della dottrina italiana.

Spesso, infatti, non vi è corrispondenza tra gestione e tutela ovvero ad una buona gestione non corrisponde una tutela effettiva, anche nei casi più eccelsi, soprattutto nell'interesse esclusivo, *uti socius*, delle popolazioni e, in primis, dei *cives naturali* (*not tragedy but strategy*).

La "dimensione internazionale" del problema (potrebbero essere racchiusi nelle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute ex art. 10 Cost.), al di là dell'art. 17, primo comma, della Dichiarazione ONU del 1948 (secondo cui "ogni individuo ha diritto di avere una proprietà sua personale o in comune con altri") è, come noto, testimoniata dai processi di globalizzazione dell'economia, dalle manipolazioni genetiche e, soprattutto, dai comportamenti umani ed istituzionali, a volte insulsi, che compromettono, con

⁴ V. OSTROM, *The political theory of a Compound Republic: designing the American experiment*, University of Nebraska Press, Lincoln and London, 1987



azioni di killeraggio privato ed istituzionale, il futuro delle nuove generazioni, dell'ambiente e della stessa civiltà umana (le prime parole dell'Emilio di Rousseau sono indicative in tal senso: "tutto è bene quando esce dalle mani dell'Autore delle cose, tutto degenera fra le mani dell'uomo"). I beni comuni sono nel contratto sociale di Rousseau così come, prima di Rousseau, il contratto sociale è nella Magna Charta.

I beni comuni sono "consuetudini dell'umanità" di vichiana memoria, in un sistema di conoscenza globale che permette di valorizzare il rapporto tra l'uomo e il proprio passato.

I recenti fenomeni di "land and water grabbing" da parte di multinazionali e Stati economicamente forti (alcuni degli stessi Paesi del Brics) testimoniano la triste de-generazione del rapporto con la nostra madre terra.⁵

Si pensi, ancora, al valore della terra nella vita quotidiana delle tribù indiane e di quelle indigene, il caso recente dei Wixarika o Huichol in Messico, i Mapuche (vincitori del mondiale di calcio negato e dimenticato del 1942 in Patagonia contro la Germania nazista per 2 a 1) in Cile o le battaglie sociali del Conaie in Ecuador e degli altri numerosi organismi associativi, una delle ultime per i contadini in Honduras, spesso continuamente violato.

La "dimensione comunitaria", invece, risulta, al di là della Carta di Nizza, quasi del tutto assente sul piano della tutela concreta dei beni comuni e solo di recente la piattaforma europea ha creato momenti di discussione più intensi sul tema, soprattutto attivando un apposito intergruppo parlamentare europeo.

⁵ S. VANDANA, Ritorno alla terra, Roma, 2009



I commons (cui è possibile legare la common law, il commonwealth e la customary law), pertanto, diventano la cartina di tornasole per queste problematiche, sempre più impellenti, e fungono da baluardo pedagogico (in cui il diritto comparato può fare molto) e bibbia per poter trovare, nel frattempo, alcune soluzioni legate non solo ad ambiti giuridici ma anche a fattori economici e sociali, di diritto interno e di diritto internazionale, nei rapporti tra Stato e Mercato (c.d. terza via, fortemente autonoma e collaborativa). La stessa differenza tra common law e civil law (il diritto comune di Gino Gorla) si riduce e risente fortemente dell'applicazione congiunta della teoria dei commons, come formanti e crittotipi, in senso diacronico e sincronico, tra micro e macro comparazione.

Il problema della tutela dei commons, al di là di ogni definizione (il concetto, secondo la dottrina, non è familiare e la materia è complessa per i non specialisti), dunque, non è solo collettivo ma anche comune (c.d. common core) a tutti i popoli della terra (di qui l'esaltazione della sua matrice comparata, con un nuovo modo di intendere il Commonwealth mondiale), che rischiano, inevitabilmente, la sopraffazione da parte della natura stessa attraverso la profanazione (usando un termine efficace di Hans Jonas)⁶ dei suoi elementi (una sorta di tsunami collettivo), se non pongono in essere rimedi efficaci e strategie, immediate ed operative, contro la tragedia delle risorse comuni (quella di Scott- Gordon del 1954/1955, Olson del 1965 e Hardin su Science

⁶ Nel Suo volume di interventi su temi di grande attualità dal titolo *Frontiere della vita, frontiere della tecnica*, Bologna, 2011



del 1968), sempre più impellente. In Italia, poi, sono stati determinanti gli studi di Ugo Mattei e Alberto Lucarelli.⁷

2. In tale prospettiva, l'inserimento della teoria dei commons nell'ambito di un corso di Diritto Costituzionale Comparato, come è avvenuto in questi anni, nella Facoltà di Giurisprudenza (ante riforma) dell'Università di Salerno, rappresenta ed ha rappresentato un esperimento unico ed interessante di individuazione di nuovi temi e nuovi ambiti, anche di ricerca (lo studente co-ricercatore di Humboldt), che dovrebbero caratterizzare il nuovo modo di intendere il Diritto Costituzionale del futuro (rectius: i diritti costituzionali), realizzando così il superamento di quella "comfort zone" nello studio attuale del Diritto Costituzionale, anche a fini di ricerca scientifica. Naturalmente, ciò all'estero è già avvenuto con alcuni interessanti esperimenti didattico-scientifici in Thailandia,⁸ con un approccio istituzionalistico, collaborativo e multidisciplinare, anche politico, ecologico e sociale (new way of teaching), superando i rischi di compartimentalizzazione, in un contesto non solo rurale ma anche urbanistico ed industrializzato.

Il metodo comparato, pertanto, è determinante anche per una analisi interna ed esterna dei principi e dei diritti fondamentali, in termini di tutela effettiva uti singuli e uti cives, soprattutto ai fini di una loro applicazione diretta ed immediata sul piano giurisprudenziale. Lo stesso utilizzo della teoria dei

⁷ U. MATTEI, Beni comuni. Un manifesto, Roma-Bari, 2011; A. LUCARELLI (a cura di), Beni Comuni. Proprietà, gestione, diritti, in *Rass. dir. pubb. europeo*, 1, 2007

⁸ L. S. MEITZENER YODER - A. BICKSLER, Using institutional arrangements to teach undergraduates about commons in Thailand, and beyond, in *International Journal of Commons*, 6/2012, 363-385



commons nel diritto comparato è una forma di "education for sustainable development", al fine di ricercare il giusto punto di equilibrio e di bilanciamento tra situazioni complesse di interazione tra sistemi naturali ed umani, in cui è difficile individuare, di volta in volta, le rispettive prevalenze. Il contesto comparato esterno, dunque, risulta fondamentale per esaminare e verificare la teoria dei commons nei diversi sistemi costituzionali.

D'altronde, "la comparazione nel diritto costituzionale implica lo studio del diritto vigente unitamente al diritto vivente e la conoscenza profonda di quest'ultimo richiede al comparatista di addentrarsi su terreni non specificamente giuridici, con quell'armamentario preso in prestito da altre scienze"⁹.

Nell'esperienza comparata, infatti, sono risultati utili seminari in loco, interviste, visite nelle diverse realtà collettive, contatto diretto con i beni comuni e con le istituzioni di riferimento.

Il corso di Diritto Costituzionale Comparato o di Diritto pubblico comparato, ma anche di Sistemi Giuridici Comparati sul versante privatistico del tema, deve (ma lo è già stato) essere strutturato attraverso un taglio collaborativo, multidisciplinare di apprendimento ed insegnamento, in cui il dato giuridico si fonde e si plasma con l'analisi economica (Law and Economics), storica (di vichiana memoria), sociale, etc., proprio alla luce della molteplice rilevanza storica, giuridica e comparata della teoria dei commons (e delle correlate-correlative denominazioni).

⁹ L. PEGORARO - A. RINELLA, Introduzione al diritto pubblico comparato, Padova, 2002, 36



Le competenze sono quelle tipiche iniziali del diritto pubblico, del diritto privato e della Storia del diritto, con le loro molteplici classificazioni (non relative solo al diritto di proprietà). In tale direzione, la stessa manualistica andrebbe ri-aggiornata.

Infatti, la teoria dei commons si muove tra analisi sincronica e diacronica, tra natura giuridica di diritto pubblico e diritto privato, tra micro e macro comparazione, con casi specifici controversi nell'uno e nell'altro, ma non si esclude una possibile e plausibile normativa di unificazione, come fattori geopolitici appunto di unificazione normativa.

La stessa teoria dei giochi di Nash, utilizzata dalla Ostrom, deve essere applicata anche in ambito giuridico-costituzionale¹⁰.

Nell'esperienza salernitana, poi, si è partiti proprio dall'indicazione come parte speciale del Corso del testo di Elinor Ostrom, con cui si è avuto un carteggio scientifico, a cui è possibile imputare un ruolo determinante nella configurazione attuale della teoria dei commons, anche in un ottica di tutela dei diritti fondamentali.

In ciò è stata fondamentale l'attribuzione alla stessa del premio Nobel per l'economia nel 2009 "per aver dimostrato come la proprietà pubblica possa essere gestita dalle associazioni di utenti".

Elinor Ostrom, fondamentalmente una non-economista, spiana così il campo ad una serie di riflessioni attuali sulla peculiare rilevanza, nell'epoca della

¹⁰ E. B. RASMUSEN, *Game Theory and the Law*, Elgar Publishing, 2007



globalizzazione, delle problematiche culturali ed ambientali nel governo dei beni comuni e dell'interesse pubblico e collettivo.

La tutela delle risorse pubbliche è apparsa, in particolare, ma non solo, nel libro della Ostrom intitolato *Governare i beni collettivi* del 1990, tradotto purtroppo tardi in italiano, grazie a Sergio Ristuccia e alla Marsilio Editori (Venezia, 2006).

Il testo della Ostrom sui beni collettivi costituisce un contributo fondamentale per la tutela incondizionata ed universale delle "risorse comuni".

In tale direzione, l'autrice richiama, tra le tante, le esperienze della California, dello Sri Lanka, della Turchia e della Nuova Scozia in Canada.

La proprietà collettiva, concetto di per sé ambivalente e complessivo, di cui si intravede qualche spiraglio di attenzione virtuale anche nell'Unione Europea solo con l'art. 17 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali, diviene così la cartina di tornasole per queste problematiche, sempre più impellenti, e funge da baluardo per poter trovare nel frattempo alcune soluzioni legate non solo ad ambiti giuridici ma anche a fattori economici e sociali, di diritto interno e di diritto internazionale.

Non a caso, storicamente, se Giustiniano celebrava le cose comuni all'umanità, Aristotele, ab immemorabili, osservava che ciò che è comune alla massima quantità di individui riceve la minima cura.

Dal testo della Ostrom si deducono, chiaramente, alcuni dati emergenziali che si riflettono sul piano comparatistico e riguardano, ad esempio, in parallelo, la stessa materia degli usi civici e delle proprietà collettive in Italia, mito arcaico di



conservazione sociale, beni vitali di sopravvivenza e sviluppo. Non a caso l'autrice ha guardato alla nostra esperienza italiana con interesse scientifico ed ha relazionato sul tema nell'Università di Trento.¹¹

Ciò che appare urgente, infatti, è proprio la ricerca del metodo migliore per limitare l'uso improprio e l'abuso delle risorse naturali, così da assicurare la sopravvivenza economica nel lungo termine e il diritto e i diritti delle nuove generazioni, cui lasciare benessere e non cenere.

In tale direzione, le soluzioni, per noi prettamente giuridiche, devono essere ben meditate e calibrate e non possono essere certo ricondotte a forme di nazionalizzazione e privatizzazione incontrollata dei beni comuni ed a un ruolo di *Leviatano* dello Stato centrale, burocrate napoleonico in ogni forma di godimento. Non a caso la Ostrom nei suoi studi sui commons cita in serie Hobbes, Montesquieu, Hume, Smith, Madison, Hamilton, Tocqueville.

La logica, vieppiù, interessante, in una sorta di applicazione della teoria istituzionalistica romaniana (di qui il parallelismo dell'istituzionalismo metodologico tra Santi Romano e la Ostrom), sembra essere quella del riconoscimento dell'autonomia, della partecipazione, del pluralismo, della collaborazione, dell'azione collettiva controllata e ben organizzata (ad esempio, il kibbutz israeliano come modello di proprietà collettiva) e della equa divisione dei compiti nell'uso delle risorse, come, ad esempio, nel caso della pesca nell'area turca di Alanya, segnalata come modello cooperativo nel testo sottoposto allo studio dei corsisti. Un'antica legge ebraica, ad esempio,

¹¹ E. OSTROM, Come alcune comunità hanno evitato la tragedia delle risorse comuni, in *Le terre civiche tra l'istituzionalizzazione del territorio e il declino dell'autorità locale di sistema*, a cura di P. NERVI, Padova, 2000, 35-65



contenuta nel Levitico comanda di lasciare ai poveri il raccolto ai margini del campo.

Le stesse associazioni ambientaliste della sussidiarietà orizzontale risultano determinanti nell'azione di tutela e di controllo e lo strumento della *class action*,¹² sottovalutato in Italia, si mostra una formula giuridica da non ignorare.

In tale prospettiva, risultano interessanti alcuni principi da applicare nell'uso delle risorse collettive: a) chiara definizione dei confini dell'uso; b) congruenza tra le regole di appropriazione, fornitura e le condizioni locali; c) metodi di decisione collettiva; d) controllo; e) sanzioni progressive; f) meccanismi di risoluzione dei conflitti; g) un minimo livello di riconoscimento del diritto di organizzarsi; h) organizzazioni articolate su più livelli.

Agire in questi termini sussidiari e multilevel,¹³ può portare dei benefici e limitare i danni nel tempo, preservando efficacemente situazioni di fatto storicamente determinatisi, che non possono essere eliminate per interessi egoistici ed individualistici, anche all'interno dei singoli Stati sfruttatori, se preda essi stessi di istanze lobbistiche.

E' indubbio, tuttavia, che gli individui interessati, in alcuni casi, hanno avuto una considerevole autonomia nel costruire le rispettive istituzioni. Nei sistemi più interessanti sono gli "appropriatori" stessi che svolgono un ruolo importante nel controllo reciproco delle proprie attività. Di talchè, in definitiva, è importante che sia la legittimazione sia il controllo siano strategicamente legati e che la sorveglianza produca a un tempo vantaggi

¹² P. GLENN, The Dilemma of class action Reform, in *Journal of Legal Studies*, Oxford, 6/1986, 262-274

¹³ F. BERKES, Commons in a multi-level world, in *International Journal of Commons*, 2/2008, 1-6



privati per il sorvegliante nonché vantaggi collettivi per gli altri: *vigilantibus non dormientibus iura succurunt*.

3. In una logica comparata, poi, risulta interessante utilizzare come elemento di comparazione (*tertium*) il dato dell'esperienza italiana, validato dalla Ostrom, riguardato, però, non sotto la veste dei beni comuni classici (il genotipo di Sacco) ma di quella correlata dei c.d. usi civici e proprietà collettive (il fenotipo di Sacco), isolandoli per un attimo dalle soluzioni del c.d. progetto Rodotà e dallo stesso art. 43 Cost.

Essi rappresentano istituti di estrema originalità, scientificamente validati dalla Ostrom, isole di diritto pubblico comparato, che possono fungere da modello di riferimento per la risoluzione delle impellenti problematiche sui beni comuni, in una logica di autonomia, leale collaborazione e tutela della biodiversità.¹⁴

Non a caso Giorgio Lombardi, citando le Sue premesse al Corso di Diritto Pubblico Comparato del 1986, nel testo della relazione presentata a Trento nel 1999¹⁵ affermava perentoriamente "E' una singolare vicenda, questa, che vede un contrasto culturale fiancheggiare quasi - anzi prevalentemente - sottotraccia posizioni ideologiche, e si accompagna al dibattito tra un punto di vista

¹⁴ A. KOTHARI, C. CORRIGAN, H. JONAS, A. NEUMANN, H. SHRUMM (eds), *Recognising and Supporting Territories and Areas Conserved By Indigenous Peoples And Local Communities: Global Overview and National Case Studies*, Secretariat of the Convention on Biological Diversity, ICCA Consortium, Kalpavriksh and Natural Justice, Montreal, Canada, Technical Series no. 64, 2012

¹⁵ I profili giuridici delle terre civiche: beni del Comune o beni della collettività, in *Il ruolo economico e sociale dei demani civici e delle proprietà collettive*, a cura di P. NERVI, Padova, 1999, 13-23



positivistico e una prospettiva nella quale il diritto e la sua indagine si arricchiscono di spunti legati alla comparazione immersa in quella temperie di studi collegati al primo manifestarsi di un modo nuovo di comparazione giuridica, legato alla storia e all'antropologia".

Ancora di più: "è un quadro ampio e suggestivo che percorre tutta l'Europa dal paese cantabrico fino alle pianure russe, dove il Mir rappresenta il luogo di esercizio di diritti collettivi e l'abitudine alla discussione ad essi collegata ci riporta ad un esercizio antico di democrazia che non sfuggì ad un osservatore acuto come Maurice Paleologue. E' ciò giunge a far pensare ad una sorta di precedente, se non addirittura a un crittotipo, in relazione all'esperienza dell'organizzazione della proprietà collettiva che si avrà, poi, nel diritto sovietico".

Si recupera, così, anche la dignità accademica di quel Diritto Costituzionale italiano e comparato per tanti anni, ante numerose riforme, insegnato come materia fondamentale soprattutto nelle Facoltà di Scienze Politiche italiane.

Analogamente appaiono interessanti alcune soluzioni prospettate negli ordinamenti iberoamericani (Costituzione dell'Ecuador del 2008 e della Bolivia del 2009), rispetto a situazioni di sofferenza e battaglie sindacali (Cile, Messico, Honduras) e in Canada dove, in una logica confederale e di common law, con la sentenza della Corte Suprema del 26.6.2014 si tutela in maniera incondizionata la proprietà originaria e il concetto di First Nation, affermando che non solo i territori su cui sorsero villaggi veri e propri, ma anche quelli usati per caccia e raccolta non continuativamente, ma secondo il ritmo delle



stagioni e delle tradizioni culturali, sono proprietà delle Nations sulla base del cd. “aboriginal title”. Già la Corte Costituzionale sudafricana aveva emesso una interessante sentenza il 14 ottobre 2003 che sanciva il diritto dei popoli indigeni alla proprietà collettiva della terra e delle risorse minerarie sui territori tradizionalmente occupati, ovvero la piena validità delle leggi indigene non scritte che sanciscono la proprietà della terra, riaffermandone il carattere vincolante a dispetto di qualsiasi sistema giuridico imposto successivamente dallo Stato.

In conclusione, il nuovo volto dei beni comuni, al di là di ogni utile previsione comparata e prospettiva costituzionale, implicita ed esplicita, sarà rappresentato proprio dalla loro dimensione soggettiva, superandosi quella oggettiva, antecedente, ovvero ancora segnando il passaggio fondamentale dai beni comuni ai diritti comuni fondamentali identitari (si pensi agli Iriai rights in Giappone) e dal diritto comunitario ai diritti comunitari, di vecchia¹⁶ e nuova generazione (c.d. nuovi commons, in primis Internet)¹⁷.

* Testo della Relazione presentata al XXIII Biennial Colloquium of the Italian Association of Comparative Law (AIC) Teaching Comparative Law - III Session New Fields and Challenges (Chair Paolo Ridola), Sala Magna dell'Università di Palermo 13 giugno 2015

¹⁶ A. RUGGERI, Il diritto "vecchio" e i modi del suo possibile svecchiamento, al servizio dei diritti fondamentali, in *Rivista AIC*, 1/2012

¹⁷ Protecting future generations through commons (trends in social cohesion no. 26), a cura di S. BAILEY, G. FARRELL, U. MATTEI, Council of Europe, 2014; C. HESS-E. OSTROM (a cura di), *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Milano, 2009; T. E. FROSINI, *Liberté, égalité, internet*, Napoli, 2015

