

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Le nuove disuguaglianze

I beni comuni

*Dedicato
a Stefano Rodotà*

2017



QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Renato Rordorf

Vicedirettore

Giovanni (Ciccio) Zaccaro

Comitato di redazione

Silvia Albano, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Vincenza Maccora, Isabella Mariani, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Enzo Roppo, Agnello (detto Nello) Rossi.

Segretaria di redazione

Fernanda Torres

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Renato Rordorf
direttore responsabile:	Andrea Meccia
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

II trimestre 2017 - chiuso in redazione in luglio 2017

Sommario

Editoriale

di Renato Rordorf

Pag. 3

Obiettivo 1. Le nuove disuguaglianze

Introduzione a «Le nuove disuguaglianze»

di Carlo De Chiara

” 7

Le nuove disuguaglianze

di Franco Ippolito

” 9

Crescita “inclusiva” e lotta alle disuguaglianze

di Paolo Guerrieri

” 14

La povertà oggi in Italia. Recenti tendenze e quattro nodi critici

di Elena Granaglia

” 19

Ripartire dalle disuguaglianze. Giudici e nuovi disuguali. I compiti della giurisdizione

di Nello Rossi

” 24

Contro la disuguaglianza ripartire dalla realtà

di Roberto Rivero

” 28

Ai margini della pena. Riflessioni su disuguaglianze e diritto penale

di Riccardo De Vito

” 35

La (impossibile) giustificazione delle disuguaglianze

di Nadia Urbinati

” 41

Obiettivo 2. Beni comuni

Introduzione. Di cosa parliamo quando parliamo di beni comuni

di Rita Sanlorenzo

” 46

Beni comuni, un lodevole vicolo cieco?

di Ermanno Vitale

” 50

I beni comuni come istituzione giuridica di <i>Ugo Mattei</i>	”	59
Il paesaggio e il patrimonio storico e artistico: un unico bene comune di <i>Tommaso Montanari</i>	”	66
Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa di <i>Alessandra Quarta</i>	”	72
L’uso dello spazio urbano fra questione proprietaria e accesso alla giustizia di <i>Maria Rosaria Marella</i>	”	79
<i>The dark side of the moon.</i> Internet, ricerca scientifica e la sfida degli open commons di <i>Elisa Contu</i>	”	89
Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni di <i>Antonello Ciervo</i>	”	97
Dai beni comuni all’uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela di <i>Rocco Alessio Albanese</i>	”	104

Cronache americane

L’evoluzione della disciplina internazionale in materia di terrorismo: qualche spunto recente fra Onu ed Europa di <i>Luigi Marini</i>	”	112
--	---	-----

Il sasso nello stagno

Le radici del dovere di fedeltà alla luce delle recenti evoluzioni del diritto di famiglia di <i>Elena Falletti</i>	”	134
---	---	-----

Post scriptum

Il giudice e la legge penale di <i>Domenico Pulitanò</i>	”	149
Gli autori	”	159

Editoriale

Il tema delle disuguaglianze, al quale è dedicata la prima parte di questo numero della *Rivista*, è stato al centro del XXI Congresso nazionale di Magistratura democratica che ha avuto luogo a Bologna lo scorso anno. Gli articoli qui di seguito pubblicati ripropongono ed integrano il contenuto delle relazioni tenute in quell'occasione; relazioni che – come ben sottolinea Carlo De Chiara nella sua introduzione – non provengono solo da giuristi ma spaziano anche in ambito economico, sociologico e politologico.

La parola «disuguaglianze» è stata adoperata al plurale, e credo sia giusto. Certo, l'uguaglianza esprime un valore fondante della civiltà, unitariamente riferibile alla persona umana in sé. Vi si radica la stessa dignità della persona la cui vita dovrebbe perciò esserne permeata in ogni aspetto relazionale. È proprio sul riconoscimento di questo valore che siamo soliti misurare la distanza (talvolta, ahimè, più teorica che reale) tra le società moderne e quelle che la hanno preceduta, in cui la condizione di schiavitù o anche solo la rigida distinzione in classi e ceti sociali diversi erano considerate un modo di essere normale delle relazioni umane. Se però si guarda alla concreta dinamica del vivere sociale, non si tarda a comprendere come ancora oggi, nel quotidiano, uguaglianze e disuguaglianze possano manifestarsi in forme e modi assai diversificati, a seconda delle situazioni prese in esame, del contesto in cui ci si colloca e dei termini di riferimento che si adoperano. Così, ad esempio, all'uguaglianza dei diritti politici, che si esprime nel suffragio universale, non corrisponde affatto l'uguaglianza economica dei cittadini, né il diritto di ciascuno all'istruzione basta davvero a garantire uguali possibilità di acquisizione culturale per coloro che si collocano su gradini diversi della scala sociale e non dispongono di uguali mezzi economici, ed altrettanto potrebbe dirsi per molti altri aspetti. Il fondamentale dettato dell'art. 3, secondo comma, della Costituzione, che impone alla Repubblica di adoperarsi per eliminare gli ostacoli che limitano di fatto l'uguaglianza dei cittadini, sottintende la pluralità di quegli ostacoli, cui corrispondono altrettante potenziali situazioni di disuguaglianza alla cui rimo-

zione l'intera comunità nazionale, vincolata al patto costituzionale, dovrebbe aspirare e concretamente concorrere: perché l'uguaglianza – tornandone ancora per un momento a parlare in termini unitari – è una delle precondizioni indispensabili al riconoscimento reciproco dei componenti della società, e quindi al mantenimento di quel rapporto di fiducia che è alla base del vivere sociale e sul quale le stesse istituzioni democratiche si fondano. Ed è proprio per questo che la crescente tendenza del mondo occidentale a favorire invece modelli di mercato tendenzialmente più idonei ad avvantaggiare un numero limitato di persone che non a garantire un'ampia ed equa distribuzione delle ricchezze costituisce – come da tempo non si stanca di avvertire Joseph Stiglitz (si veda, tra gli altri scritti, il suo libro *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, 2013) – una reale minaccia per le democrazie. È sotto gli occhi di tutti come il dilagare delle logiche di mercato, che nell'intero mondo occidentale ed anche nei Paesi di più antica e consolidata democrazia sembrano sempre più sfuggire ad ogni reale possibilità di controllo da parte delle istituzioni politiche, abbia comportato negli ultimi decenni un forte aumento delle disuguaglianze accrescendo in misura impressionante il divario tra ricchi e poveri. Divario che interessa intere aree del pianeta e concorre a generare quegli imponenti fenomeni migratori che rischiano a loro volta di provocare guerre tra poveri e perciò di mettere ulteriormente in crisi le democrazie occidentali.

Ai diversi profili, anche economici, sociali e politici, sotto i quali il tema delle disuguaglianze può esser declinato sono dedicati alcuni degli scritti pubblicati. È però evidente, in considerazione dell'area di interesse proprio di *Questione giustizia*, che debba darsi qui una particolare attenzione alle ricadute che le situazioni di disuguaglianza provocano sul piano dei diritti e sul terreno della giurisdizione, muovendo dal rilievo che la mera uguaglianza formale di fronte alla legge può rivelarsi fonte di ancor più marcate disuguaglianze sostanziali ove si trascuri la diversità delle condizioni in cui ciascuno alla legge si accosta. Acutamente Gustavo Zagrebelsky (*Diritti per forza*,

Einaudi 2017, p. 19) osserva che i diritti dei potenti possono talora risolversi in prepotenza sugli impotenti e che «*nelle società disuguali, i discorsi sui diritti sono ambigui poiché possono giustificare tanto le pretese oligarchiche quanto le aspirazioni democratiche, cioè la concentrazione o la diffusione del potere sociale e politico*». È fin troppo ovvio che a garantire davvero l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, come la Costituzione richiede, non basta certo enunciarlo nelle aule di giustizia a lettere cubitali.

Andrebbe sempre anzitutto ricordato che, se le istituzioni destinate a fornire un servizio pubblico funzionano male, è l'intera società a soffrirne ma la sofferenza non si distribuisce in modo uniforme. In tutti i campi, dalla sanità, alla scuola, ai trasporti, il mal funzionamento dei servizi pesa soprattutto sui più deboli, che sono economicamente e culturalmente meno attrezzati a sopportarne le conseguenze, né hanno la possibilità di ovviarvi soddisfacendo altrimenti le loro esigenze. E le cose stanno esattamente così anche per quel che riguarda il servizio giustizia (sia in ambito penale sia in quello civile) le cui inefficienze si riflettono soprattutto sui soggetti meno protetti. Se è vero che la garanzia di poter ottenere la tutela dei propri diritti è una delle condizioni essenziali per realizzare l'uguaglianza tra i cittadini, l'inefficienza del sistema cui quella garanzia è affidata necessariamente rischia di pregiudicare l'uguaglianza. E poiché l'obiettivo di assicurare condizioni di uguaglianza – non solo formale, bensì sostanziale – dovrebbe potersi realizzare anche e soprattutto attraverso l'esercizio della giurisdizione, è chiaro che il cattivo funzionamento di questa compromette il perseguimento di quell'obiettivo. È intuitivo, ad esempio, che i tempi lunghi di una giustizia troppo lenta possono essere sopportati meglio da soggetti abbienti che da chi si trova in ristrettezze economiche, e che l'eccessiva imprevedibilità degli esiti del giudizio comporta per le parti l'assunzione di un rischio che solo i più attrezzati si possono permettere. Per di più, in campo civile, il ricorso a rimedi alternativi di risoluzione delle controversie, pur indispensabile per fronteggiare un incremento della domanda di giustizia largamente eccedente le risorse della giurisdizione pubblica, rischia ulteriormente di accentuare le disuguaglianze, nella misura in cui spesso solo le forme arbitrali più costose si rivelano davvero efficienti.

Perciò, è vero che la maggiore o minore efficienza della giurisdizione dipende da una molteplicità di fattori, i quali in parte trascendono la buona volontà dei singoli operatori, ma i giudici, se davvero sensibili ai valori dell'uguaglianza, non possono non avvertire come loro dovere morale, oltre che di fedeltà ai principi costituzionali, quello d'impegnarsi a fondo non solo nello scrivere "belle" sentenze, ma anche nel la-

vorare insieme per far sì che la macchina giudiziaria nel suo complesso funzioni meglio.

Ovviamente la sensibilità del giudice al valore dell'uguaglianza sostanziale, oltre che in termini di maggiore efficienza, deve esprimersi anche nel modo stesso dell'esercizio della giurisdizione, a cominciare dall'attitudine ad interpretare ed applicare le disposizioni vigenti nella maniera il più possibile conforme a quel medesimo valore costituzionale dell'uguaglianza. Qui il discorso condurrebbe troppo lontano e potrebbe svilupparsi in molte direzioni, ma vorrei più specificamente accennare ad un solo aspetto, che mi appare forse meno scontato: quello del versante processuale civile, in cui si ripropone in termini non meno marcati che in altri il divario tra uguaglianza formale e sostanziale, tra la parità nominale delle parti e l'eventuale disuguaglianza della loro effettiva capacità di far valere le proprie ragioni nel giudizio. La concezione del processo come duello, o come gioco (secondo la nota immagine adoperata da Johan Huitzinga in *Homo ludens*, Einaudi, 1946, e poi da molti ripresa, sulla quale si sofferma da ultimo anche Bruno Cavallone nel suo delizioso libro *La Borsa di Miss Flight*, Adelphi, 2016), già di per sé contiene i germi di una possibile grave disuguaglianza: perché, se sono uguali le armi o gli strumenti da gioco, non sempre lo sono anche le forze e l'abilità tecnica dei duellanti o dei giocatori. E nel processo i protagonisti del confronto sono essenzialmente dei professionisti del diritto, sicché è ben naturale che la parte la quale può permettersi un avvocato migliore risulti avvantaggiata rispetto all'altra. In qualche misura questa è forse una conseguenza inevitabile della stessa struttura dialettica del processo civile, unitamente ai suoi caratteri spiccatamente tecnici, tuttavia vi sono modalità che possono accentuarla o ridurla. È mia impressione che il nostro sistema processuale, a dispetto delle ripetute invocazioni dello stesso legislatore alla semplificazione, sia tuttora eccessivamente complesso ed improntato a criteri alquanto formali. Ciò è frutto di una tradizione processualistica innegabilmente di alto lignaggio (da Chiovenda in poi), che però, forse più di quanto sia accaduto in altri Paesi dell'Europa continentale (per non parlare dei Paesi anglosassoni), ha prodotto un sistema di regole estremamente sofisticato, adatto magari ad un contesto storico e sociale in cui la giurisdizione era una risorsa a disposizione di un numero relativamente limitato di soggetti e se ne affidava l'esercizio ad un corpo di professionisti assai selezionato, ma che assai meno si concilia oggi con la moderna giustizia di massa e con il conseguente inevitabile abbassamento del livello medio di professionalità degli addetti ai lavori. D'altro canto, il principio del giusto processo come processo «*regolato dalla legge*», enunciato dal primo comma dell'art. 111 della Costituzione, è certamente un baluardo a difesa anche dell'uguaglianza formale di tutte le parti, alle

quali devono essere assicurate le medesime garanzie che la legge prescrive in via generale ed astratta, ma se viene inteso come necessità che ogni passaggio processuale sia minuziosamente prefigurato dal legislatore, inevitabilmente moltiplica le difficoltà tecniche del processo ed accresce perciò il rischio di errori formali, i quali finiscono spesso per impedire che le parti ottengano la concreta risposta di giustizia cui ambivano. Il che da un lato colloca il processo su un piano vagamente esoterico, allontanando ancor più il giudice da ogni contatto diretto con le parti, e, dall'altro lato, accentua ulteriormente la rilevanza della professionalità dell'avvocato e quindi favorisce la parte in grado di procurarsi il difensore più abile.

Non intendo certo invocare una giustizia esercitata con modalità sommarie e tutta intrisa di criteri esclusivamente equitativi, e condivido le preoccupazioni di coloro i quali insistono sulla necessità che il giudice conduca il processo secondo regole chiaramente ben prestabilite, per evitare il rischio di soggettivismi e arbitri, ma mi pare si possano ragionevolmente auspicare modifiche processuali che, fermo un nucleo di norme legali davvero essenziali per garantire il contraddittorio ed un adeguato spazio al diritto di difesa di ciascuna parte, consentano di modulare più liberamente l'andamento del processo a seconda delle esigenze del caso concreto. In questo quadro si dovrebbe ulteriormente riflettere sul ruolo del giudice e sui poteri che gli si vogliano concedere nell'arena processuale, anche e proprio al fine di riequilibrare l'eventuale disparità delle forze in campo: non certo per intaccare il suo dovere d'imparzialità, bensì al fine di realizzare al meglio il principio di uguaglianza (non astratto né formale) delle parti in lite. Non è senza significato che, quando in anni ormai lontani si avvertì il bisogno di dare più effettiva tutela ai lavoratori, parte debole nei processi che li opponevano ai datori di lavoro, fu concepito (col contributo tra gli altri di Pino Borrè) un rito processuale che attribuisce al giudice significativi poteri officiosi anche nell'individuazione dei mezzi di prova. E più volte Andrea Proto Pisani ha rilanciato la proposta di prendere il rito del lavoro a modello per una riforma dell'intero processo civile (ovviamente con gli adattamenti che i circa quarant'anni di esperienza suggeriscono ed in un quadro di proposte più complesso di quanto qui si possa riferire). Il cantiere delle riforme processuali è sempre aperto: mi sembra che quella proposta – o quanto meno lo spirito che la anima – meriti attenzione, appunto perché almeno potenzialmente in grado di offrire un antidoto all'eventuale disuguaglianza sostanziale delle parti in lite.

Se oggi ben pochi se la sentirebbero di sottoscrivere la celebre frase di Prudhomme secondo cui la pro-

prietà è un furto, è innegabile che proprio in una certa accezione della proprietà privata («*terribile diritto*»), possano annidarsi molti germi di disuguaglianza tra gli uomini. Nel suo significato più tradizionale di *ius excludendi omnes alios* la proprietà privata segna evidentemente un confine invalicabile tra chi ha e chi non ha; può costituire un baluardo della libertà individuale, ma pone al tempo stesso storicamente le basi di gran parte delle disuguaglianze economiche e sociali tra gli individui. Con tutto questo ha a che fare il tema dei beni comuni, che forma oggetto degli scritti ospitati nella seconda parte di questo numero della *Rivista*, il quale consente di mettere a fuoco un diverso rapporto tra le persone e le cose (materiali ed immateriali) necessarie alla loro vita integra e dignitosa, e perciò si lega fortemente al discorso sulle disuguaglianze che prima s'è fatto.

Come lucidamente evidenzia Rita Sanlorenzo nella sua introduzione, si tratta di un argomento divisivo e di certo assai problematico, che solleva quesiti di difficile soluzione al giurista, abituato all'usuale dicotomia tra proprietà privata e proprietà pubblica. Ma è un argomento che ormai bussa alla porta e non può essere più trascurato, gravido com'è di serie implicazioni anche politico-sociali.

Se certamente risulta ancora assai arduo definire la stessa categoria dei beni comuni, ed a maggior ragione il loro statuto giuridico, mi pare tuttavia senz'altro possibile affermare che l'idea di bene comune rimanda a ciò che è destinato per sua natura a soddisfare stabilmente nel tempo i bisogni essenziali (ma non soltanto materiali) di un'intera comunità. Per questo si sostiene che quei beni debbano essere in qualche misura sottratti non soltanto al potere privato esclusivo di uno o più singoli titolari ma anche al potere dispositivo di chi solo *pro tempore* di volta in volta impersona l'autorità pubblica. Viene infatti in gioco il rapporto tra le generazioni, trattandosi di beni – basti pensare a quelli artistici, paesaggistici ed archeologici, tutelati dall'art. 9 della Costituzione – che occorre siano preservati nell'immediato per poter essere fruiti anche da chi verrà dopo e che, perciò stesso, implicano uno sguardo capace di varcare i ristretti limiti temporali entro cui di solito resta confinato l'orizzonte politico di breve respiro cui guardano i governanti. Sotto questo profilo non ha forse torto chi, come Gustavo Zagrebelsky (*op. cit.*, pp. 135 e segg.), coglie nell'emersione della teoria dei beni comuni anche un crescente fenomeno di sfiducia verso lo Stato e verso la capacità dei suoi organi di rappresentare e tutelare appieno interessi facenti capo alla comunità civile presente e futura. La crisi della statualità e della sovranità dello Stato non è estranea al tema, ma ciò forse aiuta a comprendere anche i timori e le perplessità di coloro i quali vedono nell'estremizzazione del concetto di

bene comune il rischio di una fuga in avanti; il rischio, cioè, che per una sorta di eterogenesi dei fini, indebolendo l'apparato di controlli e di tutele proprio dei beni pubblici senza che si sia ancora riuscito a costruire un sistema giuridico alternativo sufficientemente chiaro e ben strutturato, si pervenga di fatto al risultato di lasciare anche qui campo aperto alle moderne tendenze iperliberiste del mercato e di ricondurre quei beni che si vorrebbero comuni sotto l'egida di ristrette ed incontrollate oligarchie. Anche per i beni comuni, come per l'uguaglianza, si tratta allora di capire se e quale spazio di tutela davvero si dia al di fuori del tradizionale impianto degli ordinamenti nazionali; ed, in presenza di evidenti fattori di crisi di quegli ordinamenti, si tratta di riuscire ad elaborare un quadro giuridico alternativo (o al-

meno più ampio) che sia in grado di offrire effettive garanzie di tenuta.

Quello dei beni comuni è dunque un tema quanto mai aperto, che deve essere avvicinato in modo assolutamente laico, ma che non si può trattare oggi senza fare riferimento alla figura del giurista che forse più di ogni altro, proprio con spirito laico, vi ha legato il suo nome con scritti che hanno aperto la strada e dai quali chiunque vorrà proseguire non potrà prescindere. Alludo ovviamente a Stefano Rodotà, che solo da poche settimane ci ha lasciati ed al quale i contributi ospitati nelle pagine di questo numero della *Rivista* sono doverosamente dedicati.

Renato Rordorf

Luglio 2017

Introduzione a «Le nuove disuguaglianze»

di Carlo De Chiara

1. Per il XXI congresso di Magistratura democratica, tenutosi a Bologna dal 4 al 6 novembre dello scorso anno, il Comitato esecutivo scelse, quale filo conduttore, il tema delle disuguaglianze, anzi delle “nuove” disuguaglianze.

Fu una scelta meditata e convinta: l’art. 3 capoverso della Costituzione, che fa obbligo alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli all’uguaglianza tra i cittadini, è da sempre la bussola che ogni magistrato democratico porta in tasca. Non che poi si riesca a leggerla, quella bussola, sempre nel migliore dei modi e a trovare ogni volta la strada giusta; ma restiamo convinti che sia fondamentale provarci sempre e in ogni caso. Provarci, però, con consapevolezza della realtà e con mente sgombera da pregiudizi.

L’esecutivo pensò quindi – con quello che Nello Rossi definisce, nel saggio inserito in questo obiettivo, «*un atto di umiltà intellettuale di cui possiamo essere orgogliosi*» – di rivolgersi ad esperti di altre discipline, economiche, sociologiche, politologiche, affinché ci aiutassero ad avviare una riflessione sulla mutata configurazione delle disuguaglianze tra gli uomini nel mondo contemporaneo, che ormai più di mezzo secolo di storia (e che storia!) separa dalla nascita di Md. Ciò venne realizzato facendo precedere la discussione congressuale vera e propria da un convegno sul tema delle nuove disuguaglianze, che si svolse il 3 novembre nella stessa sede del Congresso, davanti a un pubblico folto, largamente composto anche da non magistrati e da giovani. La discussione proseguì poi nel corso del Congresso, una sessione del quale – quella intitolata «*Ripartire dalle disuguaglianze. Il compito dei giudici*» – si volle anzi destinare specificamente a capire come la giurisdizione e ciascun magistrato possono, oggi, nel rispetto della legge e anzitutto della legge fondamentale, contribuire al compito di contrastare la disuguaglianza, che l’art. 3

capoverso della Costituzione affida a tutta la Repubblica, compresi dunque i suoi magistrati. La sessione era il proseguimento ideale del convegno del giorno precedente, anche perché, come nota Franco Ippolito, «*conoscere le nuove disuguaglianze e le forme nuove delle disuguaglianze tradizionali ci serve a ri-conoscerle e a tenerne conto nell’esercizio del nostro mestiere quotidiano*».

I lavori del Congresso e del convegno che lo ha preceduto sono registrati in un video disponibile in rete¹, ma ci è parso utile chiedere ai relatori del convegno e di quella speciale sessione congressuale anche un testo scritto, che pubblichiamo qui, per la più agevole consultazione da parte degli interessati.

2. Dai contributi di Paolo Guerrieri ed Elena Granaglia emerge il quadro allarmante del dislocarsi delle disuguaglianze economiche nel panorama europeo e mondiale. Se, grazie agli effetti della globalizzazione, si riducono le distanze tra Paesi avanzati (ma non necessariamente tra le classi sociali che li compongono) e Paesi emergenti, all’interno dei primi il costo di questa redistribuzione viene pagato dalle classi lavoratrici con il massiccio spostamento di ricchezza dal lavoro al capitale, specialmente finanziario. Contraddizioni della globalizzazione – si potrebbe dire – che fanno la fortuna delle ricette protezionistiche di recenti fenomeni politici come il “sovranismo”, in Europa, ed il “trumpismo” negli Stati Uniti.

Quanto al lavoro, però, dilagano le logiche liberiste, nell’illusione (o con il pretesto) che le “mani libere” per il datore di lavoro generino naturalmente nuova occupazione e diffusione del benessere tra le classi lavoratrici. Le contraddizioni e i limiti dell’impostazione neoliberista del diritto del lavoro, special-

1. XXI Congresso di Md «Disuguaglianze. Compiti della giurisdizione. Il progetto di Md», in www.magistraturademocratica.it, i video del convegno della prima giornata e della Sessione della seconda giornata sono visionabili al link: www.radioradicale.it/scheda/490910/disuguaglianze-compiti-della-giurisdizione-il-progetto-di-md-xxi-congresso-di.

mente in Italia, sono messi in evidenza dal contributo di Roberto Rivero.

La distribuzione della ricchezza, peraltro, non è l'unico terreno su cui si misura la disuguaglianza tra gli esseri umani, anche se spesso l'incidenza delle disuguaglianze economiche traspare, osservandole in controtelaio, anche nelle disuguaglianze che si registrano su altri piani, come balza, macroscopicamente, agli occhi di chi si affaccia, ad esempio, al mondo degli "ultimi" per antonomasia – i detenuti – seguendo il filo del ragionamento di Riccardo De Vito.

La disuguaglianza, si diceva, attraversa molti piani dell'esperienza umana, quali l'identità culturale e religiosa correlate alla condizione di immigrato, i rapporti tra uomini e donne, l'accesso alle informazioni, ai servizi fondamentali, e incide sullo stesso funzionamento dei processi democratici, come ci ricorda

Franco Ippolito, e assume, più di recente, aspetti inediti come l'analfabetismo di ritorno di chi deve confrontarsi, smarrito, con il nuovo linguaggio digitale che s'impone anche per soddisfare bisogni e diritti fondamentali: il personaggio del carpentiere Daniel Blake del bel film omonimo di Ken Loach, richiamato da Nello Rossi, ne è l'efficacissimo, struggente archetipo.

Della disuguaglianza tra gli uomini si tenta da sempre di dare giustificazioni filosofiche. Nadia Urbini disvela le insidie e gli inganni della più fortunata di esse, la teoria della "disuguaglianza meritata", cui contrappone l'esigenza della solidarietà come cemento invisibile delle aggregazioni umane. Nel rilievo della sua indispensabilità, come prospettiva non utopica ma rigorosamente razionale, può scorgersi un filo che lega i contributi di tutti gli autori.

Le nuove disuguaglianze

di Franco Ippolito

Dopo i decenni dell'egemonia liberista iniziata negli anni del thatcherismo e del reaganismo, finalmente anche le istituzioni economiche mondiali hanno scoperto che l'abnorme disuguaglianza tra gli uomini finisce col compromettere le stesse prospettive di sviluppo dell'economia. Ma le disuguaglianze, specialmente oggi, non si esauriscono sul piano dell'economia, coinvolgono la libertà, l'identità culturale e religiosa correlate alla condizione di immigrato, i rapporti tra i generi, l'accesso alle informazioni, ai servizi fondamentali, e incidono sullo stesso funzionamento dei processi democratici. In questo contesto, va rinnovata la *scelta di campo* dei magistrati democratici, quella indicata dall'art. 3 cpv. della Costituzione, sorretta dalla indispensabile conoscenza dei nuovi meccanismi, normativi e di fatto, istituzionali e sociali, che determinano e accrescono le disuguaglianze.

1. Per oltre trent'anni – i decenni dell'egemonia liberista aperta tra il 1979 e il 1980 dai successi di Margaret Thatcher e di Ronald Reagan – il tema delle disuguaglianze è uscito di scena ed è stato coperto da un cono d'ombra, sia a livello della teoria sia sul piano della politica e della dimensione operativa, tanto che «è stato teorizzato e praticato il progressivo ritiro dello Stato dalle sue responsabilità egualitarie» (*Rapporto sulle disuguaglianze* - Fondazione Basso settembre 2016). E quando qualche evento o emergenza imponevano quel tema, il pensiero unico dominante acquietava le coscienze presentando le disuguaglianze come effetti collaterali del processo economico, anzi valorizzandone la positività come incentivo all'impegno e alla crescita.

La crisi mondiale che si è aperta nel 2008 sembra aver cambiato lo scenario, almeno a livello teorico, quello di studi, ricerche e pubblicazioni. Sono ampiamente noti i libri di autorevoli e famosi economisti, tra cui il premio Nobel Stiglitz, e il libro di Pichetty, divenuto un *best-seller* internazionale. Ma anche in Italia non sono mancati gli studi, gli approfondimenti, insomma il tema è tornato di attualità.

Recentemente sta emergendo un salutare ripensamento persino da parte delle maggiori organizzazioni internazionali, come la Banca mondiale e il Fondo monetario internazionale, che per decenni,

come portabandiera del liberismo, avevano sollecitato i Governi alla riduzione della spesa pubblica, anche a costo di compromettere i servizi fondamentali e smantellare il *welfare*.

Ricordiamo tutti l'enfasi con cui Fondo monetario internazionale e Banca mondiale negli anni '90 magnificavano le politiche di "*Ajuste estructural*", imposte ai Paesi indebitati dell'America Latina per concedere o rinegoziare prestiti. Di quelle politiche, orientate alla crescita della libertà di mercato e alla drastica riduzione dell'intervento dello Stato nell'economia, costituivano assi portanti le privatizzazioni di tutte le imprese pubbliche e la flessibilità del mercato del lavoro, mentre la disoccupazione, che inevitabilmente ne derivava, veniva considerata un secondario effetto collaterale, quando non una favorevole occasione e uno strumento per rendere più dinamica l'economia attraverso la concorrenza dei lavoratori in cerca di occupazione.

Più recentemente ricette non molto differenti, anche se diversamente presentate, sono state imposte alla Grecia, ciò che ha determinato una severa riduzione dei salari e feroci tagli alla spesa pubblica, compresa quella destinata alla sanità, all'istruzione, al sostegno dell'infanzia e delle famiglie, con un correlato spaventoso aumento delle disuguaglianze e della sofferenza sociale, al punto

da incidere significativamente sulla mortalità infantile e sulla generale aspettativa di vita delle persone (come peraltro è avvenuto in Italia secondo gli ultimi rilevamenti).

Ebbene, quelle stesse organizzazioni sembrano avere oggi finalmente scoperto che le disuguaglianze sono un ostacolo per la crescita.

La Banca mondiale, in un recente rapporto, pure continuando ad assegnare i titoli di testa agli effetti positivi della globalizzazione sulla riduzione della disuguaglianza tra i redditi medi dei diversi Paesi e sulla riduzione della povertà in Cina e in India, non può fare a meno di evidenziare il crescente aumento delle disuguaglianze interne ai vari Paesi e di raccomandare maggiore prudenza.

Il Fondo monetario internazionale – dopo avere per anni propagandato il ruolo nefasto delle tasse e delle politiche di spesa volte alla redistribuzione – prende finalmente consapevolezza che «una minore disuguaglianza netta è fortemente correlata con una crescita più veloce e più durevole» e che «la redistribuzione appare generalmente più benigna in termini di impatto sulla crescita». E dopo avere reiteratamente demonizzato i sindacati come uno dei principali ostacoli al funzionamento efficiente dei mercati del lavoro, ha scoperto che il declino della sindacalizzazione è un fattore determinante nell'aumento delle disparità di reddito.

Anche l'Ocse ha finalmente preso atto che la crescente disuguaglianza è «un male per la crescita a lungo termine». E, sia pure continuando a ripetere che «le politiche strutturali sono necessarie ora più che mai», aggiunge che «devono essere accuratamente progettate e accompagnate da misure che promuovono una migliore distribuzione dei dividendi della crescita».

La rilevante caduta del Pil greco deve essere stato un campanello d'allarme per le istituzioni internazionali (non ancora per l'Unione europea!!!).

Ma non è solo questione di Prodotto interno lordo, che rappresenta uno degli indici, e non tra i più significativi, che esprimono la situazione economica di un Paese.

Se si prende in considerazione il ben più attendibile e completo Indice di sviluppo umano (composto delle tre dimensioni fondamentali dello sviluppo umano: una lunga vita in buona salute, misurata con la speranza di vita alla nascita; la capacità di acquisire conoscenze, che si misura con gli anni, reali e sperati, di scolarità; la capacità di raggiungere un livello di vita dignitoso, che si misura anche con il Pil), che una delle più autorevoli agenzie della Nazioni Unite (Undp) da ben 25 anni utilizza per misurare la situazione reale di vita all'interno di un Paese, le disuguaglianze effettive, emergenti dal vissuto delle persone, sono ancora più evidenti e allarmanti.

La realtà è che le disuguaglianze sono ormai tanto clamorose da divenire:

a) controproducenti per la stessa sostenibilità del processo economico;

b) disfunzionali non soltanto rispetto alla possibilità di realizzare una effettiva democrazia, ma finanche per la sostenibilità di una qualsiasi governabilità pacifica, che non intenda fondare l'ordine pubblico sulla forza e sulla gerarchia;

c) eticamente inaccettabili per una parte significativa delle persone che vivono in questo Paese al punto da compromettere e mettere a rischio la coesione sociale e la comune indentificazione in un Patto costituzionale condiviso.

2. Oggi siamo al punto di rottura, determinato da una tendenza che ha le sue origini nel liberismo thacheriano e reganiano degli anni '80, che interruppe e ribaltò quello che è stato definito il positivo «grande compromesso» tra capitale e lavoro che concorse, dopo il conflitto mondiale, tra gli anni '40 e gli anni '70, a produrre il nuovo paradigma di diritto internazionale fondato sui diritti fondamentali della persona e le Costituzioni democratiche del dopoguerra.

Le disuguaglianze di quegli anni erano certamente enormi, ma erano più omogenee, prevalentemente centrate sul reddito e la ricchezza e più strettamente collegate alla divisione sociale classista.

Nei decenni '50-'70, caratterizzati dal disgelo costituzionale e dalla lenta, ma progressiva attuazione della Costituzione, una serie di politiche redistributive produsse una relativa attenuazione delle disuguaglianze e una graduale attuazione del processo democratico, a mezzo del radicamento diffuso dei partiti politici.

Come è noto, il relativo riequilibrio delle quote di reddito tra capitale e lavoro raggiunse il momento più favorevole per il lavoro negli anni '70. Quella tendenza si interruppe bruscamente con la stipulazione delle nuove regole globali imposte dal liberismo thacheriano e reganiano, regole – sia chiaro – che non sono affatto frutto della dinamica naturale dello sviluppo economico, bensì il risultato dei rapporti di forza che vedono un ruolo dominante degli interessi dei Paesi ricchi e delle élite dei Paesi poveri.

Successivamente, gli anni '80-'90 e seguenti furono segnati da una rilevante contrazione della quota destinata al lavoro rispetto a quella destinata ai profitti (con qualche variazione altalenante) e, soprattutto, rispetto a quella destinata alle rendite.

I dati evidenziati da diversi istituti di ricerca e da analisti di diversa formazione culturale e politica parlano da sé. Mi limiterò a evidenziarne qualcuno, tratto dai recenti libri di M. Franzini e M. Pianta

(*Disuguaglianze. Quante sono, come combatterle*, Laterza 2016) e di S. Biasco (*Regole, Stato, uguaglianza*, Luiss 2016) e dai risultati di un *workshop* organizzato dalla Fondazione Basso sul tema de *Le disuguaglianze economico-sociali in Italia* (Report settembre 2016), a cura di un gruppo presieduto da Elena Paciotti e coordinato da Fabrizio Barca, Sofia Basso, Andrea Brandolini, Elena Granaglia e Roberto Schiattarella.

I nostri ospiti, con la loro conoscenza e competenza ci aiuteranno a ridisegnare e meglio comprendere una mappa aggiornata delle disuguaglianze e, magari, a individuare qualche rimedio sperabilmente realizzabile non in tempi storici, ma in tempi politicamente prossimi.

Un dato impressionante è che la ricchezza posseduta dall'uno per cento più ricco della popolazione mondiale è uguale a quella del resto dell'umanità (Oxfam, 2015). Venendo a noi e stando alle dichiarazioni dei redditi del 2009 (e pertanto fingendo che non esista l'evasione fiscale), l'1% più ricco detiene in Italia il 10% del reddito personale totale (in Usa il 18%). Il nostro Paese è nella fascia medio-alta dei Paesi «più disuguali».

Sono enormemente cresciute le disuguaglianze di reddito e di ricchezza. Il nuovo fenomeno dei super-ricchi e quello degli amministratori di grandi società hanno indotto a evocare situazione di neo-feudalesimo.

E tale concentrazione di ricchezza non è stato solamente il risultato delle dinamiche del mercato o della finanziarizzazione dell'economia, ma anche effetto di deliberazioni politiche. Si pensi agli interventi per eliminare o ridurre fortemente le imposte successorie, con ciò che consegue in termini di trasmissione di ricchezza ereditaria, ossia di «trasmissione inter-generazionale di disuguaglianza», in contrasto con la lettera e con lo spirito della Costituzione della Repubblica.

L'aumento della povertà assoluta e relativa risulta dai dati pubblicati dall'Istat il 14 luglio 2016, relativi al 2015. In povertà assoluta 1 milione e 582 mila di famiglie residenti e 4 milioni e 598 mila di persone (il numero più alto dal 2005 a oggi). Nell'ultimo triennio la percentuale è stabile considerando le famiglie, è in aumento se si considerano le persone (7,6 della popolazione residente nel 2015, 6,8 nel 2014). La percentuale di famiglie in povertà assoluta è raddoppiata tra il 2005 e il 2013. Al Sud e nelle Isole è doppia rispetto a quella del Nord e del Centro.

Anche la povertà relativa, stabile in termini di famiglie (2 milioni 678 mila, pari al 10,4 di quelle residenti), aumenta in termini di persone (8 milioni 307 mila, pari al 13,7% delle persone residenti. Erano il 12,9 nel 2014).

Evidente risulta la *correlazione tra povertà e tasso di disoccupazione*, per cui bisogna innanzitut-

to rimarcare che la prima e rilevante disuguaglianza – nella Repubblica democratica fondata sul lavoro e che a tutti i cittadini riconosce il diritto al lavoro, con l'obbligo di promuovere le condizioni che rendano effettivo tale diritto (artt. 1 e 4 Cost.) – è quella tra *chi ha un lavoro e chi non ce l'ha*, nonostante lo cerchi o lo abbia cercato a lungo, per rassegnarsi infine nella categoria dei disoccupati cronici che ha rinunciato a cercare l'introvabile.

Si misurano 6,7 milioni di soggetti che non lavorano perché disoccupati (3,3 milioni) o perché ormai scoraggiati (3,4 milioni). Se il trend rimanesse quello dell'ultimo anno, «*occorrerebbero circa 20 anni per assorbire l'eccesso strutturale di offerta di lavoro*» (Report Fond. Basso).

Ma la crescita delle disuguaglianze non riguarda solo *gli ultimi*, i più poveri, la fascia di coda nella linea di distribuzione dei redditi, riguarda anche quelli che Nello Rossi chiama *i penultimi*, quella fascia che sta in mezzo tra il 10% dei più ricchi e il 20% di coda nella catena reddituale.

Le disuguaglianze presentano oggi una complessità maggiore rispetto a 50 anni fa.

Basti pensare alle disuguaglianze, non solo economiche, ma di libertà e di identità culturale e religiosa, correlate alla condizione di immigrato.

Sono cresciute anche all'interno del mondo del lavoro, sia di quello dipendente sia di quello autonomo. Le disparità retributive si sono moltiplicate, in barba all'art. 36 della Cost., con il lavoro atipico e il lavoro precario. La frammentazione dei contratti e «la precarietà del lavoro ... ha effetti sulla disuguaglianza sociale strutturale, specialmente se di lunga durata e se coinvolge soggetti adulti»; «la diffusione del lavoro "atipico", concentrata peraltro sulle nuove generazioni, sta producendo pesanti effetti di disuguaglianza e di esclusione sociale» (Report Fond. Basso).

Sui redditi da lavoro hanno una enorme influenza le origini familiari, che pesano più che nei decenni precedenti, a causa del cd. blocco dell'ascensore sociale, determinato anche dalle politiche scolastiche e fiscali. «La disuguaglianza salariale appare dunque essere trasmessa da generazione in generazione attraverso meccanismi che vanno al di là del capitale umano» (Id.).

Nonostante l'art. 37 Cost., le *disuguaglianze di genere* sono ancora assai rilevanti a livello di occupazione, di reddito e di progressione verso i livelli alti (nel 2012 soltanto il 16% dei dirigenti di impresa era una donna). Senza dire poi del lavoro non retribuito (domestico e di cura) in gran parte a carico delle donne.

Vanno aggiunte le disuguaglianze in materia di *conoscenza* e di *informazione*, di *accesso alla rete*, di *accesso ai mutui*, di possibilità di *allocazione dei risparmi* da parte di piccoli risparmiatori sforniti delle conoscenze riservate ai soggetti forti del mercato.

Enormi disuguaglianze sussistono nell'accesso ai servizi fondamentali e nella loro qualità: scuola, sanità, nidi d'infanzia. Per quest'ultimo ambito, oltre all'enorme divario tra Nord e Sud, c'è un grande divario tra i bambini di famiglie operaie (meno del 9%) e quelli delle famiglie del ceto medio impiegatizio e borghese (27-29%).

Per non dire della salute e dell'accesso alle cure e agli accertamenti sanitari strumentali (come sanno tutti quelli che hanno fatto una tac o una risonanza); dei portatori di handicap, degli anziani.

Gli attentati alla salute mutano sensibilmente in relazione ai tipi di lavoro, in violazione degli artt. 32 e 41 Cost. La qualità della salute dipende anche dal livello di istruzione, confermando così la centralità dell'istruzione come leva per la riduzione delle disuguaglianze.

È stato da più parti rilevato che la disuguaglianza ha effetto sul funzionamento dei processi democratici, ed influenza il quadro istituzionale e i processi politici a livello globale e nazionale, compromettendo la stessa democrazia e la parità di diritti politici, rischiando di determinare effetti radicali e irreversibili (v. Franzini-Pianta e Biasco).

3. Già quanto innanzi rilevato costituisce una ragione più che sufficiente per costituire oggetto di riflessione e di confronto per un gruppo di magistrati, da sempre attento a ciò che accade nella società e che si riunisce per un appuntamento congressuale che vuole rappresentare il *rilancio della propria ragion d'essere e di agire* nella società italiana e nella giurisdizione del nostro Paese.

Lo è ancor di più per Magistratura democratica, che, a metà degli anni '60, fu costituita – rompendo dichiaratamente con l'associazionismo di impostazione corporativa e sindacale – «per affermare la piena e incondizionata fedeltà alla Costituzione. Una fedeltà che non si enuncia solo a parole, ma che deve essere tradotta in prassi quotidiana nell'esercizio del proprio ministero» (dalla Mozione fondativa di Md - luglio 1964).

Quella scelta fu feconda e costituì per tutto l'associazionismo giudiziario un forte stimolo e una potente spinta di crescita, rompendo con la separatezza che per anni aveva estraniato la magistratura dalle dinamiche positive e innovative della società.

Non fu certo un caso che l'anno successivo, il 1965, il congresso Anm di Gardone costituì il momento di più alto contributo che i giudici dettero al rinnovamento delle istituzioni e alla rifondazione della cultura giudiziaria, basata sui valori della Costituzione democratica antifascista.

Magistratura democratica individuò nell'art. 3 cpv. Cost. la *stella polare* e il *faro* che indica il cam-

mino della giurisdizione nella costruzione dello Stato democratico di diritto.

È compito della Repubblica – di tutte le istituzioni della Repubblica, compresa la giurisdizione – rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza 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.

Questo articolo costituì e costituisce (unitamente alla previsione del governo autonomo dei giudici) il contributo massimo e più originale che i nostri Padri costituenti recarono al costituzionalismo mondiale e tradusse in obbligo costituzionale il completamento del principio di uguaglianza formale, la cui insufficiente astrattezza era stata oggetto della dirompente ironia di Anatole France, secondo cui «*la maestosa uguaglianza della legge... proibisce al ricco come al povero di dormire sotto i ponti*».

Senza questo articolo, che consacrò l'obbligo della Repubblica (e della sua classe dirigente) di cambiare l'esistente, non sarebbe neppure immaginabile l'espansione dello Stato costituzionale di diritto, al punto da prevedere (come ha previsto la Costituzione democratica del Brasile del 1988) un sindacato di costituzionalità non soltanto per illecita azione legislativa (ossia per la promulgazione di leggi ordinarie costituzionalmente illegittime), ma finanche per illegittima omissione legislativa (ossia per l'ignavia o trascuratezza o la volontà negativa delle maggioranze parlamentari che omettono l'attuazione dei precetti costituzionali).

Nell'attribuzione del ruolo centrale da assegnare al principio di uguaglianza sostanziale non mi fa velo la partecipazione al mondo culturale creato dall'autore di quella fondamentale norma, Lelio Basso, giacché il più entusiasta sostenitore della centralità e della fecondità del principio di uguaglianza sostanziale fu Piero Calamandrei, un "liberal" ben distante dall'impostazione socialista di Lelio Basso.

Nel suo famoso discorso sulla Costituzione, pronunciato il 26 gennaio 1955, Calamandrei non esitò ad affermare che l'art. 3 cpv. era il più importante e impegnativo di tutta la Costituzione. «...rimuovere gli ostacoli ... quindi dare lavoro a tutti, dare una giusta retribuzione a tutti, dare una scuola a tutti, dare a tutti gli uomini dignità di uomo. Soltanto quando questo sarà raggiunto, si potrà veramente dire che la formula contenuta nell'articolo primo (L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro) corrisponderà alla realtà. Perché fino a che non c'è questa possibilità per ogni uomo di lavorare e di studiare e di trarre con sicurezza dal proprio lavoro i mezzi per vivere da uomo, non solo la nostra Repubblica non si potrà chiamare fondata sul lavoro, ma non

si potrà chiamare neanche democratica perché *una democrazia in cui non ci sia questa uguaglianza di fatto, in cui ci sia soltanto una uguaglianza di diritto, è una democrazia puramente formale*, non è una democrazia in cui tutti i cittadini veramente siano messi in grado di concorrere alla vita della società»[cvo mio].

Rilevava Calamandrei che le Costituzioni sono anche delle polemiche, di solito rivolte contro il passato, ma l'art. 3 cpv. nell'affermare che occorre «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana» riconosce che *questi ostacoli oggi vi sono di fatto e che bisogna rimuoverli*. ...Quindi, è polemica contro il presente ... e impegno di fare quanto è in noi per trasformare questa situazione presente»[cvo mio].

Un piccolo gruppo di magistrati nel 1964 prese sul serio la conclusione di quel discorso di Calamandrei, quando affermava che per realizzare la Costituzione bisogna metterci «l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità».

Fu quella la nostra *scelta di campo*, che oggi siamo chiamati a rinnovare.

Il fatto che la politica non faccia più (perché non vuole o non può) quanto è costituzionalmente doveroso, non soltanto non ci legittima a fare altrettanto, ma accresce la nostra responsabilità e deve sollecitare ancor di più il nostro impegno.

Per i giudici è importante non soltanto *conoscere lo stato delle disuguaglianze*, ma anche *cogliere i meccanismi*, normativi o di fatto, istituzionali o sociali, *che le determinano o le accrescono*.

Conoscere le nuove disuguaglianze e le forme nuove delle disuguaglianze tradizionali ci serve a ri-conoscerle e tenerne conto nell'esercizio del nostro mestiere quotidiano. Capire i meccanismi del loro formarsi o consolidarsi è essenziale per il controllo di liceità e di legittimità dell'esercizio dei poteri privati e pubblici e per la sottoposizione a verifica di costituzionalità degli atti normativi che dovessero rivelarsi funzionali alla produzione di disuguaglianze, così

concorrendo, nei limiti della nostra funzione e competenza, all'adempimento dell'obbligo costituzionale imposto dall'art. 3 cpv. Cost.

Secondo Piketty, la disuguaglianza è destinata a crescere indebolendo la democrazia liberale, se non si interviene tassando la ricchezza a livello globale. Dice Stiglitz che le cose possono ancora peggiorare se non facciamo qualcosa.

Si può agevolmente prevedere che, perdurando le attuali tendenze (frammentazione del mondo del lavoro, precarizzazione del lavoro, tendenza all'oligarchia del capitalismo, libertà di movimento per i capitali e non per il lavoro...), le disuguaglianze cresceranno ulteriormente.

Noi siamo magistrati ed abbiamo il compito professionale di garantire la legalità, costituzionale innanzitutto, e di garantire i diritti, compreso il diritto all'uguaglianza nel rispetto delle differenze.

È questo *lo specifico dell'associazionismo giudiziario di Md*, che è nata e deve vivere *per sintonizzare il punto di vista interno alla giurisdizione con il punto di vista esterno della società*.

Il primato (di attenzione e di azione) non è del soggetto "magistratura", ma è della funzione "giurisdizione" per ciò che può e deve fare per i diritti delle persone.

«*Ripartire dalle disuguaglianze*» vuol dire ripartire innanzitutto dai diritti, dalle persone titolari dei diritti fondamentali, non dalle disuguaglianze tra magistrati.

Non che queste non siano importanti, lo sono in quanto rendono disfunzionale l'apparato giudiziario alla garanzia dei diritti. Ma questa dimensione non è certo trascurata dall'associazionismo giudiziario nel suo complesso, mentre inadeguata è l'attenzione alle disuguaglianze tra le persone.

A noi spetta tenere innanzitutto alto l'impegno per ciò che di specifico abbiamo portato e possiamo ancora recare all'associazionismo dei magistrati italiani ed europei; e che, senza la nostra presenza e il nostro impegno, deperirebbe o sarebbe di molto appannato.

Crescita “inclusiva” e lotta alle disuguaglianze

di *Paolo Guerrieri*

Le disuguaglianze economiche stanno crescendo all'interno di molti Paesi, mentre si stanno riducendo quelle tra Paesi avanzati e Paesi emergenti.

Nell'area più avanzata l'aumento maggiore si registra negli Stati Uniti; in Europa gli andamenti medi rivelano forti differenze tra i Paesi del Nord, con livelli sostanzialmente stabili, e Paesi del Sud, tra cui l'Italia, che hanno visto al contrario aumentare le disuguaglianze al loro interno. Dietro questo andamento non è rinvenibile alcun *trend* strutturale, ma grandi ondate cicliche di crescita e successiva riduzione.

Globalizzazione, progresso tecnologico, finanziarizzazione delle economie, inefficacia delle politiche fiscali e del *welfare* sono tra i principali fattori alla base dell'aumento delle disuguaglianze, che va contrastato mediante politiche di “crescita inclusiva”, orientate a ripristinare il giusto equilibrio tra mercati e fornitura di beni pubblici compromesso nella fase del liberismo ideologico e della globalizzazione senza regole.

Un fenomeno articolato e complesso

In uno dei suoi ultimi interventi come presidente degli Stati Uniti Barack Obama ha definito la lotta alle disuguaglianze economiche come la sfida politica fondamentale della nostra epoca. È proprio così e sono in molti oggi a riconoscerlo. Nelle terapie da applicare, tuttavia, siamo ancora ben lontani da misure e interventi di qualche significato. Occorre far presto, viceversa, prima che certe tendenze perniciose, oggi pericolosamente in atto, arrivino a compromettere ancor più il tessuto e la tenuta sociale su cui si basano i sistemi democratici del nostro Paese come degli altri Paesi più sviluppati.

In questo mio intervento mi occuperò delle disuguaglianze da un punto di vista più strettamente economico. Partendo da un dato di fatto. Le disuguaglianze economiche rappresentano un fenomeno assai articolato e complesso, che non si presta a facili generalizzazioni, a causa di andamenti molto differenziati tra le diverse aree e Paesi.

Va aggiunto che esiste una implicita difficoltà di misurare un tale fenomeno. Sono utilizzabili una molteplicità di indicatori che possono far riferimen-

to al reddito disponibile o a quello pro capite, alla ricchezza o, al contrario, a misure della povertà assoluta o relativa. Anche i dati da utilizzare possono provenire da fonti ufficiali o da indagini campionarie dedicate. Non sorprende, dunque, che non esista affatto univocità di risultati e indicazioni nei tanti studi che sono stati finora effettuati. In questo mio breve intervento utilizzerò dati e evidenze cosiddetti di “*consensus*” soprattutto con riferimento alle analisi più recenti.

Sono diminuite tra Paesi a livello mondiale

Una tendenza da cui partire è ciò che sta avvenendo a livello mondiale. Mentre le disuguaglianze stanno crescendo, in effetti, all'interno di molti Paesi, quelle tra Paesi – avanzati e emergenti – misurate su scala globale sono significativamente diminuite in questi ultimi due decenni. Lo si deve soprattutto allo spettacolare sviluppo della Cina negli ultimi trent'anni e degli altri Paesi emergenti.

È un fenomeno, quest'ultimo, di cui si parla poco da noi ma che è ovviamente di grande rilevanza per

due motivi in particolare: in primo luogo nei Paesi emergenti, in particolare nell'Asia del Pacifico, in controtendenza rispetto a ciò che sta avvenendo nell'area più avanzata si è formato un ceto medio, in forte aumento a partire dall'inizio del nuovo secolo, e che si prevede crescerà ulteriormente, arricchendosi di un altro miliardo di persone da qui al 2030; in secondo luogo questa ascesa del nuovo ceto medio asiatico ha messo in moto una significativa redistribuzione di reddito e ricchezza a livello mondiale, tuttora in corso, che ha influito molto anche sulla crescita delle disuguaglianze nell'area più avanzata. I suoi costi e oneri di aggiustamento – come dirò più avanti – si sono riversati in questi anni soprattutto sul fattore lavoro e sui ceti più poveri e disagiati. Pur con forti differenze da Paese a Paese.

Nell'area più avanzata l'aumento maggiore si è avuto negli Stati Uniti

Nell'area più avanzata la disuguaglianza economica è fortemente aumentata soprattutto negli Stati Uniti e a partire dagli anni Novanta. Un aumento confermato misurandola sia prima dell'imposizione fiscale e dei trasferimenti (la cosiddetta "disuguaglianza di mercato") sia dopo aver calcolato imposte e trasferimenti ("disuguaglianza netta"). L'aumento è proseguito anche negli anni dopo la Grande crisi del 2008-2009. A beneficiarne è stata una esigua minoranza, ovvero un gruppo assai ristretto di percettori di reddito appartenenti alla classe più elevata, quella dell'uno per cento.

Diverse analisi hanno messo in luce come la forte sperequazione dei redditi e della ricchezza americani sia tra i fattori determinanti la *Grande crisi*, dal momento che ha contribuito a creare una crescente divaricazione fra la crescita della capacità produttiva (offerta), da un lato, e quella dei redditi (domanda), dall'altro. Un divario che è stato coperto per molti anni dal massiccio aumento dell'indebitamento privato e dagli strumenti della finanza creativa, ma che è poi esploso con la crisi finanziaria del 2007-2008. È divenuto così evidente come le crescenti disuguaglianze non siano più solo un problema di equità ma siano poi divenute in questi anni anche un problema di efficienza ovvero di penalizzazione della capacità di crescita di un'economia.

Forti disparità in Europa

Nel caso dell'Europa e, dell'area euro in particolare, gli andamenti medi mostrano tendenze molto meno pronunciate della crescita delle disuguaglianze

e rivelano, soprattutto, forti disparità tra Paesi del Nord Europa che hanno sostanzialmente mantenuto livelli stabili e i Paesi del Sud – tra cui figura l'Italia – che hanno visto, al contrario, aumentare significativamente al loro interno le disuguaglianze sotto diverse forme.

In questo caso bisogna guardare alle disuguaglianze misurate dopo aver tenuto conto dell'imposizione fiscale e dei trasferimenti. I sistemi sociali di redistribuzione hanno giocato in effetti un ruolo chiave, portando nei Paesi del Nord alla stabilizzazione delle disuguaglianze in termini di redditi netti, mentre il contrario è avvenuto nei Paesi del Sud Mediterraneo e nel nostro Paese. Se guardiamo all'Italia, ad esempio, i redditi medi delle famiglie italiane hanno subito, a partire dal 2007, una netta flessione e sono ritornati ai livelli di inizio anni Novanta. I giovani in particolare hanno pagato – e stanno pagando – un prezzo elevatissimo.

Va aggiunto che nei Paesi del Nord europeo – soprattutto in quelli scandinavi come la Finlandia e la Danimarca – livelli relativamente bassi di disuguaglianza si sono associati a un tasso relativamente elevato di mobilità sociale. L'opposto è avvenuto nei Paesi del Sud Europa compresa l'Italia, caratterizzati da più elevati livelli di disuguaglianza dei redditi unitamente a più bassi tassi di mobilità intergenerazionale (sociale).

Nessuna tendenza strutturale ma cicli prolungati

Un fenomeno complesso come la crescita delle disuguaglianze economiche e sociali ha naturalmente molteplici cause. Va comunque fatta una premessa importante: non è rinvenibile nessun *trend* strutturale dietro gli andamenti più o meno recenti delle disuguaglianze. È quanto aveva sostenuto, viceversa, per molto tempo e con successo l'economista Simon Kuznets. Il vincitore del premio Nobel ipotizzava che un portato inevitabile dello sviluppo fosse inizialmente la crescita della disuguaglianza all'interno di un Paese, mentre il raggiungimento di fasi più avanzate dello sviluppo avrebbe coinciso con una permanente riduzione dello stesso fenomeno. Un'ipotesi autorevole ma seccamente smentita dalle evidenze oggi disponibili. Più che disegnare una curva la dinamica della disuguaglianza nei vari Paesi sembra seguire grandi ondate cicliche, per cui tende prima a salire per poi discendere e poi salire ancora in un moto apparentemente senza fine. Tutto ciò lascia intuire il ruolo assai importante nel disegnare questi andamenti svolto dalle politiche economiche e dagli interventi discrezionali messi in atto dai singoli Paesi.

Globalizzazione, progresso tecnologico e finanziarizzazione tra i fattori determinanti

Tra i molteplici fattori che hanno contribuito all'aumento delle disuguaglianze, tre meritano una menzione particolare anche perché hanno influenzato in modo fondamentale la fase che l'economia mondiale sta attraversando.

Innanzitutto la globalizzazione e la conseguente nuova concorrenza dei Paesi dell'Asia Pacifico, prima di tutto la Cina. Essa ha favorito fenomeni di frammentazione della produzione e la formazione di catene globali del lavoro (Gvc), con la delocalizzazione nei Paesi emergenti – da parte dei Paesi più avanzati – dei comparti e delle fasi produttive a più alta intensità di lavoro. Tutto ciò ha avuto tra le sue conseguenze la creazione di un eccesso di forza lavoro a più bassa specializzazione negli Stati Uniti e in Europa, penalizzando il lavoro poco qualificato in termini di salario e occupazione.

In secondo luogo le caratteristiche dell'innovazione e del progresso tecnologico con la diffusione di quello che si può definire a tutti gli effetti un nuovo paradigma tecnologico e produttivo. Il potenziale di innovazione dei modi di produzione è fortemente aumentato nell'area più avanzata e ha avviato una stagione di automazione quasi integrale della produzione manifatturiera, con fondamentali ripercussioni sul mercato del lavoro. La diffusione della robotizzazione e delle tecnologie digitali ha portato in effetti a una forte sostituzione del lavoro nelle mansioni più di *routine*.

In terzo luogo la forte finanziarizzazione delle economie che ha portato a partire dagli anni '80 e fino all'inizio della *Grande crisi* a mercati finanziari sempre più aperti e interdipendenti a livello mondiale e caratterizzati da forte mobilità dei capitali finanziari. L'affermarsi di una finanza globale – dopo che per decenni nel dopoguerra i mercati finanziari erano rimasti chiusi e protetti – è stato un pilastro portante dello sviluppo prima e del consolidamento poi dell'economia globale. Allo stesso tempo la crescente finanziarizzazione e rilevanza dei processi di innovazione finanziaria ha contribuito in molti Paesi a accentuare la concentrazione del reddito prodotto in poche mani.

Il ruolo chiave delle politiche fiscali

In ultimo, ma non certo da ultimo, vanno menzionate le politiche fiscali e di *welfare* messe in atto dai vari Paesi. Esse hanno avuto un ruolo determinante nel mitigare o meno gli effetti sulle disuguaglianze

derivanti dagli altri fattori prima menzionati. Sono queste politiche ad aver determinato in larga misura gli andamenti diversificati delle disuguaglianze, tra Europa e Stati Uniti da un lato e all'interno dell'Europa dall'altra.

Nei Paesi dove la disuguaglianza è più aumentata sono state innanzi tutto le politiche fiscali ad aver offerto un contributo determinante, spostando progressivamente l'onere fiscale sui redditi medi e il lavoro, con forte riduzione della progressività. Lo conferma il fatto che la quota delle imposte sul reddito – un tipo di imposizione in prevalenza progressiva – ha costantemente perso d'importanza sul totale delle entrate fiscali, mentre sono aumentate fortemente le quote provenienti dai contributi sociali, dall'Iva, e da altre imposizioni sulle transazioni. Ciò è successo in Italia e in altri Paesi. Ed è in qualche modo paradossale che in tutti questi anni in cui si è sempre esaltata la centralità del lavoro l'imposizione fiscale sui salari sia aumentata nel tempo e sia diminuita quella sui capitali e sulla ricchezza.

Forti differenziazioni nelle politiche di welfare

Altre politiche importanti ai fini delle disuguaglianze sono state quelle – come già detto – del *welfare* e dell'accesso a una serie di beni pubblici come sanità e istruzione praticate nei vari Paesi. Dopo la crisi i costi dello Stato sociale sono aumentati un po' ovunque. I livelli di spesa sono triplicati rispetto agli anni Sessanta, anche se con intensità diverse da Paese a Paese. Nella media dei paesi Ocse l'incidenza sul Pil della spesa pubblica sociale è salita così al 21,9 Pil negli ultimi anni, con incidenze molto più alte in Europa, in particolare in Francia (oltre il 31 per cento), leggermente meno in Italia (28,9 per cento).

Anche se tutti hanno speso di più, molto diversa è stata l'efficacia degli incrementi di spesa. In generale i Paesi del Sud Europa, e tra di essi l'Italia, pur adottando un modello sociale di assistenza universale – servizi pubblici garantiti a tutti – sono riusciti poco e male a contrastare l'aumento delle disuguaglianze. In Italia ad esempio la voce pensioni e sanità copre più dei due terzi dell'intera spesa pubblica sociale, mentre del tutto inadeguate sono le risorse pubbliche destinate ai poveri, ai disabili, alle politiche per la casa e alle famiglie.

I rischi crescenti delle tendenze in atto

Il fatto è che molte delle scelte fatte sono state presentate e giustificate in questi anni sul piano teorico e

pratico come necessità imposte dalle superiori esigenze delle forze di mercato. Si è a lungo sostenuto che tassare il lavoro più del capitale – e la relativa disuguaglianza che ne conseguiva – fosse funzionale al sostegno della crescita. Anche perché avrebbero generato maggiori incentivi sia per il binomio risparmi-investimenti che per quello innovazione-imprenditorialità. Innalzare la dinamica di crescita sarebbe poi andato a vantaggio di tutti, anche dei lavoratori e delle classi più povere, attraverso i cosiddetti fenomeni di percolazione (*trickle-down growth or economics*).

Non è andata affatto così, come sappiamo. Abbiamo avuto in realtà una crescita più bassa e soprattutto sempre più “esclusiva”, perché a beneficio di pochi. Questa crescita più modesta e esclusiva è andata così di pari passo con una serie di fenomeni negativi per la maggioranza delle popolazioni, producendo oltre che maggiori disuguaglianze dei redditi una più bassa mobilità sociale, meno assistenza sanitaria, più elevata disoccupazione strutturale e una educazione più scadente per le famiglie più povere.

Che fare?

In realtà le tendenze negative in atto sul piano delle crescenti disuguaglianze e disagi sociali non sono affatto – come si è prima affermato – il portato inevitabile delle grandi trasformazioni in corso. Si possono in realtà contrastare e modificare mettendo in campo delle nuove e buone politiche. Come ricordava spesso uno dei padri della moderna economia di mercato l'economista americano e premio Nobel Paul Samuelson scomparso qualche anno fa, il mercato di per sé non ha né cuore né cervello e ha dunque bisogno di guida e di misure di compensazione, che solo l'intervento della mano pubblica è in grado di assicurare. Per questo Samuelson asseriva che un efficiente funzionamento dell'economia si basa su un giusto equilibrio tra azione del mercato e dello Stato. Contrapposizioni nette tra le due sfere o la predominanza di un termine rispetto all'altro sono sempre situazioni rischiose, e ancor più fonte di instabilità e problemi seri. Una piena conferma è venuta da ciò che è avvenuto nei tre decenni a cavallo tra la fine e l'inizio del nuovo secolo e fino alla *Grande crisi* globale. Il giusto equilibrio è stato rotto e sistematicamente alterato a vantaggio del ruolo del mercato coll'affermazione dominante del paradigma neo-liberista. Le sue ipotesi portanti sono state mercati e attori perfettamente efficienti e razionali, in grado di garantire sempre all'economia equilibri ottimali e di piena occupazione. La *Grande crisi* si è incaricata di demolire alla radice tali ipotesi. È necessario ora cercare di ristabilire quell'equilibrio a partire dal contrasto alle crescenti disuguaglianze.

Politiche e interventi da poter attuare

Si devono mettere in campo strumenti e misure d'intervento che siano in grado di migliorare l'uguaglianza delle opportunità oltreché colmare le disuguaglianze nelle condizioni di partenza, realizzando allo stesso tempo una combinazione virtuosa tra una efficace effettiva redistribuzione e un adeguato dinamismo dei mercati.

Per ragioni di tempo mi limiterò solo a elencare una serie di misure, un insieme di interventi che sarebbe importante mettere in atto, nella generalità di molti Paesi e in particolare da noi.

In primo luogo va combattuta la disoccupazione che resta a livelli molto elevati in molti Paesi europei. La disoccupazione ha un impatto estremamente negativo sulle condizioni di vita di una larga parte della società. Determina effetti negativi, come sappiamo, anche sulle potenzialità di crescita a medio e lungo termine dell'economia. L'elevata disoccupazione giovanile è un dato particolarmente allarmante. Un prolungato periodo di disoccupazione dopo la fine degli studi, quando un giovane lavoratore dovrebbe acquisire le sue prime esperienze formative, può arrivare a segnarne negativamente la futura carriera di lavoro. Di qui la necessità di rinnovate e efficaci politiche macroeconomiche e del lavoro nazionali e europee che siano in grado di creare adeguate opportunità di lavoro a differenza di quanto si è verificato nel recente passato.

In secondo luogo è necessario rinnovare e rilanciare le politiche sociali e di *welfare*. Come già detto esistono oggi marcate differenze nella efficienza dei sistemi di *welfare* nazionali. Le politiche di *welfare* di molti Paesi non sono state in grado di assicurare un adeguato contrasto e riduzione delle disuguaglianze economiche. La riforma dei sistemi e delle politiche di *welfare* in direzione di una loro maggiore efficienza si presenta come una priorità importante da soddisfare, a partire dal nostro Paese e dagli altri del Sud Europa.

In terzo luogo servono misure e interventi dirette a ripristinare un soddisfacente grado di mobilità sociale. Essa si è fortemente deteriorata in associazione alla crescita delle disuguaglianze, in particolare in molti Paesi del Sud Europa. Si sono così fortemente ridotte le opportunità per i figli delle famiglie più povere e svantaggiate. Di qui la necessità di misure e politiche educative per l'infanzia e per l'avvio al lavoro che possano svolgere un ruolo chiave nel ripristinare una soddisfacente mobilità sociale.

In ultimo – ma non certamente perché meno importante – serve una maggiore progressività nelle politiche fiscali, con l'applicazione di una maggiore progressività dell'imposta sui redditi, che oggi grava

troppo sui redditi più bassi, il ripristino o l'aumento delle imposte sull'eredità e sugli immobili eccedenti una certa soglia. È ormai ampiamente dimostrato nella letteratura più recente – vedi anche i contributi del Fondo monetario internazionale – la piena compatibilità tra questo tipo di scelte in campo fiscale e una crescita economica sostenuta. Le politiche redistributive utilizzabili per ridurre le disuguaglianze sono in grado di generare effetti positivi anche sulla dinamica di crescita di un Paese, grazie a tutta una serie di favorevoli impatti di natura indiretta. Allo stesso tempo andrebbero formulate politiche fiscali in grado sia di ridurre i costi di aggiustamento alle trasformazioni in atto dei giovani e delle famiglie sia che di meno penalizzino le spese per l'istruzione e gli investimenti.

Serve una crescita inclusiva

Queste e altre misure vanno in direzione di quella che viene oggi chiamata una “crescita inclusiva” a differenza della esclusione e delle disuguaglianze generate dallo sviluppo negli ultimi due decenni. Il carattere inclusivo della crescita sta nella creazione di opportunità per tutti i segmenti della popolazione di un Paese, così da realizzare una loro equa distribuzione. Essa va nella direzione di riaffermare quel delicato giusto equilibrio tra mercati e fornitura di

beni pubblici che è alla base dell'efficiente funzionamento di un'economia di mercato orientata alla crescita.

Un equilibrio che negli ultimi decenni – come si è detto – la fase del liberismo ideologico e della globalizzazione senza regole ha spezzato, generando disuguaglianze e crescenti instabilità, oltre a una eccessiva concentrazione del potere economico e finanziario nelle mani di una ristretta élite.

Sono misure e interventi che devono interessare prima di tutto le politiche nazionali. Mentre a livello europeo è importante che si crei un contesto in grado di favorire e incentivare le scelte in tale direzione dei singoli Paesi. C'è subito da aggiungere che siamo oggi purtroppo ben lontani da tutto questo. Ed è tuttora difficile scorgere segnali incoraggianti. Si corre il rischio, viceversa, che il costo di servizi e beni pubblici fondamentali, come infrastrutture, sanità, scuola venga sempre più addossato sulle spalle di redditi e ceti medi falciati in misura crescente dai costi di una crisi di cui non siamo ancora riusciti a intravedere una vera via di uscita.

Un forte cambiamento è necessario. Ma occorre far presto, prima che certe tendenze negative, pericolosamente in atto, si consolidino e arrivino a minare la tenuta sociale su cui si basano le nostre democrazie, offrendo ai populismi e nazionalismi in ascesa un po' ovunque in Europa un fertile terreno per una loro ulteriore diffusione e affermazione.

La povertà oggi in Italia. Recenti tendenze e quattro nodi critici

di *Elena Granaglia*

Le statistiche italiane registrano nel 2015 il 7,6% della popolazione in condizioni di povertà assoluta, il 13,7% in condizioni di povertà relativa, il 28,7% a rischio di povertà o esclusione sociale, con un incremento del 140% della povertà rispetto a dieci anni prima, soprattutto tra i giovani e gli stranieri.

Il nostro Paese si colloca spesso ai vertici delle statistiche europee riguardanti la povertà e il disagio sociale. Le ragioni risiedono nella bassa/assente crescita economica e nell'inefficacia del sistema di *tax and transfer*.

Occorre superare l'anomalia italiana dell'assenza di un sistema uniforme di reddito minimo, sciogliendo i nodi critici relativi alle risorse necessarie, alla selezione dei beneficiari, ai presupposti, alla collocazione delle politiche contro la povertà all'interno della più complessiva politica economica e sociale.

Recenti tendenze

Nel 2015, secondo l'Istat, circa 4,6 milioni di persone (il 7,6% della popolazione) erano, nel nostro Paese, in condizioni di povertà assoluta: le risorse di cui disponevano erano inferiori alla soglia necessaria ad acquistare un paniere di beni e servizi considerati fondamentali. Si tratta del numero più elevato nell'ultimo decennio: dal 2005 al 2015 l'incremento ha superato il 140%. Più nello specifico, l'Istat utilizza una pluralità di soglie differenziate sulla base di scale di equivalenza volte a neutralizzare le differenze nel numero e nell'età dei componenti delle famiglie nonché nella ripartizione geografica e nelle caratteristiche del comune di residenza. La soglia, per chi vive da solo, oscilla fra 552 euro (per chi vive in un piccolo comune del Sud) e 819 euro (per chi vive in una grande area metropolitana del Nord). I poveri estremi, quali i senza fissa dimora, sono esclusi dal computo, a causa della difficoltà di individuazione (le stime più recenti della Caritas indicano 50.000 persone circa).

I poveri salgono a 8,3 milioni (13,7% della popolazione), qualora si consideri la definizione di povertà relativa utilizzata dall'Istat secondo cui è povera una famiglia di due persone con un reddito inferior-

re al 60% della spesa media per consumi. Anche in questo caso, il reddito è ponderato sulla base di scale di equivalenza (nella definizione di povertà relativa la ponderazione è limitata alle differenze nelle caratteristiche familiari). Qualora la definizione di povertà relativa sia, invece, quella utilizzata da Eurostat, secondo cui è povero relativo chi ha un reddito equivalente inferiore al 60% del reddito mediano, l'incidenza supererebbe i 12 milioni (19,9% della popolazione). L'Eurostat aggiunge poi una definizione che associa povertà relativa e esclusione sociale. In questa prospettiva, nel 2014, sarebbe a rischio di povertà relativa o di esclusione sociale (*Arope, at risk of poverty or social exclusion*) addirittura il 28,7% della popolazione (il valore medio per la Ue 28 è di circa 4 punti inferiori). L'esclusione sociale coincide con la non soddisfazione di almeno quattro indicatori di deprivazione materiale all'interno di una lista di nove indicatori e/o con il vivere in una famiglia a bassa intensità di lavoro. Gli indicatori di deprivazione materiale sono non essere in grado di pagare le spese per la casa e/o le spese di riscaldamento e/o le spese inattese e non essere in grado di mangiare carne o proteine regolarmente, di andare in vacanza, di avere una televisione, una lavatrice, un'auto-

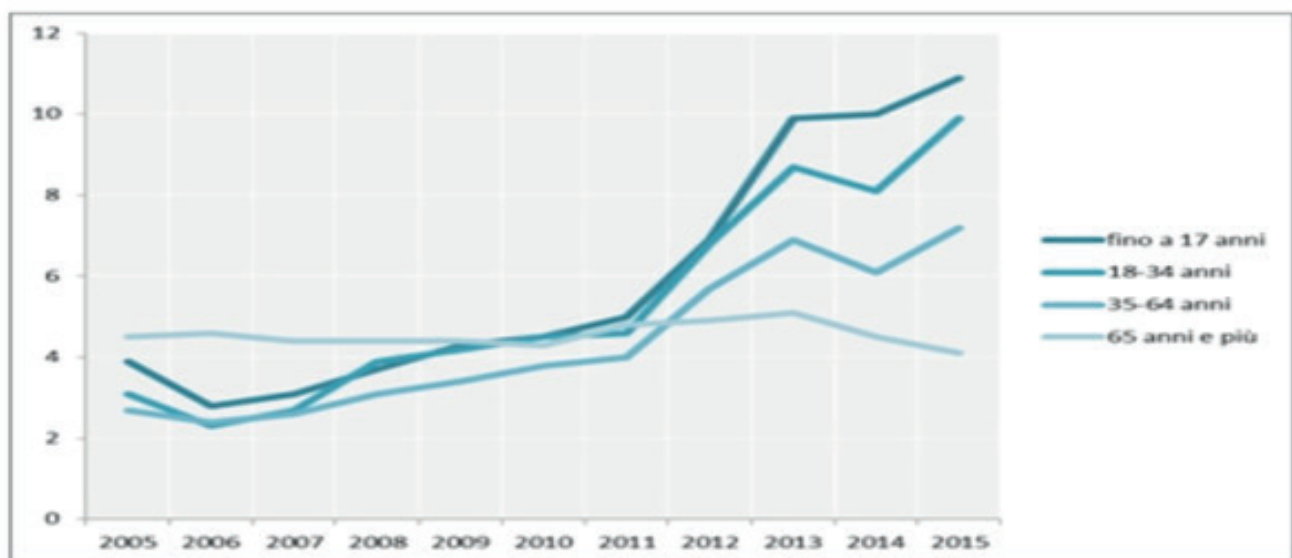
mobile o un telefono. È, invece, considerata a bassa intensità di lavoro una famiglia i cui componenti in età da lavoro lavorino meno del 20% delle ore potenzialmente dedicabili al lavoro.

Molte altre potrebbero essere le dimensioni di povertà da considerare. Basti pensare all'indebitamento e alla povertà di ricchezza. A quest'ultimo riguardo, già prima della crisi, secondo Brandolini, Magri, Smeeding (2012), ben 32% delle famiglie italiane non aveva una ricchezza finanziaria sufficiente per vivere per tre mesi al livello della soglia di povertà.

Passando a "guardare" dentro la povertà, da una

parte, vediamo gli stessi individui che da sempre popolano il gruppo dei poveri: chi ha un basso titolo di studio, che vive in famiglie numerose, risiede nel Mezzogiorno, è genitore solo, non lavora. Ad esempio, quasi il 20% di famiglie in cui la persona di riferimento è in cerca di occupazione versa in condizioni di povertà assoluta. Dall'altra parte, vediamo cambiamenti non di poco conto. Innanzitutto, diversamente dal passato quando la povertà era concentrata fra i più anziani, la povertà colpisce oggi maggiormente le classi di età più giovani. La tendenza è visibile con nettezza nel grafico 1.

Grafico 1. Andamento della povertà assoluta per classi di età



Fonte: Istat, 2016

Ciò non implica ovviamente ignorare le difficoltà economiche in cui versano molti anziani a causa dei bisogni di assistenza non considerati dalle scale di equivalenza utilizzate. Secondo la definizione di povertà assoluta, gli anziani sono, però, l'unico gruppo di età che ha visto diminuire i rischi di povertà (lo stesso vale per la definizione relativa).

In secondo luogo, sono da segnalarsi movimenti orizzontali fra classi di reddito. Soggetti che prima stavano meglio scivolano verso il basso. Un esempio è costituito dagli operai. L'incidenza di povertà assoluta fra le famiglie con persona di riferimento operaia è aumentata da 3,9% nel 2005 a 11,7% nel 2015. Se la mancanza di occupazione accentua il rischio di povertà, neppure avere un lavoro lo neutralizza.

Infine, oltre il 28% delle famiglie di soli stranieri residenti è in condizioni di povertà assoluta (contro il 4% delle famiglie di anziani). Il che non può non preoccupare anche per le prospettive d'inclusione delle seconde generazioni.

Queste tendenze si presentano anche sul piano europeo. In Italia, tuttavia, sono accentuate. Nel nostro Paese, ad esempio, è in povertà assoluta oltre un milione di minori. L'Italia, inoltre, è il Paese dell'Unione europea con la più elevata percentuale di *Neet* nella fascia di età fra i 15 e i 24 anni, mentre in quella tra 15 e 29 è seconda, superata soltanto dalla Bulgaria.

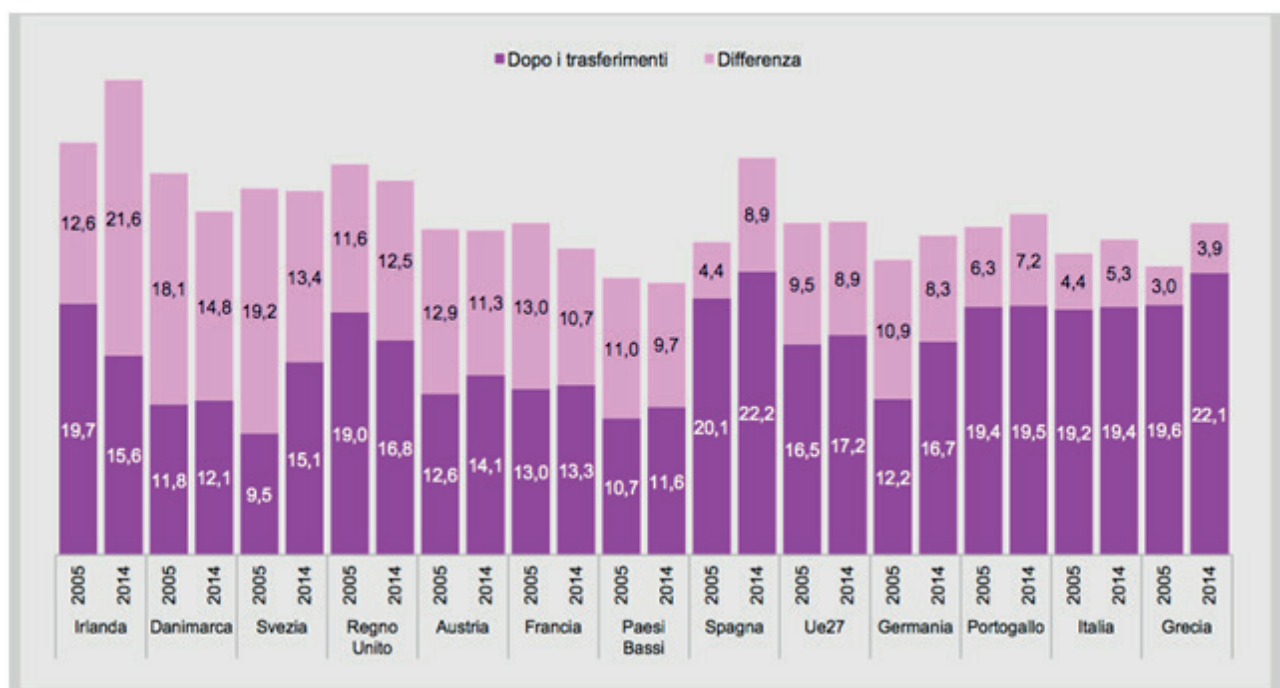
Una responsabilità risiede nella bassa/assente crescita economica. Certamente, tale crescita, in sé, potrebbe non comportare alcuna diminuzione della povertà. A questo fine, occorre non solo che la crescita produca occupazione (anziché sia una mera *jobless growth*). Occorre pure che, contrariamente a quanto si è verificato nel recente passato anche in diversi Paesi europei, l'occupazione favorisca le famiglie povere anziché il secondo coniuge in famiglie già prima non povere (cfr. Vanderbroucke, Cantillon, 2104). Altrettanto, però, è vero che assenza di crescita significa persistenza della povertà dovuta a disoccupazione.

Un'altra responsabilità riguarda il sistema di *tax and transfer*. Come più volte richiamato nella discussione pubblica, l'Italia, insieme alla Grecia, è l'unico Paese dell'Unione europea che non ha una rete generale di ultima istanza per tutti i poveri. Abbiamo solo un coacervo disorganico d'interventi, di entità limitata (gli importi sono assolutamente lontani dal portare i beneficiari alla soglia di povertà, sia essa assoluta o relativa), circoscritti a categorie specifiche di poveri, fortemente differenziati sul piano territoriale, a causa anche della competenza esclusiva degli enti locali in materia assistenziale, e largamente *una tantum*. Al contempo, trasferimenti difesi come favorevoli a chi sta peggio spesso sono preclusi ai più poveri. Si consideri il *bonus* di 80 euro. Tale *bonus*, essendo circoscritto ai lavoratori dipendenti con reddito complessivo inferiore ai 26.000 euro, esclude una fetta di lavoratori poveri (coloro che non sono dipendenti) e

tutti i poveri che non hanno un lavoro. L'erogazione sotto forma di credito d'imposta comporta poi l'esclusione addirittura dei più poveri fra i lavoratori dipendenti, i quali non hanno imposte da pagare e, dunque, mancano della base sulla quale fare valere il credito (a oggi, tutti coloro che hanno un reddito fino a 8.000 euro). Infine, essendo correlati al reddito personale, gli 80 euro possono avvantaggiare soggetti che, pur essendo a basso reddito, vivono in famiglie che povere non sono. Il problema dell'incapienza caratterizza anche un'altra misura fondamentale per il contrasto della povertà: il sostegno al costo dei figli, il quale, nel nostro Paese, ha le detrazioni quale pilastro portante.

La debolezza complessiva del sistema di *tax and transfer* nel contrastare la povertà nel nostro Paese è messa in luce dal grafico 2. Nella stessa direzione va la stima dell'IRS (2016) secondo cui ben il 44% dei poveri assoluti non riceverebbe alcun aiuto.

Grafico 1. Incidenza di povertà prima e dopo i trasferimenti



Fonte: Istat, 2016

Quattro nodi critici

È oggi in discussione al Senato un disegno di legge delega al Governo per il contrasto della povertà, il riordino delle prestazioni e il sistema delle interventi e dei servizi sociali che, all'articolo 1, richiede «l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà individuata come livello essenziale da garantire su tutto il territorio nazionale». Qualora approvato, l'anomalia italiana relativa all'assenza di un siste-

ma uniforme di reddito minimo potrebbe finalmente essere sanata.

Almeno quattro nodi critici restano, però, aperti (per approfondimenti, rimando a Granaglia, Bolzoni, 2016). Il primo nodo concerne le risorse. Per il 2017 è disponibile un miliardo. Tale cifra include un incremento dello stanziamento di 250 milioni rispetto al 2016. È, tuttavia, del tutto insufficiente a garantire un'assistenza in grado di proteggere dalla povertà. Le stime più conservative indicano un fabbisogno di al-

meno 7 miliardi. La misura, pertanto, non potrà che restare categoriale – non potendo raggiungere tutti i poveri – e comportare importi non lontani da quelli attuali della carta acquisti sperimentale: da un minimo di 80 euro al mese per un singolo a un massimo di 404 euro per famiglie con cinque o più componenti. Ricordo che la soglia più bassa di povertà assoluta per chi vive da solo è 552 euro.

Certo, esistono i vincoli di bilancio. La domanda, tuttavia, è se non esista anche una connessione profonda fra diritti e risorse. Affermare un diritto e non assicurare risorse sufficienti per realizzarlo non implica forse una violazione del diritto stesso? Al riguardo, vale la pena ricordare la sentenza del febbraio 2010 della Corte costituzionale tedesca che dichiarò in parte incostituzionale il sistema Hartz IV (concernente il sistema tedesco dei trasferimenti assistenziali) proprio perché gli importi dei sussidi erano troppo bassi per rispettare il principio fondamentale della dignità umana. Gli importi incriminati partivano da 359 euro per una persona sola (in età da lavoro).

Il secondo nodo critico concerne alcune ombre della selettività. Innanzitutto, contro qualsiasi attesa di univocità/oggettività, la definizione di povertà è non solo inevitabilmente normativa (si sceglie la definizione relativa o quella assoluta e in entrambi i casi come la si specifica?). È anche inevitabilmente arbitraria, le carenze informative costringendo all'incompletezza qualsiasi scala di equivalenza. Detto in altri termini, non saremmo mai in grado di neutralizzare l'eterogeneità delle condizioni di bisogno. Individui appena sopra la soglia di povertà potrebbero, pertanto, essere altrettanto bisognosi di chi sta sotto. Il rischio di guerre fra poveri diventa inevitabile.

La selettività, inoltre, è divisiva: da una parte, vi sono “loro”, i bisognosi e, dall'altra, “noi”, i non bisognosi. Il che aggiunge il rischio della creazione di due cittadinanze, una di serie A e l'altra di serie B e, con esso, quello della legittimazione di comportamenti nei “loro” confronti che sarebbero inaccettabili per “noi”, anche quando mascherati nelle forme più benigne della “loro” presa in carico. Ancora, la base familiare della selettività (si usa tale base per evitare di considerare poveri soggetti che, seppure individualmente poveri, vivono in famiglie non povere) ha, come contro-partita il rischio di iniquità nella ripartizione infra-familiare delle risorse. In ogni caso, i tanti giovani obbligati a restare a casa sono, di fatto, trattati come a carico delle famiglie.

Neppure si dimentichino i costi amministrativi (da parte di chi deve verificare le condizioni di povertà) e di adempimento (da parte dei beneficiari potenziali). I costi di adempimento insieme allo stigma associato al carattere divisivo della selettività sono, fra l'altro, responsabili di fenomeni non marginali di

non take up dei trasferimenti. Ancora, accanto ai falsi negativi causati dal *non take up*, vi sono i falsi positivi incentivati dal fatto che all'aumentare dei redditi guadagnati il trasferimento diminuisce fino a cessare.

Il terzo nodo critico concerne la condizionalità. Ovunque, in Europa oggi assistiamo a un rafforzamento della condizione dell'attivazione. Il sostegno al reddito è erogato a patto che i beneficiari si comportino bene, *in primis* lavorino. Ma, se già siamo in povertà, perché dobbiamo anche essere “puniti” attraverso l'imposizione di un obbligo al lavoro? Certo, si pone il rischio, sopra menzionato, dei falsi positivi. Ma, i falsi positivi non esauriscono l'universo dei poveri. Inoltre, un conto è assicurare l'opportunità di lavoro, un altro è imporre obblighi sulla mera base di un rapporto di *do ut des*.

Soluzioni a tutti questi problemi possono essere individuate. Ad esempio, come in Svezia, i giovani possono fare nucleo a sé, anche se vivono in famiglia, oppure le richieste di attivazione possono essere formulate all'interno di quella che White (2003) definisce come reciprocità equa, ossia, comportare richieste occupazionali non punitive, accettabili per tutti. Suggerimenti interessanti derivano dalla recente proposta di riforma del sistema assistenziale francese formulata da Sirugue (sul tema, cfr. Granaglia, 2016). Le soluzioni non sono, però, scontate e vanno ricercate con impegno e cura.

Il quarto nodo critico concerne la collocazione delle politiche contro la povertà all'interno della più complessiva politica economica e sociale. In breve, per contrastare la povertà sono sufficienti le politiche contro la povertà, una volta che queste siano finanziate e gestite al meglio? Sembra assai improbabile. La povertà è strettamente connessa al funzionamento dell'economia, alla struttura delle opportunità di occupazione sotto il doppio profilo della quantità del lavoro e delle remunerazioni offerte. Un mondo in cui la struttura delle remunerazioni è sempre più disuguale, in cui fra i 10 e 15 punti di Pil si sono spostati dal lavoro al capitale e, all'interno del mondo del lavoro, i lavoratori ricchi hanno preso la mongolfiera (per usare l'efficace immagine sulla copertina di Ocse, 2011) è un mondo che inevitabilmente crea povertà. Inoltre, maggiori sono le disuguaglianze, più difficile diventa anche il sostegno a politiche *ex post* di contrasto alla povertà. Seppure si tratti di una correlazione (e non di una relazione di causalità), i dati, con l'eccezione della Svizzera, sono concordi nel rilevare una relazione positiva fra disuguaglianza e povertà (Atkinson, 2015). In termini più generali, il contrasto alla povertà non è solo questione di azioni rivolte agli individui poveri. È anche questione di com'è organizzata l'economia. Chiama, dunque, in gioco tutti noi. Nei termini di Tawney (1913, p. 10, trad. mia), «ciò che i ricchi chiamano il problema della povertà, i poveri

chiamano, con uguale senso di giustizia, il problema dei ricchi».

In conclusione, qualsiasi siano le singole posizioni, la strada per realizzare l'articolo 3 della nostra Costituzione appare ancora piena di sfide.

Bibliografia

Atkinson A. B. 2015 *Inequality. What Can Be Done?*, Harvard University Press, Cambridge 2 (trad. it. *Disuguaglianza. Che cosa si può fare?*, Cortina, Milano 2015).

Brandolini A., Magri S., Smeeding T. 2010, *Asset-based measurement of overtly*, Temi di Discussione, Banca d'Italia, Roma.

Cantillon B., Vandenbroucke F. 2014 (eds.) *Reconciling Work and Poverty Reduction. How Successful Are European Welfare States?*, Oxford University Press, Oxford.

Granaglia E. 2016, "Contaminazioni proficue fra reddito minimo e reddito di cittadinanza" accessibile a www.eticaeconomia.it.

Granaglia E., Bolzoni M. 2016, *Il reddito di base*, Ediesse, Roma.

IRS, 2016 *Costruiamo il Welfare dei Diritti, Prospettive sociali e sanitarie* numero speciale, primavera.

OCSE, 2011, *Divided we stand. Why Inequality Keeps Rising*, Paris.

Tawney R. 2013, *Poverty as an Industrial Problem*, in *Memoranda on the Problems of Poverty*, William Morris Press, London.

White S., 2003, *Civic Minimum*, Oxford University Press.

Ripartire dalle disuguaglianze. Giudici e nuovi disuguali. I compiti della giurisdizione

di *Nello Rossi*

Spesso le disuguaglianze non si “vedono”, perché ci appaiono naturali o almeno incancellabili ed inevitabili in quanto indistricabilmente connesse con gli assetti sociali, economici e culturali, e perché nascoste sotto la coltre dell’uguaglianza formale, sotto gli schemi dell’autonomia privata, sotto il peso del senso comune.

Si distinguono agevolmente gli “ultimi” – i migranti, i vecchi e nuovi marginali, i detenuti – i quali restano il metro della effettività dei diritti, che sugli ultimi appunto si misura. Ma occorre saper riconoscere anche i tanti “penultimi”, che alla giurisdizione si rivolgono nella speranza di ascolto o tutela: per esempio il risparmiatore, frastornato dalla complessità del mercato, non di rado ingannato e depredato; gli analfabeti di ritorno del digitale, divenuto indispensabile dalla stipula dei contratti di servizio al funzionamento degli apparati assistenziali e burocratici; i precari permanenti di una classe lavoratrice frantumata e dispersa.

1. Vedere le disuguaglianze

L’esordio del congresso è stato un atto di umiltà intellettuale di cui possiamo essere orgogliosi.

Abbiamo voluto un apporto di conoscenza e di analisi dall’esterno del nostro mondo sulla fisionomia e sulle dimensioni della moderna disuguaglianza.

Abbiamo chiesto un aiuto per capire, per penetrare, per “vedere” le nuove disuguaglianze.

Ritenendo che questa conoscenza e questa percezione siano la premessa necessaria per comprendere quali siano i nuovi compiti dei magistrati civili e penali nell’affermazione rigorosa del principio di uguaglianza formale e nell’opera di rimozione degli ostacoli all’uguaglianza sostanziale che si manifestano nel processo e nella realtà che nel processo si esprime e si riflette.

Guardate: io credo che non solo i magistrati di Md – che hanno sempre avuto nell’art. 3, secondo comma, della Costituzione la loro stella polare – ma tutti i magistrati degni di questo nome, quando “vedono” che determinate norme sostanziali o processuali danno vita ad asimmetrie nell’ambito dei processi o dettano regole che creano o mantengono squilibri nella vita economica e sociale delle persone, siano portati a compiere uno sforzo interpretativo e applicativo del

diritto che cancelli o attenui quelle disuguaglianze.

Il punto è che spesso le disuguaglianze non si “vedono”, perché ci appaiono naturali o almeno incancellabili ed inevitabili in quanto indistricabilmente connesse con gli assetti sociali, economici e culturali e perché nascoste sotto la coltre della uguaglianza formale, sotto gli schemi dell’autonomia privata, sotto il peso del senso comune.

In passato è stata necessaria una opera di identificazione e di disvelamento per far emergere anche sul piano giuridico le tante disuguaglianze esistenti tra le parti nel rapporto di lavoro o per mettere in luce la condizione di minorità dei pazienti negli ospedali o l’impotenza dei singoli cittadini di fronte all’inquinamento ambientale o all’operato delle agenzie pubbliche erogatrici di servizi.

E la realtà di oggi ci dice che sono nate nuove forme di disuguaglianza cui i giudici di orientamento democratico devono rivolgere la loro attenzione ed il loro impegno.

Considerando questa attenzione e questo impegno come prioritari, quali che siano le forme associative e le modalità di presenza organizzata nella magistratura e nella società che sceglieranno nel corso del congresso.

2. Il primo compito: prendere sul serio l'uguaglianza davanti alla legge

In quest'ottica il primo compito è prendere sul serio l'uguaglianza davanti alla legge.

Il che significa portare in primo piano l'immenso valore dell'uguaglianza nel processo (ed in particolar modo nel processo penale così affollato di disuguali) e valorizzare la figura chiave nella quale questa uguaglianza si esprime, la persona.

Per spiegare meglio quello che intendo, attingo ad uno splendido romanzo di Antonio Tabucchi che si intitola: *La testa perduta di Damasceno Monteiro*.

«Nella città portoghese di Oporto vi è stato un orribile delitto.

Un giovane è stato ucciso e decapitato.

Ad occuparsi del caso sono un giornalista alle prime armi ed un maturo avvocato che tutti chiamano "Loton" per la sua straordinaria rassomiglianza all'attore Charles Laughton, indimenticabile protagonista del film "Testimone d'accusa" di Billy Wilder.

Del delitto, commesso da poliziotti corrotti per uno sgarro nel mondo della droga, l'avvocato scova un solo testimone oculare che ha visto tutto.

Si chiama Wanda ma in realtà è un uomo Eleuterio Santos: un travestito, con un passato in un ospedale psichiatrico, schedato per prostituzione.

Un testimone così, dice scettico il giornalista: "Fiduriamoci".

E l'avvocato replica severo: "è una persona... si ricordi questo, giovanotto, prima di tutto è una persona".».

Ecco. Non dimenticare mai la persona che c'è nell'imputato, nel testimone, nella vittima è opera quotidiana di eguagliamento da fare nel corso delle indagini, nei dibattimenti, nelle sentenze.

Ricordandoci che giudichiamo "fatti" che possono essere sgradevoli, nocivi, perfidi, orribili.

Ma che abbiamo il diritto di giudicare esseri umani solo come autori di quei fatti, senza distribuire bolli di infamia, marchi di ignominia perché appunto si tratta di "persone" la cui dignità il processo non può né deve scalfire.

Ritorna qui il dualismo dell'idea di uguaglianza nel processo penale, che corre lungo tutta la storia di Magistratura democratica e ne ha ispirato il garantismo penale, peraltro non senza qualche sbandamento.

Parlo del fatto che c'è una idea di uguaglianza emancipatrice, in forza della quale nel corso delle indagini e nel processo ci impegniamo a trattare l'ultimo cittadino o straniero condotto nelle aule dei tribunali con le stesse garanzie e con lo stesso scrupolo che riserviamo al cittadino o straniero colto e potente incappato nelle maglie della giustizia.

E c'è un'altra concezione, sprezzante e punitiva, del canone secondo cui «tutti sono uguali davanti alla legge» che è diametralmente opposta: la pretesa di trattare, nel circuito della giurisdizione, il cittadino o lo straniero più colto o potente con la stessa sbrigativa disinvoltura e sottovalutazione delle garanzie che talvolta si riserva ai diseredati.

Nella stessa formula «tutti sono uguali davanti alla legge» sono racchiuse due idee opposte di uguaglianza: l'uguaglianza livellatrice che livella verso il basso le garanzie di tutti, tutt'altro che marginale nella pratica giudiziaria al punto che occorre darle incessantemente battaglia e l'uguaglianza emancipatrice che rivendichiamo.

È questo il garantismo penale di cui non abbiamo solo parlato ma che abbiamo tentato di mettere in pratica.

Dal nostro atteggiamento verso i fatti di protesta sociale ai difficili processi della stagione del terrorismo, dai tanti processi nei confronti di esponenti del potere economico e politico al caso Tortora, quando il segretario ed il presidente di Md, Franco Ippolito e Giovanni Palombarini, a nome di Md e sfidando la corporazione andarono a Napoli a criticare la conduzione di quel processo.

E poiché non dimentico che siamo in un congresso politico e non in un convegno di studi ricordo che, dopo quella iniziativa, l'unità associativa si ruppe (presidente dell'Anm era un magistrato di valore come Alessandro Criscuolo) per ricomporsi su basi più salde un mese dopo.

Segno, questo, che non è l'abdicazione, il silenzio, il mutismo di fronte ai dissensi interni che salva il grande valore dell'unità associativa ma la chiarezza ed il rigore dei principi e delle impostazioni di fondo di chi ha deciso di lavorare insieme nell'Anm.

3. Una nuova mappa delle disuguaglianze

Al di là di questa sfera che resta essenziale, ci sono altri compiti più sofisticati e complessi da svolgere per essere agenti – nell'interpretazione delle norme e nella risoluzione dei conflitti – di una uguaglianza sostanziale.

Compiti che per essere assolti reclamano una meditata visione della società in cui operiamo, una mappa delle disuguaglianze.

Quando è nata Md i protagonisti di quella stagione avevano in mente, insieme ad una idea forte della funzione del diritto e del giudice, una mappa delle disuguaglianze.

Non dico che fosse una mappa assolutamente precisa, dettagliata, veritiera.

In qualche punto poteva essere falsata da un di più di ideologia.

Ma era una mappa che individuava i soggetti in campo, le grandi strade da percorrere, le principali asperità del terreno, le mete possibili.

Oggi quella mappa occorre aggiornarla.

Non basta, lo dico francamente, parlare ed occuparsi degli “ultimi” – i migranti, i vecchi e nuovi marginali, i detenuti.

Beninteso gli “ultimi” restano il parametro indispensabile di ogni nostro ragionamento, il metro della effettività dei diritti che sugli ultimi appunto si misura.

Ma ci sono realtà più complesse, più articolate, più sfumate da conoscere nella vasta categoria degli svantaggiati, nella società delle molte minoranze.

Ci sono i tanti “penultimi” che alla giurisdizione si rivolgono nella speranza di ascolto o tutela.

Se questi penultimi li facciamo entrare nella nostra sfera privilegiata di osservazione, se li “vediamo” cercheremo e troveremo anche gli strumenti di intervento.

Ciascuno nel suo campo di intervento, sfruttando come forza i tanti mestieri che facciamo e le tante competenze che accumuliamo nel campo del lavoro, della famiglia, della economia, del contrasto al crimine in tutte le sue forme.

Per parte mia indico qui alcune di queste figure che equivalgono ciascuna a molti milioni di persone.

Il risparmiatore, frastornato dalla complessità del mercato e, come ci raccontano le cronache, non di rado ingannato e depredato, coinvolto in vicende finanziarie che lo sopraggiungono e lo travolgono.

I nuovi semianalfabeti, gli analfabeti di ritorno del mondo digitale, sperduti nella complessità della vita sociale che si digitalizza nelle modalità di stipula dei contratti di servizio, nel funzionamento degli apparati assistenziali e nel processo.

I precari permanenti, ultimo approdo ed incanaglimento di una classe lavoratrice frantumata nella sua unità, dispersa nei meandri dei mille rapporti di lavoro subordinato, parasubordinato, autonomo, divisa nel pulviscolo di organizzazioni sindacali aziendali, corporative e settoriali che fondano il loro potere più sui veti che sui progetti.

A ciascuna di queste figure non posso che dedicare pochi cenni tratti dalla mia esperienza professionale, soprattutto negli ultimi otto anni trascorsi in una Procura della Repubblica ad occuparmi di criminalità economica ed informatica.

Sofferamoci per un attimo sul piccolo risparmiatore figura centrale nel moderno assetto socio-economico del Paese.

Nell'epoca del capitalismo finanziario – il capitalismo del nostro tempo – l'asimmetria informativa del singolo rispetto ai soggetti che operano nel mercato finanziario è divenuta enorme.

Si ricorda spesso che gli italiani hanno un basso livello di conoscenze economiche; ma non si aggiunge che anche se essi disponessero di più ampie cognizioni sarebbero comunque disarmati rispetto alla complessità dei meccanismi societari e finanziari.

Eppure gli strumenti che il diritto penale tradizionale mette a disposizione del risparmiatore per crimini ai suoi danni sono dei ferri vecchi, come la truffa o l'appropriazione indebita.

Reati con pene edittali relativamente basse, che non permettono intercettazioni, spesso scoperti in ritardo rispetto alla loro consumazione e facili a prescrivere a fronte di agguerrite strategie difensive, che non ammettono il sequestro per equivalente.

Perfino le possibili ruberie ai danni dei fondi pensioni non meritano alcuna tutela speciale diversa da quella prevista per il reato di truffa.

La più efficace tutela penale che ha potuto essere offerta al piccolo risparmiatore, sia esso obbligazionista, azionista o depositante, è stata sino ad ora una sorta di tutela indiretta e riflessa, dipendente dalla attivazione delle più incisive forme di tutela apprestate per il corretto funzionamento del mercato: le sanzioni penali previste contro gli ingressi abusivi di soggetti privi di requisiti nel mercato finanziario, la norma incriminatrice dell'ostacolo alla vigilanza, le norme sulle manipolazioni del mercato e sull'*insider trading*.

Qualcosa di simile alle vecchie concezioni dell'interesse legittimo riconosciuto al privato rispetto all'interesse della amministrazione pubblica tutelato in via prioritaria.

È questo un terreno di iniziativa dei pubblici ministeri, di attenzione dei giudici, di proposta di nuove norme che non può essere affidato solo ai gruppi specializzati di pubblici ministeri di alcune grandi Procure o ai raffinati civilisti di alcuni Tribunali ma che dovrebbe essere assunto come prioritario da tutta l'area di magistrati di orientamento democratico.

E lo stesso vale per le difficoltà, talora enormi, che la digitalizzazione della società crea ad un'ampia cerchia di persone nello stesso momento in cui rende più ricca, colta, varia l'esistenza della parte più giovane, colta ed avvertita della società.

Il dramma – vividamente rappresentato nel film di Ken Loach – di Daniel Blake, il cittadino intelligente, ironico, orgoglioso che quando si ammala dopo una vita di lavoro, finisce stritolato dalla dimensione impersonale di una assistenza digitalizzata, dovrebbe essere oggetto di studio e di riflessione dappertutto: nelle scuole, nelle sedi delle associazioni, nei nostri convegni.

E deve essere tenuto presente anche nelle aule di tribunale nel misurare l'adeguatezza delle nostre condotte e nella revisione continua delle buone prassi che devono continuamente adeguarsi alle trasforma-

zioni del processo e dei suoi modi di funzionamento nell'epoca della informatizzazione.

E infine nel mondo dell'economia e del lavoro, di cui parlerà il collega Rivero, occorrerà concentrarsi sulla forbice drammatica, sul dilemma che si ripropone quasi ad ogni passo della vicenda economica.

Se si vuole risanare una impresa – sia essa una banca, un'azienda di servizi o altro – si deve ridurre drasticamente il numero degli occupati e con esso la forza contrattuale di chi resta al lavoro.

Aumentando così il numero dei disoccupati effettivi e virtuali per i quali non basta a mio avviso postulare un reddito assistenziale che li mantenga nel numero dei consumatori e senza che siano alle viste politiche pubbliche che si facciano carico di questa drammatica forbice.

Per affrontare questi ed altri temi non basta da sola la magistratura né è sufficiente l'opera giurisdizionale.

Ma magistratura e giurisdizione saranno più utili e giuste se opereranno con la consapevolezza piena di queste problematiche, traducendo questa consapevo-

lezza in soluzioni concrete dei casi giudiziari spinosi, in dubbi di costituzionalità delle norme in vigore, in motivi di proposta culturale, tecnica, politica al mondo del lavoro, dell'economia, della politica.

Aggiungo, infine, che per muoverci efficacemente su questo terreno avremmo un vitale bisogno della nascita o della rinascita di una "avvocatura democratica", capace di organizzarsi per portare in giudizio tutta una serie di istanze, dagli *small claims*, i piccoli soprusi ai danni del consumatore o dell'utente, ai grandi interessi collettivi negletti o dimenticati e di essere parte civile rappresentativa nei processi per fatti di criminalità politico amministrativa.

Si tratta in definitiva di non restare da soli – né all'interno né all'esterno del mondo della giurisdizione – perché da soli si è destinati ad essere inutili o sconfitti e di non rinunciare ad idee che si sono affermate perché non sono rimaste solo idee ma sono divenute azioni, prassi e modi di intervento.

Non è poco, non è facile ma è possibile e perciò occorre farlo.

Contro la disuguaglianza ripartire dalla realtà

di *Roberto Riverso*

Ripartire dalla disuguaglianza, per un giudice, significa in fondo ripartire dalla realtà, che registra nel nostro Paese un massiccio spostamento di ricchezza dal lavoro al capitale e alla rendita e il forte indebolimento del potere contrattuale dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali.

Questa realtà non è il frutto ineluttabile delle trasformazioni tecnologiche o della competitività giocata sul mercato globale, bensì il frutto di politiche del lavoro orientate alla flessibilità senza sicurezza.

Tocca a Md assolvere al compito di riagganciare la giustizia alla realtà, superando derive formalistiche e distorsioni burocratiche.

Un po' di realtà

Chi è chiamato a discutere di uguaglianza oggi deve fare anzitutto i conti con la realtà. Cercare di descriverla. Orientarsi nel racconto quasi quotidiano dei numeri che non la raccontano (come quelli che vengono somministrati quasi quotidianamente in materia di occupazione); e delle parole che la capovolgono (come quando si chiama a tutele crescenti un contratto che riporta indietro le tutele di oltre 50 anni).

Per un giudice del lavoro, la realtà oggi sono anzitutto alcuni dati normativi incontrovertibili.

Il potere di licenziare una persona semplicemente contestandogli un "fatto materiale" (d.lgs 81/2015; da cui segue il dato che attesta 11mila licenziamenti per giusta causa nel 2016 in più rispetto all'anno precedente, pari al 28%). O anche di licenziarla senza alcuna crisi, «per ragioni di profitto» (come dice la sentenza n. 25201/2016 della Corte di cassazione).

Lo spostamento del maggior costo dell'esercizio illegittimo di questo potere sulla parte economicamente e giuridicamente più debole (perché la legge abolisce di fatto non solo la reintegra, ma anche il risarcimento del danno, sostituendolo con un indennizzo fisso di poche mensilità di retribuzione).

La totale liberalizzazione dei contratti a termine, del lavoro in affitto (somministrazione), dei buoni

lavoro (più di 100 milioni i *voucher* del 2016 a 7,50 netto) che asserviscono chi lavora; la *deregulation* di appalti e subappalti, cessioni ed esternalizzazioni che producono frantumazione dell'impresa.

Lo svilimento della protezione contro la dequalificazione professionale, resa disponibile con atto unilaterale del datore di lavoro.

L'accresciuta invadenza dei controlli a distanza sulla persona stessa del lavoratore, anche senza accordi sindacali che tutelino i lavoratori dagli abusi.

Il costante indebolimento della contrattazione collettiva (in particolare del contratto nazionale) che riduce partecipazione e democrazia nei luoghi di lavoro, concentra il potere nelle mani dei più forti, impedisce un'adeguata difesa del reddito delle persone ovvero che si espliciti la funzione storica del Ccnl (ovvero la difesa della quota salari sul Pil, cioè della parte di reddito che va ai lavoratori rispetto a quella che va ai profitti e alle rendite finanziarie e immobiliari).

La realtà del lavoro nel nostro Paese sono pure alcuni dati economici sotto gli occhi di tutti.

Una disoccupazione a due cifre: pari al 13% della forza lavoro, che per i giovani arriva al 40% (raddoppiandosi nell'ultimo decennio) e che al Sud è più che doppia rispetto al Nord: con punte di oltre il 60% per quella giovanile (ad es. in Calabria).

Sono i 100mila, per lo più giovani, che ogni anno lasciano il nostro Paese. La generazione più istruita

dal dopoguerra; un patrimonio di conoscenze che si disperde ed alla quale viene prospettato non un futuro da cittadini ma da precari, assistiti male.

Un Paese diviso in due, con un Sud che peggiora ogni giorno di più; presentando un reddito pro capite che in alcune regioni è la metà di quello di altre del Nord.

I tanti soggetti privi di potere di negoziazione (individuale o collettivo) nei confronti di centri decisionali che stanno sempre più in alto e più lontano rispetto al luogo di lavoro. Perché mentre si frammenta il lavoro, si centralizza il potere (nelle mani di poche imprese dominanti da cui dipendono molte altre). Milioni sono ancora i lavoratori che lavorano in nero o in aree periferiche delle catene produttive, i lavoratori autonomi di seconda e di terza generazione, i cd. indipendenti (le nuove professioni legate alla comunicazione e all'informatica, *free lance*, partite Iva), esclusi dai diritti sociali, costretti a lavorare a qualsiasi prezzo e senza tutele (ferie, malattie, assegni familiari, tfr e senza alcun seria prospettiva pensionistica).

I tanti miliardi di sgravi contributivi (che si stimano tra i 22 ed i 14, a seconda del numero e della durata dei contratti) elargiti alle imprese per le assunzioni a tempo indeterminato ed utilizzati per lo più per assumere lavoratori che già lavoravano nelle stesse aziende, anche con contratti irregolari e che perciò avevano diritto, *ex lege*, ad un rapporto che doveva già essere a tempo indeterminato (senza alcuna incentivazione per il datore).

L'ideologia della flessibilità

Questa realtà che abbiamo sotto gli occhi, non può considerarsi tuttavia una conseguenza di natura, il frutto ineluttabile delle trasformazioni tecnologiche o della competitività giocata sul mercato globale (come qualcuno sarebbe portato a farci credere). No, è il frutto di una costruzione sociale in cui il ruolo decisivo appare svolto dallo Stato. È il prodotto di una politica, una cultura, di leggi (per l'appunto) varate a raffica negli ultimi venti anni.

Provvedimenti la cui cornice comune è stata la realizzazione di una sempre più accentuata dose di flessibilità immessa nell'ordinamento del lavoro: unico modello dentro cui i vari governi, aderendo alle richieste del mondo dell'impresa – vero protagonista della stagione – hanno saputo concepire la condizione dei lavoratori.

L'incapacità di costruire un più vasto programma economico e sociale, una sintesi politica diversa, fondata sui diritti individuali e collettivi e su una democrazia partecipata, ha finito per scaricarsi soltanto sulla condizione di chi lavora (e in Italia per decenni su temi simbolici come l'art. 18).

Di fronte ai nuovi scenari dell'economia, ai nuovi conflitti sociali, nessun nuovo *welfare* è stato invece sperimentato. Nessuna politica alternativa di difesa dei diritti e delle persone è stata mai veramente attuata. Neppure il modello della cd. *flex security* che presupporrebbe una maggiore protezione del lavoratore nel mercato (da parte di servizi sviluppati) nei più frequenti periodi di disoccupazione.

Tanto meno è stata recepita la proposta, da più parti avanzata, di un reddito garantito per tutti come misura universale di protezione contro il rischio di esclusione sociale (capace di sostenere l'individuo nelle fasi di transizione lavorativa).

Il ritornello cui sono ispirate queste normative recita altro: più libertà per le imprese, meno diritti per i lavoratori, meno Stato. La giustificazione teorica su cui si fonda questo approccio, sostenuto con un martellante tam tam, è che un programma di riduzione dei diritti del lavoro avrebbe ridistribuito le tutele ed incluso nel mondo del lavoro garantito, vaste aree di lavoro sottotutelato, grigio, nero, autonomo di nuova generazione.

In Italia avremmo avuto la tanto attesa crescita economica, e l'arrivo in massa degli investitori stranieri.

La vittoria di una politica fondata sulla disuguaglianza

La risposta regolativa rispetto ai nuovi scenari globali, rispondente ad una chiara matrice ideologica, è stata presentata poi come risposta naturale, oggettiva, valida per tutti; ed assunta a paradigma anche da forze politiche vicine al mondo dei lavoratori. Le ultime leggi che hanno più a fondo modificato la condizione del lavoro in Italia sono state sostenute anche da forze di centro sinistra (come il Pd) ed approvate a larga maggioranza; e non hanno sostanzialmente incontrato alcuna opposizione sociale, com'è invece avvenuto in Francia.

In realtà il declino del lavoro come l'avevamo conosciuto che è divenuto anche declino del Paese (impoverimento sistematico della sua struttura produttiva e sociale), celebra la sconfitta di una politica e la vittoria di un'altra politica.

Ha perso la politica di difesa delle persone, del lavoro, del reddito e della dignità, intesi come elementi di aggregazione e di costruzione di una strategia diretta a governare il Paese. Ed ha vinto la politica distante dai luoghi di lavoro; quella che è diretta verso destinatari non identificabili e luoghi immateriali. La politica di svalutazione del lavoro. Che fa della supremazia della finanza e della rendita il proprio fondamento; che ha identificato i propri fini con l'economia finanziaria, adoperandosi con ogni mezzo per favorire l'ascesa (liberalizzando i movimenti di capitali,

eliminando ogni vincolo all'attività speculativa delle banche, alla produzione di strumenti finanziari sempre più sofisticati e complessi).

Gli effetti sociali ed economici di queste politiche sono evidenti. Li abbiamo visti anche ieri nella sessione di apertura di questo congresso che ci ha raffigurato un'Italia più povera e disuguale.

La crescita della disuguaglianza tra le classi ha in effetti raggiunto (in questo inizio del XXI secolo) livelli mai raggiunti prima nel nostro Paese (per quanto riguarda i redditi da lavoro). Perché la flessibilità ad oltranza ha agito anzitutto sul costo del lavoro; impoverendo i redditi da lavoro, ed attuando un trasferimento di ricchezza da una classe all'altra. Dieci punti di Pil ci è stato detto: una redistribuzione alla rovescia (perché si è preso ai poveri per dare ai ricchi).

Un ampliamento *record* della povertà con la cifra di 4,6 milioni di persone in povertà assoluta nel nostro Paese nel 2015 (dei quali quasi 1 milione sono giovani).

Una divaricazione mai raggiunta prima con i redditi delle gerarchie manageriali che arrivano a guadagnare più di 200 volte quel che guadagna un dipendente. Veri «compensi della fortuna» (sono stati chiamati), cifre stratosferiche che spesso non hanno alcuna connessione con la produttività e le *performances* dell'impresa alle quali sono preposti.

Nuove disuguaglianze di reddito si sono prodotte tra un'azienda e l'altra, a parità di lavoro; alle quali si aggiungono anche quelle a carattere territoriale, tutte prodotte dal progressivo indebolimento del Contratto nazionale di lavoro.

La redistribuzione dei diritti e di reddito che era stata promessa, non è stata invece attuata tra i lavoratori.

I sottoprotetti sono divenuti sempre più sottoprotetti: da cococo partite Iva o associati in partecipazione; ed ora sono divenuti soprattutto *voucher* da 10 euro all'ora tutto compreso. Ai lavoratori disoccupati si sono affiancati il lavoratore povero e senza diritti, con prospettive pensionistiche inesistenti; disponibili, sotto il costante ricatto dello spettro della disoccupazione, ad accettare qualsiasi condizione di lavoro, anche quelle insicure o disagiate per la propria integrità psicofisica e dignità professionale.

La conseguenza della lotta contro le garanzie (dei cd. *insider*) che non ci sono più garanzie per nessuno, come ci ricorda la Sezione romana nel suo documento per questo congresso¹.

Altra amara constatazione è che dal punto di vista economico l'Italia sta nel complesso peggio di

prima. Un sistema che sceglie di competere sul costo del lavoro è ovviamente destinato a finire male (come ammoniva Luciano Gallino); perché precarizzare il lavoro è foriero di sottosviluppo, ostacola fortemente la modernizzazione delle imprese, danneggia l'intera economia. A testimonianza del fatto che la scarsa competitività italiana ha a che fare non con la mancanza di flessibilità, ma con la scarsa capacità di innovazione, il basso investimento in capitale umano e in ricerca ed innovazione (anche da parte dello Stato, in scuola e formazione); ha a che fare con la mancata difesa del valore professionale del lavoro, del lavoro di qualità. Con una politica industriale ed un modello di sviluppo che nel nostro Paese non hanno saputo difendere la via alta dell'economia e dell'organizzazione fondata sulla valorizzazione delle capacità professionali. L'Italia non è stata danneggiata dalla globalizzazione per la produzione di manici di scopa o delle borse dell'acqua calda (come pure ci è stato detto ieri nell'intervento di Dario Di Vico²), ma ha perso in settori strategici della propria struttura produttiva (come l'informatica, l'aeronautica, la chimica, ecc.)

Precarizzare il lavoro e guadagnare in borsa

La globalizzazione e la crisi non è stata però uguale per tutti. Nel corso della crisi vi è chi si è arricchito (lo scriveva qualche anno fa l'attuale presidente dell'Inps, Tito Boeri). Perché c'è uno stretto rapporto tra la crisi che ha investito il mondo del lavoro (con la sua esigenza di investimenti e strategie di lungo periodo, per il "Futuro") e la finanziarizzazione dell'economia (fondata sulla necessità di realizzare profitti a breve termine; la cd. preferenza per il "Presente"). Quando un'impresa annuncia tagli o delocalizzazioni o smembramenti, i guadagni di Borsa crescono. Il movimento finanziario cresce. Ed aumentano i guadagni dei *manager* che hanno in mano una quota importante delle partecipazioni azionarie delle loro imprese. Sono cose che non si vedono. Perché, mentre la povertà è sotto gli occhi di tutti (nel 2015, 4,6 milioni di individui in povertà assoluta il numero più alto dal 2005 ad oggi); i ricchi di oggi si vedono sempre meno; non stanno più in mezzo a noi; in fabbrica o nelle loro proprietà come quelli di una volta. Oggi i più ricchi sono le grandi finanziarie, i fondi sovrani, e veleggiano in rete. La ricchezza si è fatta invisibile e anche più ardua da contrastare.

1. www.magistraturademocratica.it/mdem/upyt/faticolo/DOCUMENTO-GIUDICI-CIVILI-LAVORO-SEZIONE-LAZIO.pdf.

2. www.youtube.com/watch?v=wse3fo-Ejlc.

Come scrive Luigi Ferrajoli, la ragione più importante della crisi attuale è di carattere strutturale e risiede nell'asimmetria tra il carattere sovranazionale dei mercati e il carattere ancora prevalentemente statale della politica, del diritto, delle istituzioni e quindi dall'assenza di una sfera pubblica all'altezza dei poteri economici e finanziari.

Questione sociale e questione democratica

Sul piano sociale le politiche di liberalizzazione (precarietà, povertà, potere concentrato nelle mani del più forte) hanno prodotto effetti rovinosi sull'assetto democratico dell'intera società; creando un blocco sociale e di potere, anche culturale; perché dove non funziona l'ascensore dell'art. 3, 2 cpv, della Costituzione e l'ascesa sociale di classi subalterne (perché chi nasce povero è destinato a rimanere tale) si impedisce che maturino sensibilità diverse, che si formi un sapere dialettico rispetto al potere dominante; ed in definitiva lo sviluppo di una democrazia più matura e partecipata (una più libera dialettica democratica). Lo *status quo*, la conservazione si impongono invece sulla mobilità sociale. Per dirla con T. Piketty, è il passato che divora il futuro; il capitale, la discendenza, l'eredità riacquista la stessa importanza che aveva per le generazioni del 1800.

E questo è un male che rimette in discussione i valori sui quali si reggono le nostre società democratiche; che depotenzia la volontà di partecipazione. Le politiche subalterne all'economia (la concentrazione del potere) producono effetti profondi nei comportamenti delle persone, indotti all'adattamento passivo, all'obbedienza verso i poteri forti, alla perdita della cognizione di essere cittadini portatori di diritti fondamentali, alla riduzione del potere di coalizione, di autotutela ed anche all'accesso alla giurisdizione (come i giudici del lavoro sanno bene).

Il crescente astensionismo elettorale è un indicatore palese di questo malessere rispetto al ruolo della politica come strumento di riscatto e di affermazione dei propri diritti; così come il voto conferito verso partiti populistici.

E l'acuirsi delle disuguaglianze, rischia di minare la solidarietà sociale e l'altruismo.

Si sono delineati in questi anni conflitti sociali sempre più diffusi ed evidenti tra chi ha pochi diritti e chi non ne ha affatto; contrasti generazionali attraverso cui si scaricano sui vecchi le mancate politiche del lavoro per i giovani; nativi contro migranti; migranti di diverse nazionalità ed etnie; cittadini nazionali contro altri cittadini europei.

Uno scontro di classe di nuovo tipo, orizzontale, che ben si può collocare entro lo scenario di una

guerra tra poveri ("i penultimi contro gli ultimi" per l'appunto).

Che fare. Il giudice della flessibilità

Questa situazione pone il problema del "che fare"; perché una democrazia come la nostra vive secondo la Costituzione sulla partecipazione dei lavoratori e sulla lotta alla disuguaglianza.

C'è bisogno quindi di nuovi contenuti, di un pensiero politico solidarista ed inclusivo; che sia in grado di associare la Costituzione di nuovo, nella vita reale e nel dibattito politico, non più ad un ferrovicchio da rottamare, ma alla protezione del lavoro in tutte le sue forme, senza distinzioni, alla dignità di tutte le persone, al diritto allo studio, alla sanità pubblica, all'ambiente.

A noi giudici tocca soprattutto riflettere più da vicino sul modello di giurisdizione che è andato delineandosi nel corso di questi periodi in cui i processi di trasformazione (economico-sociali e politico-istituzionali) hanno modificato nel profondo la legislazione sostanziale, senza lasciare indenne quella processuale. E non hanno certo risparmiato la figura del giudice del lavoro; che è stato anzi oggetto di una attenzione peculiare nel nostro Paese.

Si tratta di un tema che ha contenuti fortemente divisivi; sia all'esterno che all'interno della magistratura, come risulta dall'intenso dibattito che pure si è svolto in quest'anni sull'argomento, in varie sedi.

Ad essere messo in discussione in questi ultimi vent'anni è stato l'intero assetto del diritto del lavoro, come diritto a vocazione disuguale. Quella che è stata chiamata la destrutturazione del diritto del lavoro è passata attraverso il superamento di due direttrici che sono strettamente connesse: la norma protettiva inderogabile (il carattere fondativo del diritto del lavoro); e la sua gestione applicativa (ovvero la sua effettività) ad opera di una magistratura del lavoro motivata ed indipendente.

L'intero progetto politico di stampo sociale e lavoristico delineato dalla Costituzione è stato minato; con uno scontro senza precedenti anche sulla giurisdizione del lavoro.

Tante sono state le norme introdotte nell'ordinamento in questi anni dedicate esplicitamente al processo, e direttamente al giudice del lavoro; con lo scopo di procedere ad una sorta di mutazione genetica di tale figura.

Si tratta di norme talvolta singolari in cui si dice al giudice cosa può fare e non può fare (ad es. per giudicare sulla legittimità di un licenziamento); con il parossismo che si era toccato alla Camera durante l'approvazione del cd. *Collegato lavoro* all'interno del quale era stata concepita (fino alla penultima let-

tura) persino una norma in cui si diceva che il giudice dovesse applicare anche «*le regole del corretto vivere civile e della buona educazione*» (... che evidentemente si riteneva fin lì non praticate dai giudici italiani).

La premessa, esplicitata nel libro Bianco del 2001 del ministro Maroni è che fosse certamente preferibile che i giudici del lavoro venissero sostituiti da arbitri privati («anche per la scarsa qualità tecnica delle loro sentenze»). Si spiegano da allora una serie di norme intese a sostenere l'omogeneizzazione del giudice del lavoro ad una sorta di giudice commerciale o tribunale dell'impresa (come ebbe ad auspicare nel suo intervento uno dei relatori del collegato lavoro, alla Camera, l'on. Cazzola già vicepresidente della Commissione lavoro)

Norme dirette a promuovere un giudice demotivato, che non provi ad intaccare le prerogative dell'impresa, arrestandosi alla verifica «dei presupposti di fatto» dell'esercizio dei suoi poteri (come risulta esplicitamente detto in una norma più volte reiterata in varie leggi, e che può considerarsi un vero e proprio manifesto ideologico di questa epoca del diritto del lavoro; art. 30, 1 comma, L 183/2010).

Il legislatore della flessibilità mostra di preferire un giudice del lavoro asettico, che si appiattisca su certificazioni e qualificazioni operate *aliunde*, in varie sedi, tra parti contrattuali supposte su un piano di parità, in una rinnovata stagione di esaltazione del dogma della volontà (art.30, commi 2 e 3, L 183/2010): come ebbe a far notare (il 31.3.2010) lo stesso presidente della Repubblica Napolitano nel messaggio di rinvio alle Camere del cd. collegato lavoro, che introduceva, tra l'altro, la clausola compromissoria (per sottrarre le cause di lavoro alla giurisdizione); clausola liberamente concordata (... per così dire) proprio all'inizio della sottoscrizione contratto; e rispetto alla quale il Presidente dovette ricordare che la condizione di bisogno di chi lavora lo porterebbe ad accettare qualsiasi condizione contrattuale pur di lavorare.

Alcune di queste norme assecondano inoltre un modello di giudice produttivistico, che di norma deve decidere, scrivere e leggere subito dopo la discussione alle parti la propria sentenza (secondo una riforma valida chissà perché solo per il processo del lavoro; promossa con la legge 6.8.2008 n. 133 di conversione del dl 25.6.2008 che ha modificato l'art.429 cpc).

Le nuove norme promuovono inoltre il giudice che – mettendo a rischio la propria imparzialità – si faccia mediatore più che risolutore dei conflitti: sicché (come prevede l'art. 31 legge 183/2010 di modifica dell'art.420) non soltanto tenti la conciliazione della lite, ma addirittura formuli subito alle parti una «proposta transattiva», avvisando la parte non aderente che ne terrà conto «ai fini della decisione» (non già solo delle spese), come si esprime la stessa norma,

con una previsione dal sapore esplicitamente intimidatorio (se è vero che oltre che dalla propria condizione di bisogno, o territoriale, il lavoratore oggi dovrà sentirsi sotto pressione anche per il timore di avere detto no al giudice).

Si è andato soprattutto modellando in questi anni il giudice *depotenziato*, che non possa, più garantire, salvo eccezioni, la reintegra, né il risarcimento del danno procurato al lavoratore licenziato illegittimamente (anche solo per aver commesso «un fatto materiale»). Così come non può assicurare lo stesso risarcimento del danno al lavoratore precario, assunto illegittimamente con contratto a termine (ex art. 32, L 183/2010).

E qui le norme, predeterminando una misura massima del risarcimento del danno, neutralizzano anche il tempo del processo in favore del datore di lavoro soccombente, con un sorprendente rovesciamento della celebre massima chiovendiana (secondo la quale la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione); e dello stesso processo del '73 che, come osservato da Proto Pisani, era semmai rivolto a disincentivare l'interesse della parte economicamente e socialmente più forte alla durata del processo.

Piace il giudice eclissabile a preferenza delle parti con le varie norme intese a potenziare arbitrati di tutti i tipi ed in ogni sede; anche arbitrati in deroga a norme inderogabili di diritto del lavoro.

S'avanza sempre in questa stagione un giudice che all'occorrenza, sappia perpetuare la disuguaglianza giuridica ed economica insita nel rapporto di lavoro; ad es. condannando il lavoratore soccombente alla rifusione delle spese (sempre ingenti per chi vive del suo lavoro) sostenute dal datore, secondo le varie riforme che hanno superato la gratuità del processo del lavoro da una parte; e dall'altra reso sempre più ardua la possibilità di una compensazione per giusti motivi (all'interno della quale ricondurre la speciale situazione di sottomissione, anche giuridica, del lavoratore in quanto parte esposta a poteri unilaterali attribuiti dal contratto all'altra parte). Una riforma, questa delle spese processuali, utilizzata talvolta da alcuni giudici in chiave di deterrenza, ai fini dell'amministrazione del dimensionamento dei propri ruoli processuali, sempre più inflazionati e gravosi.

I germi disseminati nell'ordinamento sono stati, pertanto, molti e pervasivi, tutt'altro che innocui, perché si tratta di norme che puntano ad influire, non solo a livello subliminale, sulle prassi giurisdizionali, sui poteri, sull'atteggiamento culturale dei giudici.

E le indicazioni normative nel senso del disimpegno e della superficialità sono difficili da contrastare, anche perché (come scrive G. Zagrebelsky) «*la giustizia prima che una questione di legge e procedure, è*

anche, anzi molto di più, questione di giudici e di un ethos che essi portano addosso».

È verosimile che pressioni di questo tipo non siano prive di influenza nella tendenza sempre più frequente nella giurisprudenza tanto lavoristica che previdenziale, a chiudere la contesa processuale con decisioni formalistiche, in rito (sentenze di inammissibilità, nullità, improponibilità, improcedibilità, ecc.). Si tratta di tendenze che tradiscono il principio di strumentalità del processo rispetto alla tutela dei diritti sostanziali; che si risolvono in una giustizia procedurale, indifferente al contenuto delle regole applicate. Sentenze talvolta ispirate anche da interessi di categoria, ammantati sotto temi come quello della velocizzazione e del razionale utilizzo delle risorse processuali sollevati strumentalmente, o a corrente alternata (come si è visto nell'applicazione pratica del cd. rito Fornero).

Sentenze di cui, giusto per fare un solo esempio concreto, riferito a persone in carne ed ossa, hanno fatto le spese migliaia di lavoratori esposti all'amianto: allorché è stato loro negato il diritto costituzionale ad un indennizzo di natura pensionistica – per sua natura imprescrittibile e non suscettibile di decadenza alcuna – assoggettandoli invece ad una inedita decadenza di carattere tombale.

Perciò, a fronte di queste nuove norme e tendenze giurisprudenziali, sorge naturale il timore che chi si affacci dentro un'aula di giustizia possa correre il rischio – oggi più di prima – di non incontrare il giudice dal volto costituzionale, proteso a disvelare l'ingiustizia presente nella realtà e che sovente si nasconde sotto le norme. Ed incontri invece un giudice diverso, quello delineato dai fautori di queste norme secondo i quali il giudice del lavoro sarebbe oramai divenuto – così è stato scritto da Del Punta – «*il garante del complesso dei valori espressi dall'ordinamento, a partire da quelli contenuti nella legislazione ordinaria in materia di flessibilità*» (dei valori cioè espressi nella stagione della liberalizzazione, della sudditanza ai poteri forti, del predominio della finanza, del rigore finanziario e del *fiscal compact*).

Se così fosse divenuto, saremmo davvero all'inizio di una nuova era. Un "dopo Cristo" che risponde ad un disegno politico certamente vagheggiato da tanti (ad es. con le ricorrenti tentazioni di rovesciare l'ordine dei valori stabilito nell'art. 41 Cost., anche con progetti di revisione costituzionale più volte discussi in Parlamento), ma che nel nostro Paese non si è ancora compiuto, perché rimane anzi irrealizzabile a Costituzione invariata (fino a quando sussisterà la gerarchia dei valori protetti dalla Costituzione, sub artt. 3, 32 e 41).

La missione di Md

Occorre allora riaffermare, lo ha detto bene ieri Franco Ippolito³, che il compito precipuo della giurisdizione del lavoro è ancora quello di tutelare i diritti secondo la Costituzione. Ribadire la centralità costituzionale del giudice del lavoro; la cui essenza si esprime in una opera di continua tensione dialettica nei confronti del potere politico. In particolare, sottolineerei, quanto all'attuazione dei diritti sociali fondamentali; dei quali nessuno può mai avocare a sé il totale monopolio, pretendendo di assicurarne l'assetto in modo stabile e definitivo.

Anche e soprattutto, in materia di diritti sociali, va negato che il discorso possa essere chiuso dalla legislazione ordinaria; la quale, al contrario, si pone soltanto all'inizio del lungo percorso interpretativo che occorre intraprendere nelle aule di giustizia. E ciò sia per la pluralità ed il carattere di compromesso degli stessi principi costituzionali in materia; sia per la provvisorietà dei rapporti sociali, sempre in movimento, che premono alla ricerca perenne di equilibri politici e giuridici nuovi. Questo pluralismo e provvisorietà non operano comunque in un campo aperto. Vi sono limiti da rispettare. Perché il bilanciamento normativo da realizzare alla luce della Costituzione, oltre ad essere equo e razionale (ai sensi dell'art. 3 Cost.), va operato nel contesto di riferimento, cioè senza astrazioni; avendo riguardo cioè alla realtà dei valori in conflitto, e partendo quindi dal dato di realtà.

È su questo terreno soprattutto, che opera l'art. 3, 2° comma, della Costituzione, la stella polare, è stato detto, per il giudice del lavoro, perché indica di guardare anche sotto le norme; alla loro effettività; a quello che producono nel loro impatto sulle persone.

Cosa ci insegnano in proposito, ad esempio, la sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 dello Statuto nella parte in cui non consentiva il godimento dei diritti sindacali in azienda, ai sindacati *effettivamente* rappresentativi (anche maggiormente rappresentativi) che non avessero firmato un contratto applicabile nell'unità produttiva? O le altre sentenze che hanno dichiarato incostituzionale il blocco della perequazione automatica delle pensioni, il blocco della contrattazione collettiva e delle retribuzioni nel pubblico impiego (prorogato *ad libitum* per cinque anni, pur nel contesto di una grave crisi economica)? sentenze all'interno delle quali la Corte parla di «*sacrifici non più tollerabili*».

Non ci dicono forse proprio questo: che la legge non può trascurare la realtà delle cose, che il sindacato dei lavoratori, il conflitto immanente che esso

3. F. Ippolito, *Le nuove disuguaglianze*, in questo fascicolo di questa Rivista.

esprime, il pluralismo dei valori presenti in una società, non possono essere tenuti in *non cale* in sede legislativa?

Allora, certamente un giudice che abdichi allo svolgimento di questo compito dialettico nei confronti della mediazione politica, che si limiti ad una lettura formale delle regole, incapace di svelarne le contraddizioni, assume di necessità un ruolo di conservazione, che piacerà certo alle forze (dominanti) che esprimono quelle regole. Ma sarà anche un giudice che omette di assolvere al mandato affidatogli dalla Costituzione, reso ancora più complesso oggi in una fase in cui si manifesta quasi senza soste l'assal-

to neoliberista ai diritti individuali e collettivi (come ammoniva il compianto Sergio Mattone).

Ed è questa allora la mia conclusione: ripartire dalla disuguaglianza per un giudice significa in fondo soltanto partire dalla realtà. Capire che la giustizia, forse, non si può più fare partendo dal diritto ma partendo dal reale. Ed io penso che tocchi a noi, ad Md, assolvere a questo compito, ripensarlo in continuo nel quadro dei processi di cambiamento in atto; superare le derive formalistiche e le distorsioni burocratiche. È un compito essenziale che all'interno della giurisdizione io temo, e spero di sbagliarmi, o lo svolge Md o non lo fa nessuno.

Ai margini della pena. Riflessioni su disuguaglianze e diritto penale

di Riccardo De Vito

In troppi casi il diritto e la giurisdizione penale scaricano i loro effetti a senso unico sui marginali, gli esclusi, i subalterni. Alcune fotografie della composizione sociale del carcere chiariscono l'affermazione in maniera plastica. Occorre indagare i nessi causali, dalle strutture normative, alle prassi giurisdizionali, dalle culture professionali ai modelli organizzativi.

L'inversione di rotta può nascere soltanto dalla rivitalizzazione di un modello di giudice e giurista che non si limiti alla contemplazione dell'esistente.

1. Disuguaglianze e penalità. Una delimitazione del campo

Il tema delle nuove e vecchie disuguaglianze deve essere affrontato anche e soprattutto sul terreno della penalità, vale a dire in quel campo dell'esperienza giuridica che sperimenta la sanzione dell'esclusione dalla società e che, in epoca contemporanea, corre il rischio di assumere sempre più marcatamente la fisionomia di strumento di *lotta* ai poveri e ai marginali.

Si tratta, senza dubbio, di questione delicata, che coinvolge un potere di per sé tragico come la potestà punitiva, urta nervi scoperti delle democrazie occidentali e tocca direttamente, oltre che il problema dell'uguaglianza tra gli uomini, quello del rapporto tra autorità e libertà.

Possiamo permetterci, tuttavia, di partire avvantaggiati con riferimento allo scopo dell'analisi: come magistrati democratici sappiamo che serve l'«impegno di chi, riconoscendosi nei valori del costituzionalismo, rifugge dal comodo ruolo di contemplatore dell'esistente.»¹

È indispensabile, pertanto, scrutinare l'argomento a partire dal punto di vista esterno al diritto positivo, coltivare dubbi e formulare proposte, non adagiarsi su visioni di comodo, tranquillizzanti per il mestiere di giudice, ma insensibili alle prescrizioni dell'articolo 3 della Costituzione.

In altri termini, è necessario tornare a fare il tradizionale lavoro di Magistratura democratica.

Conta anche avere a disposizione punti di osservazione favorevoli e questo spiega perché sia utile che le brevi considerazioni che seguono vengano svolte da un magistrato di sorveglianza.

Il magistrato di sorveglianza, in ideale contrappunto con quanto rilevato dal presidente Rordorf a proposito della giurisdizione civile, si trova nel quotidiano ad avere a che fare non con le *maschere* della giustizia, ma con la carne viva degli uomini della colpa e della pena. Sia chiaro: non si tratta di un demerito delle costruzioni civilistiche e di una virtù della penalità penitenziaria; quello della necessaria prossimità agli uomini condannati è, piuttosto, il codice genetico della giurisdizione rieducativa.

Da questa conoscenza occasionata dalla vicinanza, pertanto, può prendere le mosse l'analisi. La composizione sociale del carcere, infatti, costituisce un punto di vista privilegiato per interrogarsi sul funzionamento oggettivo del diritto penale e sulle disuguaglianze che esso produce o ri-produce.

Prima di affrontare questo sintetico percorso di osservazione, occorre delimitare il campo di indagine, escludendo dal fuoco dell'interesse di questa trattazione alcuni argomenti che, sebbene rilevanti per le implicazioni in termini di rapporti tra uguaglianza e diritto criminale, appaiono periferiche al vero obietti-

1. M. Ruotolo, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in www.costituzionalismo.it, 2/2015.

vo dell'esposizione: capire chi e come colpisce la giustizia penale.

Non verrà trattato, dunque, il complesso tema – di cui non deve sfuggire mai la portata decisiva – del rapporto tra democrazia, principio di legalità, uguaglianza e garantismo penale. Qui il monito, tuttavia, andrebbe rivolto al legislatore più che al giudice e in questa sede è sufficiente riportarsi alle parole di Dario Ippolito: «se i demoni incontrati a Gerasa erano Legione perché tanti, cosa dire delle tante fattispecie penali nell'epoca della decodificazione?»².

Altro tema sul quale si deve soprassedere è quello inerente alla relazione tra penalità, ordine pubblico, sicurezza e uso simbolico del diritto penale. La variegata discussione scaturita attorno alla categoria del «diritto penale del nemico», tuttavia, attraverserà gran parte delle tesi trattate, con particolare riferimento alla sostituzione della sicurezza sociale (o sicurezza dei diritti) con la sicurezza *tout court* (o diritto alla sicurezza). Sarà facile constatare che, quanto più diminuiscono le risoluzioni dei conflitti sociali nelle camere di compensazione del *welfare*, tanto più si utilizza il diritto penale per neutralizzare chi è rimasto sconfitto ed è spinto ai margini.

Eccentrici rispetto al fine di questo dibattito sono poi gli interrogativi che riguardano uno dei *futuri* della giustizia penale, ovvero la giustizia riparativa. Non ne accenneremo, ma è innegabile che la *restorative justice* ponga sul tappeto, a livello filosofico, etico ed economico, indifferibili questioni di riconoscimento dell'altro e di uguaglianza.

Dopo aver delimitato gli argini, si deve a questo punto riprendere il filo del discorso e lo si deve fare, come ha osservato Roberto Rivero³ con riferimento al mondo del lavoro, partendo non dal diritto, ma dalla realtà.

2. Istantanee dal carcere: i numeri della povertà

Nell'avviare questo approfondimento sulla disuguaglianza registrata dalla penalità, come detto, occorre coltivare metodologicamente il punto di visto esterno e tentare di decifrare il funzionamento oggettivo del diritto penale; non limitarsi all'esegesi delle fonti positive, dunque, ma affrontare la *penalità materiale*. Appare particolarmente proficuo, in quest'ordine di ragionamenti, passare in rassegna i tanti condannati, imputati e indagati della giustizia penale italiana: chi sono? Di cosa rispondono? Domande fondamentali

per provare a capire se la giustizia penale si sottragga o meno a una distribuzione disuguale.

Naturalmente, i parametri per condurre una simile indagine sono molteplici, ma è opportuno iniziare il ragionamento partendo dai numeri del carcere, dalla fotografia della sua composizione sociale e dalla conseguente divisione della pena.

Le risposte che arrivano da una tale consultazione, possiamo anticipare, sono (purtroppo) in parte scontate e in parte provocatorie. Valgono ancora oggi, infatti, le conclusioni che nel 1976, Elvio Fassone traeva in un libriccino molto importante, con un sottotitolo significativo proprio per l'adozione di quello sguardo dal di fuori: *Carcere e criminalità. Il cittadino interroga le prigioni* (Editrice Esperienze, 1976).

Statistiche alla mano, Fassone concludeva che il carcere era destinato in prevalenza a utenti di una determinata classe sociale, quella emarginata, che nel «carcere trovava l'ultimo anello di un *continuum* di risposte negative ed escludenti ai problemi dell'esistenza».

Possiamo dire che oggi, a distanza di quarant'anni da quello studio pionieristico, il carcere sia diventato una realtà meno parziale e più conforme a Costituzione?

Al 30 settembre 2016 (ultimo dato a disposizione al momento in cui si parla) i detenuti ristretti nelle carceri italiane arrivavano a quota 54.465. I numeri, dunque, stanno di nuovo crescendo. A giugno 2015 i detenuti complessivi erano 52.754, mentre raggiungevano quota 54.072 a giugno 2016.

Chi viene colpito da questi processi di ri-carcerizzazione?

Anche qui le statistiche – delle quali in questa sede si può solo offrire una lettura non raffinata –, permettono di cogliere qualche risposta a livello di *trend*.

Su 54.465 detenuti, 18.462 sono stranieri, pari a circa il 34% della popolazione carceraria. Si tratta, per lo più, di migranti economici privi di regolare posizione sul territorio dello Stato e costretti alla clandestinità, che occupano una porzione non trascurabile dell'area della detenzione sociale.

Proviamo anche – proprio seguendo le orme di Fassone – a interrogare la popolazione carceraria sulla base di altri parametri.

È interessante, ad esempio, provare a confrontare i più recenti risultati dei rapporti Istat sulla diffusione della povertà in Italia con le rilevazioni relative alla presenze negli istituti penitenziari. Emerge dai rapporti Istat che la povertà (intesa qui in accezione sociale e politica e non scientifica) colpisce in

2. D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli, 2016.

3. R. Rivero, *Contro la disuguaglianza ripartire dalla realtà*, in questo fascicolo di questa Rivista, p. 28.

misura nettamente maggiore il Sud Italia e le Isole, come dimostra, tra i tanti criteri impiegabili, il piccolo dell'indicatore relativo all'accesso alle mense per poveri (anche in questo caso è preferibile genericamente utilizzare il termine povero, in quanto meno caratterizzato da connotazioni di classe/ceto). Ebbene, analizzando la popolazione detenuta in base al criterio della provenienza geografica sarà facile constatare la seguente distribuzione: 9.736 detenuti provenienti dalla Campania; 3.507 dalla Calabria; 3.934 dalla Puglia; 7.009 dalla Sicilia e, infine, 1.155 dalla Sardegna. Sul totale di 54.465 reclusi, ben 25.341 – circa il 46,50% dell'intera popolazione carceraria – provengono dalle regioni più marcatamente colpite dalla crisi e a più alto tasso di esclusione sociale. E, si badi bene, non è dato giustificabile o leggibile soltanto attraverso la cifra della criminalità organizzata, posto che le condanne per associazione mafiosa ammontano a circa 6.000.

Un maggior livello di approfondimento imporrebbe di mettere in relazione gli elementi statistici appena citati con i rilievi che hanno ad oggetto l'efficienza dei servizi sociali, il livello delle prestazioni pubbliche e, più in genere, gli indici sintomatici del benessere. Non è questa la sede per essere più analitici. È sufficiente anticipare che le conclusioni sono le medesime: per usare la metafora di celebre penologia italiana, la geografia della anoressia sociale coincide con quella della bulimia penitenziaria.

Ai fini di questa veloce rassegna, viceversa, è senza dubbio di interesse porre l'attenzione sulla tipologia dei reati che, sulle gambe dei detenuti, abitano le prigioni nostrane.

Occorre ribadire che si tratta di indagine macroscopica, utile per capire alcune linee di fondo, ma che andrebbe nettamente raffinata per giungere a conclusioni più sofisticate sul piano epistemologico. Gran parte del carcere, comunque, è occupato da condannati per reati in materia di stupefacenti (18.941) e reati contro il patrimonio; sotto quest'ultimo profilo, in particolare, si deve evidenziare che ben 11.767 sono i detenuti che hanno commesso furto e 16.408 quelli che hanno la rapina tra i titoli in espiazione. Con riferimento ai delitti contro la pubblica amministrazione, invece, è di grande interesse rilevare che i condannati per violenza e resistenza a pubblico ufficiale ammontano a circa 6.400, mentre i condannati per reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione che scontano la pena in carcere sono circa 346.

Deve essere chiaro che quest'ultimo dato, relativo alla ridotta presenza carceraria di questa tipologia di criminalità, viene utilizzato soltanto per cogliere *a contrario* la vastità dell'area della detenzione sociale; nessuna intenzione, dunque, di fornire indicazioni sul trattamento penale dei "colletti bianchi" e, tanto meno, nessuno spazio alla demagogia dell'incarcera-

zione. Una risposta di politica criminale che si muova sul terreno del garantismo dovrebbe mirare ad alzare il livello di tutela e di garanzia dei sottoprotetti, non ad abbassare quello relativo alle forme elitarie di delinquenza.

Fatta tale precisazione, è necessario ora ragguagliare i dati relativi alla tipologia dei reati per i quali si sconta la pena in carcere all'indagine dei flussi delle denunce ricevute dalle agenzie di polizia. Scopriremo – al di là del consueto dato inerente alla ineffettività della risposta di polizia e della risposta giudiziaria, di cui ora non ci interessa indagare le cause – che la maggior parte dei 624 denunciati riguardano il furto di auto in sosta (ancora il reato maggiormente denunciato, con circa 253.000 denunce annue), il furto in abitazione (comprensivo di un grande cifra di furto in esercizi commerciali), il furto con strappo. Tale dato non viene, per così dire, corretto dall'attività giudiziaria, se è vero che l'88% cento delle condanne per furto riguarda casi analoghi.

Per completare questa breve inchiesta sul carcere appare necessario rivolgere l'attenzione ad altre forme di povertà, che quasi sempre si abbinano alla povertà materiale. Un criterio ragguardevole per esaminare la popolazione detenuta, ad esempio, è costituito da quello che, in via di estrema generalizzazione, potremmo definire di alfabetizzazione dei detenuti. Sotto questo profilo riscontriamo che i laureati in carcere sono appena 514; 16.300 detenuti hanno poi la licenza media, mentre 5.720 la licenza elementare e circa 600 sono del tutto privi di alfabetizzazione primaria. Nel complesso, 22.516 possiedono un livello di alfabetizzazione che non li rende competitivi nella vita e nel mercato del lavoro. Dietro le sbarre come fuori, dunque, la povertà è sempre anche povertà di relazioni, identità, cultura, oltre che di risorse economiche. E a questa constatazione non è indifferente un'altra considerazione statistica: il 50 % dei detenuti presenti all'interno degli istituti italiani assume terapia farmacologica per problematiche psichiatriche.

Torniamo ora alle domande. Cosa ci dicono questi dati? Una conclusione è lampante: il carcere rimane il luogo dove si confina e si chiude la marginalità sociale e il diritto penale, in gran parte, funziona ancora – Pavarini *docet* – come la "gazzetta della moralità media", ossia il meccanismo per selezionare la povertà colpevole da quella incolpevole e neutralizzare la prima.

Sotto questo punto di vista, dal 1976 ad oggi, le cose non sono cambiate. La giustizia penale si scarica sulle classi subalterne molto più che su quelle egemoni. Il carcere è il luogo dei poveri. La disuguaglianza è racchiusa dietro le sbarre ed è sufficiente una semplice passeggiata nel corridoio di una sezione detentiva per verificare che il paesaggio umano è, in gran parte, analogo a quello delle aree periferiche delle città colpite dalle dismissioni delle fabbriche, dal tracollo

del sistema di *welfare* e dal completo arresto di ogni meccanismo di ascensore sociale. Potranno essersi modificate alcune delle cause delle disuguaglianze – in qualche maniera è il compito di queste nostre discussioni scoprirlo – ma non sono cambiati i poveri; né, quel che è peggio, è cambiato il loro trattamento: un trattamento che mette al centro la rimozione della visibilità della povertà, più che la lotta alle sue cause.

3. I disuguali e la magistratura. Un problema culturale e politico

Una cosa, di certo, è cambiata: l'attenzione di noi magistrati a questi fenomeni. E se sentiamo oggi forte il bisogno di interrogarci sulle nuove disuguaglianze, forse, è perché siamo cambiati noi. Il pensiero va qui soprattutto alla magistratura progressista. È evidente come, nel corso degli anni e fatti salvi gli sforzi individuali, i soggetti collettivi della magistratura che si richiamano all'attuazione della Costituzione abbiano distolto l'attenzione dalla realtà sociale. In qualche maniera, abbiamo barattato lo sguardo sull'esterno con la riflessione sugli *interna corporis*.

Certo, abbiamo pagato un prezzo al contesto politico generale, ma è vero che l'impegno sulle problematiche dell'uguaglianza e della disuguaglianza si è andato sempre più diluendo; nonostante, come ricordava Bobbio e come dovremmo ricordare anche nella magistratura associata, il criterio più frequentemente adottato per distinguere la destra dalla sinistra sia proprio il diverso atteggiamento che «gli uomini viventi assumono di fronte all'ideale di uguaglianza».

Del resto, un dato inequivocabile conferma la tendenza sopra accennata: le ultime ricerche importanti e sistematiche, che hanno visto la magistratura *engagée* sul campo dei rapporti tra giustizia penale e disuguaglianze, risalgono ai progetti degli anni Novanta di Amedeo Cottino e Claudio Sarzotti, condensati in un convegno internazionale e in un libro intitolati *Diritto, uguaglianza e giustizia penale* (Torino, 21-22 aprile 1995, atti in edizione L'Harmattan, 1995). Vi è stato poi l'impegno militante di riviste come *Questione giustizia* e *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, nonché il periodo del contrasto culturale alle derive carcerocentriche in materia di stupefacenti, immigrazione e recidiva. Negli ultimi anni, tuttavia, i sottoprotetti sembrano fuoriusciti dall'orizzonte politico della magistratura associata progressista.

È arrivato forse il momento, dunque, di invertire la rotta e di coinvolgere nuovamente Magistratura democratica – se tale vuole rimanere – in un'importante programma di ricerca che metta insieme soggetti collettivi, culture e saperi diversi. Un progetto ampio e strutturato che ci permetta di conoscere la reale distribuzione della giustizia penale, di articolare

proposte di politica criminale e di riforma del diritto sostanziale e processuale non dettate dal sondaggio, di mettere in campo culture dell'organizzazione e culture della giurisdizione all'altezza della sfida dell'articolo 3 capoverso della Costituzione.

Una ricerca lunga anche, ma che ci permetta, come usa dire in sociologia, di spiegare i nessi causali, perché i nessi causali vanno spiegati e ad alcune domande occorre provare a dare risposte: perché a distanza di anni il funzionamento oggettivo della giustizia penale colpisce con maggior solerzia i poveri, vecchi o nuovi che siano? In termini più concreti: perché lo spaccio da strada di poche dosi di cocaina viene colpito da pene elevate nel minimo, con veloce ed inesorabile attivazione di tutti i meccanismi della repressione (dal sequestro alla confisca al carcere), mentre il fenomeno del cd. *shadow banking*, che pure consente di far girare denaro illecito in grandi quantità, sfugge anche ad una classificazione in termini di risposta penale e giudiziaria?

Giova ripetere che non si deve battere – e anzi, va contrastata culturalmente – la strada del “più carcere per tutti”. Questa è la via del populismo, che intacca pericolosamente la cultura del garantismo e che sposta il terreno di soluzione dei problemi. È la via, inoltre, che consente alla corporazione di autoassolversi in una percezione manichea del mondo: da una lato la magistratura, con le sue medicine di pena e carcere; dall'altro la politica e la società, con i suoi mali di criminalità.

È necessario, viceversa, ripensare la penalità nelle sue diverse forme (sostanziale, processuale, esecutiva) e, a livello di diritto positivo, implementare prassi che stimolino approcci riparativi, allochino diversamente la risposta carceraria, costruiscano un modello di carcere diverso.

Insomma, occorre tornare a un diritto penale minimo e, anche, a un diritto penale diverso e diversamente distribuito.

4. I disuguali, la legge, la risposta giudiziaria

Il funzionamento oggettivo in danno delle classi subalterne del diritto penale è chiaramente condizionato dalla struttura normativa delle fattispecie. Basti pensare al furto, reato predatorio per eccellenza che, per come è configurato a livello di previsione astratta, nella pratica al banco o si presenta pluriaggravato (con i conseguenti incrementi di pena e con l'apertura delle porte del carcere) o non è. Diversamente, molte delle fattispecie che tradizionalmente attribuiamo alla criminalità *d'élite*, quella economico-finanziaria e d'impresa – peraltro in grado di provocare danni sociali di estensione notevole – è spesso derubricata a contravvenzione, con contestuali problemi in termini

di prescrizione e impossibilità di contestazione di un istituto *antipatico* quale la recidiva, ma che proprio nel campo della criminalità d'impresa (laddove le conseguenze di un illecito possono essere derubricate a costo di produzione messo in conto) potrebbe avere senso. In questa traiettoria, pertanto, possiamo dire che la giustizia penale disuguale è sicuramente un riflesso della struttura normativa.

Lo stesso va detto con riferimento alla configurazione delle norme processuali, soprattutto in materia di custodia cautelare, costruite in modo tale da favorire la prognosi di reiterazione per chi si è reso responsabile di reati da strada e tali da colpire in maniera più specifica chi non ha alternative abitative o chi è costretto alla violazione delle prescrizioni di misure sostitutive del carcere per necessità (fisiologiche, come l'abitazione appunto, ovvero patologiche, come quelle dettate dalla dipendenza; in ogni caso sintomatiche di marginalità).

Un caso paradigmatico della enfattizzazione delle disuguaglianze a livello normativo può essere scandagliato mettendo l'una accanto all'altra due figure di rei: il tossicodipendente (che reo non dovrebbe essere) e il corruttore.

Il tossicodipendente puro, come sappiamo, non è (non dovrebbe essere) preso in considerazione dal diritto penale in chiave di incriminazione. La condizione di tossicodipendenza può venire in rilievo in diversi momenti, ma non è prevista la punizione del consumatore puro e la sua condotta è sanzionata soltanto a livello amministrativo. Eppure, attorno a questa figura, vengono costruiti tanti e tali divieti (fino a quello che è stato acutamente definito *delitto apparente*, costituito dalla detenzione di una quantità di sostanza che appare e si presume incompatibile con l'uso personale) che diviene pressoché impossibile nel nostro ordinamento essere tossicodipendente, dunque malato e marginale, senza essere anche *delinquente*, criminale. Con contestuale risposta che invece di muoversi sul piano della cura si struttura in termini di pena, ulteriore esclusione, marginalizzazione.

Viceversa, con riferimento alla figura del corruttore e del corrotto (parto dalla figura del corruttore per un ribaltamento di prospettiva: il fatto che in indagini celebri tornino nomi di imprenditori già toccati da sentenze di condanna, induce a riflettere su come l'economia, lasciata a se stessa, possa determinare una competizione illecita i cui costi sociali si scaricano sui cittadini). Ebbene, non vi è dubbio che la figura del corruttore e del corrotto, non fosse altro che per l'entità delle pene edittali, è simbolicamente guardata con massimo disfavore dal legislatore. Allo stesso tempo, tuttavia, si può agevolmente verificare che vi è una sorta di lassismo nella incriminazione dei comportamenti prodromici alla corruzione, testimoniato, ad esempio,

dalle soglie di punibilità in materia di evasione, dalla differenziazione nel regime punitivo delle false comunicazioni, dalle innumerevoli possibilità di costruirsi fondi da investire nel reato corruttivo. Insomma, la rete che si stringe attorno al tossicodipendente, non si stringe attorno al corruttore.

Come visto, dunque, la struttura normativa gioca un ruolo decisivo nella produzione e ri-produzione delle differenze sociali.

Occorre chiedersi ora se la risposta giudiziaria agisca da correttivo, in ossequio alla superiore legalità costituzionale, o se invece si adagi sull'esistente. Detto in altri termini, la giurisdizione attutisce o accresce le disuguaglianze?

La conclusione alla quale si può giungere è che la giurisdizione spesso, anche per cause oggettive e non certo intenzionali, rafforzi e non mitighi le differenze di condizione economico-sociale tra gli uomini, traducendole anche in differenze di accesso all'ordinamento e al processo e in diverso trattamento.

Per tentare un cambiamento di prospettiva occorre prendere definitivamente atto che la giustizia penale è gravemente scissa e che esistono oggi, al di là dei diversi riti, due macro-tipologie di processo: il processo dei ricchi e il processo dei poveri. Le riflessioni più approfondite in proposito sono state svolte dagli studi empirici di Cottino e Sarzotti sopra citati e le conclusioni sono valide ancora oggi.

Se l'ambito del processo dei ricchi è occupato dal modello accusatorio per eccellenza, con centralità della fase dibattimentale e difese attrezzate perché economicamente sostenute – quindi in grado di attivare un ampio spettro di risorse processuali – al centro del modello processuale dei poveri si collocano i riti alternativi (quello direttissimo soprattutto) e le difese d'ufficio.

Senza pretese di esaustività, le caratteristiche del processo dei poveri possono essere descritte proprio partendo dalle ricerche di sociologia già menzionate. In particolare vedremo che:

1. Gli imputati appartengono alle classi e ai ceti disagiati. È sufficiente una veloce statistica di un turno arrestati nei grandi Tribunali per verificare la provenienza per aree sociali dei prevenuti. Ma le stesse considerazioni possono essere immediatamente percepite con la presa in esame di ulteriori variabili, sulle quali come giuristi positivi non siamo abituati a porre mente: la tipologia di abbigliamento e il modo di parlare, ad esempio.

2. Sussiste una scarsa distanza (temporale e culturale) dell'attività giudiziaria dall'operato delle agenzie di polizia, le quali ultime tendono a riprodurre il punto di vista dominante e a indirizzare il loro intervento laddove è più facile e meno costoso trovare soggetti che commettono reati (ancora una volta, aree urbane povere).

3. È costante l'utilizzo del difensore d'ufficio e qui, nonostante l'impegno di molti difensori, siamo veramente al punto dolente. Il difensore d'ufficio, infatti, è ridotto ormai, a comparsa rituale e tendenzialmente remissiva del processo. Da una difesa d'ufficio spesso sottodimensionata derivano: scarsa attivazione degli strumenti processuali e del codice di rito; scarso lavoro extragiudiziario; mancanza di scambio di informazioni difensore/cliente e, quindi, imputato/autorità giudiziaria; mancata coltivazione degli approcci giurisprudenziali più innovativi; sostanziale riduzione del contraddittorio ed emersione del ruolo del giudice "istruttore"; riduzione degli spazi del metodo falsificazionista e del controesame, scarsa correzione degli errori giudiziari attraverso impugnazioni. Il problema non è mitigato dal patrocinio a spese dello Stato, che si risolve troppo spesso in una farsa poco incentivante nei confronti dei legali e quindi non in grado di risolvere la questione dell'effettività dei diritti di difesa dei non abbienti. In questo delicato settore, inoltre va tenuto conto che il processo di impoverimento del ceto medio rende accessibile la difesa tecnica a un numero sempre più ridotto di persone.

Anche in questo campo, Magistratura democratica ha tanto da spendere, in particolare nel dialogo con il mondo più attento dell'avvocatura.

Una seria proposta di riforma della difesa d'ufficio e della difesa dei non abbienti è un tema di discussione con i principali attori del processo che non può vederci in futuro silenti. Così come, del resto un miglior uso della risorsa tempo e l'adozione di moduli processuali che possano favorire la trattazione di processi (anche quelli monocratici) in modo razionale e non dispersivo (sul tipo dell'agenda della Corte di assise) appaiono temi sui quali investire l'impegno di un soggetto collettivo.

Allo stesso tempo occorre ripensare al tema delle priorità nella trattazione dei processi. Con almeno due precisazioni importanti: ogni criterio di priorità dovrebbe essere il portato di una discussione trasparente sui valori in gioco e il rispetto di tale criterio dovrebbe poi essere oggetto di giudizio (e critica) dell'attività giudiziaria.

Sono solo proposte da coltivare e attualizzare per evitare che la distanza tra i due modelli di processo sopra evidenziati si allarghi e divenga non più colmabile. Anche perché, va detto, ad incanalare la risposta di polizia e quella giudiziaria verso la repressione del povero stanno alcune considerazioni di base non oblitterabili: il ricco delinque sempre secondo modelli di riferimento nuovi e non anticipabili. Il povero è povero anche di cultura e, dunque, delinque sempre al solito modo e perseguirne la responsabilità è molto più facile.

A tacere del fatto, poi, che il processo ai poveri per il magistrato è facile, costa poco e rende bene in termini di statistiche e, quindi, di carriera.

5. Un ultimo accenno e le conclusioni

Prima di passare alle conclusioni, un ultimo accenno va fatto a tutti quei doppi binari che, nel settore penalistico, sono un campo di elezione della sperimentazione delle disuguaglianze. Si tratta, nel caso di specie, soprattutto di quelle differenze di trattamento che non sono registrate dal diritto penale, ma sono prodotte dallo stesso e, in particolar modo, dalla penalità esecutiva e penitenziaria.

Mi riferisco, naturalmente, ai molteplici doppi binari che, prima della riduzione dei danni operata da alcune sentenze della Corte costituzionale e poi dalla legislazione nazionale (decreto legge 78/2013, ad esempio), colpivano anche, e in maniera forte, l'area del disagio.

È sufficiente porre mente a tutta quella legislazione che, in materia di recidiva, ha importato il modello nordamericano del *terzo strike*, lo ha adatto al sistema italiano e ha determinato, ad esempio, la preclusione di accesso alle misure alternative per tutta una serie di autori di reato provenienti dalla marginalità (tossici, ladri, truffatori di bassa lega).

Piace citare, a questo proposito, Luigi Ferrajoli: si trattava di norme che punivano non solo azioni a-normali, ma persone a-normali; non solo tipi criminali di atti, ma tipi criminali di autori; norme che non prevenivano reati ma scoraggiano identità.

Non è questa la sede per trattare poi tutti gli intricati doppi binari che affiorano nell'ordinamento penitenziario, a partire dall'art. 4 *bis* Ord. pen. Si tratta di un sistema che crea pene disuguali, elimina gravemente il *right to hope* dall'ergastolo, determina torsioni del principio rieducativo. Anche questi temi potranno essere al centro di una controffensiva culturale di Magistratura democratica.

Ma torniamo al punto di partenza. L'analisi condotta ha messo in evidenza un dato di fatto difficilmente occultabile: la giustizia penale funziona soprattutto in danno dei poveri.

Ci sono prospettive che possono ribaltare questa traiettoria, sia mediante proposte di riforma sia mediante prassi della giurisdizione e giurisprudenze orientate in senso costituzionale.

Non c'è conclusione migliore, dunque, che quella programmatica, enunciata dalle parole di Elvio Fassone nella prefazione del libro *Criminalità e carcere*: «le parole sono stanche: E sono stanchi coloro che aspettano i fatti. Eppure, diceva, paradossalmente, dall'ascolto di certe parole talora nascono dei fatti».

E allora non resta che augurarsi che Magistratura democratica ritrovi e rilanci le sue parole e che con questo vocabolario costruisca pensieri e azioni critiche salutari per la giurisdizione e per la democrazia di questo Paese.

La (impossibile) giustificazione della disuguaglianza

di Nadia Urbinati

L'argomento più accattivante usato per giustificare le disuguaglianze è quello del merito. Ciascuno – si dice – prevale nella competizione economica e sociale grazie ai propri meriti (trascurando però che col succedersi delle generazioni taluni accumulano sugli altri, per successione, un vantaggio ingiustificato destinato per di più ad aumentare nel corso della gara) secondo una regola naturale su cui la legge degli uomini non deve incidere.

Nella relazione tra economia e legge, la teoria della disuguaglianza meritata implica che nessun bene è sottratto al mercato, neppure la salute, l'educazione, l'arte. Invece la società può reggersi soltanto sul cemento invisibile della solidarietà, della consapevolezza che alcuni beni seguono il bisogno, altri l'intelligenza o l'amore, non la possibilità economica o il reddito.

«Da tempo immemorabile ci si ripete ipocriticamente, *gli uomini sono eguali*; e da tempo immemorabile l'ineguaglianza più avvilente e più mostruosa pesa insolentemente sul genere umano»
(*Manifesto degli uguali*, 1797)

È un fenomeno interessante e singolare che in epoche, come la nostra, nelle quali la disuguaglianza socio-economica cresce la larga opinione, condivisa anche da coloro che subiscono questo fenomeno, sia propensa ad abbracciare l'idea che ciascuno meriti la propria condizione, ad accettare come ragionevole il fatto che le persone siano reponsabili dei loro insuccessi sociali, che, insomma il loro stato non sia che l'esito o della loro incapacità o della sorte, della "sfortuna". Nelle fasi di espansione della democrazia, come quella del secondo dopo-guerra, l'uguaglianza e il suo opposto sono, al contrario, concepite come costruzioni sociali, condizioni che i cittadini associati in democrazia determinano sia con la scrittura delle norme costituzionali sia con la regolamentazione delle relazioni tra le classi e, soprattutto, di quelle che presiedono alla determinazione dei salari e alla formazione dei profitti. L'idea che i cittadini abbiamo quando as-

sociati in democrazia il potere di incidere sulla loro condizione sociale sembra affievolirsi proprio quando più ce ne sarebbe bisogno, per fermare l'avanzata di quella che denominerò «ideologia della naturalità» delle relazioni economiche e in parte sociali. In questa relazione vorrei soffermarmi brevemente su alcuni degli argomenti classici e mai tramontati usati per giustificare la disuguaglianza e concludere infine con una breve nota sulla relazione tra economia e forza della legge in riferimento a un libro del giurista americano Guido Calabresi¹.

1. A partire da *Occupy Wall Street*

Quando la statistica del 99% diventò il nome del movimento *Occupy Wall Street*, nell'ottobre del 2011, le analisi economiche stavano già da alcuni anni mo-

1. G. Calabresi, *The Future of Law and Economics*, Yale U Press, 2016.

strando l'aumento della disuguaglianza economica: tra il 2002 e il 2007, per l'1% della popolazione americana la ricchezza era cresciuta del 61,8% mentre per il 99% era aumentata solo del 6,8%; e poi, negli anni della crisi, tra il 2009 e il 2011 il recupero per l'1% era stato del 31,4% mentre per il 99% era stato dello 0,4%. Al dicembre 2015, in Italia 4 milioni di italiani conoscono la fame, 1.470.000 famiglie vivono in condizioni di assoluta povertà. A fronte di questa forbice di straordinaria entità, la risposta ufficiale delle banche (per esempio, nella primavera del 2010, la Federal Reserve Bank di Saint Louis) è stata categorica: «*Income Inequality: It's Not So Bad*». La disuguaglianza di reddito non è così preoccupante. Del resto, per molti economisti essa non è un male e, può, al contrario, essere uno stimolo a migliorare in coloro che si percepiscono come non ben posizionati nella scala sociale o avvertono il giudizio degli altri sul loro stato di difficoltà come uno sprone a reagire.

Dal Settecento almeno e con intenti più scientifici dei moralisti francesi del Seicento, alcuni filosofi, a cominciare da David Hume, Bernard Mandeville e Adam Smith, iniziarono a studiare le emozioni come energie funzionali alle scelte individuali; l'invidia occupava un posto d'onore nei loro scritti, come l'emozione che attivando la comparazione con chi sta meglio si rivelava utile ai fini del perfezionamento e del benessere. Mandeville adattò al comportamento economico il modello di ragionamento che Machiavelli aveva applicato alla politica: l'avarizia e l'invidia, due vizi al cospetto delle virtù cristiane e classiche, nella *Favola delle api* sono presentate come condizioni necessarie per la prosperità economica. Entrambe presumono che tutti gli individui (uguaglianza) si percepiscano come disuguali negli esiti delle loro fatiche e giudicabili in ragione delle scelte (libertà) che fanno e inoltre che siano sensibili al giudizio dell'opinione sociale (egoisti ma non solipsisti o dissociati). Dalla *Favola delle api* si apprende che se una società possedesse tutte le virtù cristiane e fosse perfettamente contenta e onesta, essa cadrebbe nell'apatia e nella stagnazione; non sarebbe, infine, una società. La divisione del lavoro, la competizione e la responsabilità individuale sono tre fattori che presumono differenze e che esaltano la disuguaglianza economica; esse funzionano come cemento sociale perché fattori oggettivi e imparziali di distribuzione di costi e benefici – sono a loro modo egualitari, non dipendendo da alcuna supposta disuguaglianza sociale o di ceto né da alcuna specifica volontà politica.

L'uguaglianza di condizione funziona a tutti gli effetti come motore della disuguaglianza, essendo relativa alle passioni e alle emozioni che tutti gli esseri umani possono provare e che hanno, anzi, bisogno di provare. Ne hanno bisogno per risolvere le imperfezioni e i limiti che ciascuno individualmente ha e che

si aggiungono alla scarsità delle risorse naturali, la quale ultima è essa stessa una condizione inevitabile anche perché gli esseri umani non sono dotati di guide infallibili all'azione utile per sé e per la specie e modellate in base all'*habitat* naturale. Le emozioni e le passioni funzionano come un radar, nel senso che ci mettono nella condizione di captare in anticipo quei segni che alla nostra intelligenza analitica sfuggono e che servono a farci approntare strategie funzionali di comportamento – a farci programmare.

Come ha sostenuto Amartya Sen, anche chi teorizza la disuguaglianza di *outcome* deve presumere una qualche uguaglianza. Quel che è arduo è sostenere ragionevolmente l'uguaglianza o la disuguaglianza in assoluto, poiché gli individui sono, singolarmente presi, specifici e unici. Pertanto la loro uguaglianza si riferisce a caratteristiche che appartengono alla specie umana e alle generiche potenzialità individuali che, tuttavia, ciascuno sviluppa in maniera sua propria. La libertà individuale e l'espressione dell'individualità (*flourishing*) sono gli obiettivi rispetto ai quali viene teorizzata l'uguaglianza. La massima di Karl Marx, «Da ognuno secondo le sue capacità, a ciascuno secondo i suoi bisogni», rientra in questa concezione dell'uguaglianza come categoria di relazione e non assoluta, per cui noi siamo diversi l'uno dall'altro e tuttavia uguali come parte della specie e in relazione ai bisogni di vita. Questi sono, al contempo, naturali e artificiali, soggetti pertanto a interpretazione, contestualizzazione, manipolazione – oggetto cioè di conflitto.

Questa relativa disuguaglianza è implicita nella dichiarazione del diritto di suffragio, a partire dalla Rivoluzione francese. Il diritto politico di voto – distribuito in maniera identica tra tutti e con peso uguale – ci fa cittadini uguali nel potere di partecipare e di contare (e di essere contati) in tutte le decisioni che pertengono la generalità. Detto altrimenti: poiché siamo diversi come persone singole, e presumibilmente anche disuguali nelle condizioni economiche, il principio dell'autogoverno stabilisce che tutti noi siamo uguali nel potere politico primario, come decisori ultimi.

La democrazia, nella quale questo principio esprime al massimo la sua forza inclusiva ed egualitaria, mette in essere un potere – quello politico o del governo della collettività – che nulla ha a che fare con la natura e che è libero di stabilire le condizioni di legittimità; che può rendere uguali gli ineguali, appunto. L'uguaglianza politica così stabilita dice in sostanza questo: abbiamo bisogno di farci uguali per diritto o per legge proprio perché non siamo uguali sotto tanti aspetti, per esempio nelle possibilità economiche e sociali, ma anche nelle qualità individuali e specificità naturali – giovani, vecchi, uomini, donne, alti e bassi, ecc. Ci facciamo uguali in potere politico

perché vogliamo che le nostre diversità non siano e non diventino una ragione di dominio di alcuni su altri – l'uguaglianza per legge come condizione di libertà dal dominio, tenuto conto che siamo diversi. Pertanto, l'individuo descritto dalla favola di Mandeville come quello prefigurato dal Sermone della montagna dei Vangeli potrebbe convivere nella cornice approntata dall'uguaglianza di cittadinanza, una dimensione comune a partire dalla quale gli individui possono competere per convincere gli altri della bontà del loro rispettivo modello di vita.

È questa idea di uguaglianza politica che viene periodicamente messa in questione.

2. L'uguaglianza democratica

La storia di questa inimicizia verso l'uguaglianza politica è antica quanto la democrazia. Il poeta Solone parlava di uguaglianza di potere politico tra gli ateniesi (certamente quella che doveva consentire loro di non essere schiavizzati per ragioni di debolezza economica o di debiti), e alcuni decenni dopo l'ateniese Platone teorizzava la disuguaglianza naturale e politica.

Come allora, in altri momenti storici, le teorie della disuguaglianza si sono fatte i muscoli nel tentativo di contrastare la rivendicazione di uguaglianza politica. Nell'antichità furono, appunto, i dialoghi di Platone i grandi testi della critica dell'uguaglianza di potere politico; negli anni a ridosso della Rivoluzione francese, furono i teorici del pensiero tradizionalista o reazionario, da Edmund Burke, a Donoso Cortés, a Joseph de Maistre; nella seconda metà dell'Ottocento, quando cominciò la lotta per il suffragio, furono i testi tra gli altri di Thomas Carlyle, di Alessandro Manzoni e di Friedrich Nietzsche a tessere l'inno della disuguaglianza; in tempi a noi vicini, con la democrazia costituzionale ormai accettata pressoché universalmente, l'argomento della disuguaglianza è stato usato da Friedrich von Hayek, Milton Friedman e Robert Nozick per contestare alla radice le politiche delle pari opportunità e la conseguente tassazione progressiva che ispirano (in sostanza, i programmi pubblici di giustizia sociale) opponendovi uno Stato guardiano dei diritti individuali e di proprietà.

Cominciamo dagli antichi: Platone fa dire a Callicle nel *Gorgia* che la legge degli uomini rovescia la legge naturale e ordina di non soprafare l'altro; punisce non chi è soprafatto (i perdenti e i deboli), come fa la natura, ma al contrario chi prevale. Aggiunge Callicle, offrendoci un monito che non dovrebbe essere mai dimenticato, che l'uguaglianza per persistere nel tempo ha bisogno di essere inculcata generazione dopo generazione poiché, diversamente, la disuguaglianza tornerà a prendere il sopravvento, ad esse-

re ammirata più dell'uguaglianza, e infine a vincere sempre nella lotta per il potere. Dall'antichità questa lotta tra uguaglianza e disuguaglianza, anzi aristocratica superiorità, ritorna periodicamente. Può cambiare la strategia retorica.

Oggi si parla di merito più che di superiorità. La ragione di questo slittamento sta nel fatto che in una società la quale (come la nostra) ha comunque abbracciato l'uguaglianza civile e politica, la disuguaglianza in meglio (il merito) deve essere meritata, ovvero riconosciuta da tutti. Se non altro, Callicle e Nietzsche non avevano remore a sostenere apertamente che i migliori non hanno alcun merito se non l'essere naturalmente superiori, senza dover attendere alcun riconoscimento sociale – il superiore è tale perché è capace di vivere senza il riconoscimento di chi sta in basso. Il suo è il coraggio dell'eroe. Il merito riconosciuto dalla società è invece un *bluff*, il segno distintivo dell'ipocrisia del governo dell'opinione. Ecco perché la democrazia per gli inegualitari è il peggiore governo: torniamo al Gorgia: «Essi, i più deboli, credo bene che si accontentano dell'uguaglianza!». Sono vili e non vogliono rischiare la lotta – vogliono il paracadute della legge uguale per tutti.

Pensare che uguaglianza e individualità o libertà potessero stare insieme è apparso, almeno fino a tutto il XIX secolo, un'incongruenza radicale in quanto la distinzione, l'eccellenza e la preminenza individuale sono qualità che l'ordine «secondo la legge civile» cancella e umilia. L'uguaglianza dice che non c'è superiore e inferiore ma solo diversità di espressione di una comune natura. I suoi critici dicono che in questo modo, i caratteri visibili e peculiari, quelli più eccentrici o originali, lasciano il posto a un'astrazione reputata comune in tutti – l'umanità – dalla quale vengono fatti derivare i giudizi sul bene e il male, il giusto e l'ingiusto.

Nella nostra società di mercato, a raccogliere il testimone della giustificazione della disuguaglianza è stato l'individualismo economico, il pensiero neo-liberale che si è coniugato e si coniuga ancora oggi (anzi soprattutto oggi) al darwinismo sociale, che si appella agli uguali diritti naturali che vengono prima della società politica e dettano i limiti al Governo. Per i liberisti contemporanei l'uguaglianza è nelle regole della competizione, nelle opportunità offerte dal mercato, e nei diritti fondamentali di libertà che riconoscono a ciascuno la padronanza delle proprie energie fisiche e mentali e quindi delle cose che guadagna, possiede e scambia. Ma, uguali nei diritti di possedere e scegliere, finiamo fatalmente per essere disuguali nei risultati. In questo caso, la regola uguale della competizione libera serve a giustificare un esito che è disuguale, un esito che sarà più facilmente accettato da tutti se vissuto come il frutto di una lotta combattuta direttamente da ciascuno.

La competizione come la conquista del West, la società come prateria: potenzialmente tutti possono partecipare alla corsa e farcela. Il fatto taciuto o non trattato con la stessa acribia da questi teorici della gara individualistica per il benessere è che appena la corsa comincia alcuni sono già avvantaggiati, e il loro vantaggio non si annulla con la competizione ma si accumula e rende quella che era all'origine una posizione di partenza uguale una condizione di privilegio e di monopolio. Ma così non è, secondo questa filosofia, che presta attenzione all'inizio della corsa, anzi al suo inizio ipotetico; ma se la regola della libera competizione non si cura mai del risultato, succede che con il passare del tempo (alla seconda o terza generazione), quelle regole uguali non si applicano più a tutti ugualmente ma ad alcuni meglio o peggio che ad altri; e ciò non scandalizza più.

Tra quelli passati in rassegna, questo è forse l'argomento più accattivante nella nostra età liberale, perché viene condiviso anche dagli svantaggiati: esso convince i perdenti che si meritano la disuguaglianza, perché essa è frutto del loro minore o meno qualificato impegno, delle loro scarse conoscenze, infine delle loro scelte. Per l'individualismo economico, quando e se la competizione è lasciata libera (ovvero se il Governo non interviene con programmi di giustizia sociale o con regolamentazioni del lavoro), gli esiti non possono che essere disuguali e questa disuguaglianza è vista e sentita e teorizzata come giusta. Dunque: un amministratore delegato merita quel che guadagna come un precario merita il *voucher*. Non solo, ma la selezione dei vincitori della gara della competizione desta ammirazione, non odio di classe; desta invito all'emulazione: tutti vorremmo essere come Steve Jobs, il modello della Sinistra liberista, un modello che rispecchia al meglio il mutamento di prospettiva e di cultura morale egemonica: il messaggio del «fare fortuna», del «rimboccati le maniche, lavora sodo e credici, e vedrai che creerai il tuo futuro».

3. Quel che meritiamo

Seguiamo la logica di questa disuguaglianza meritata: poiché il rischio di perdere tutto resta sempre possibile, le disuguaglianze dovrebbero tendere col tempo a bilanciarsi fino a creare armonia sociale e giustizia, che è distribuzione dei meriti (di quel che si ottiene) attraverso il mercato; distribuzione giusta, perché non imposta per legge (per esempio con le politiche redistributive) ma sorta spontaneamente dalla gara economica: di qui la critica radicale di Robert Nozick a tutte le teorie distributive, poiché concepite secondo uno schema («da ciascuno ... a ciascuno») che lega ciascuno agli altri e alla società in una catena storica nella quale scompare o diventa irrilevante la

libertà del singolo, il suo specifico impegno e merito. Contro questi schemi sociali, solo la distribuzione di costi e benefici attraverso il mercato risulta essere giusta perché riconosce, senza intervenire a correggere in corso d'opera, che noi siamo responsabili di quel che abbiamo scelto.

Chiedere l'intervento del pubblico è giustificato solo per venire in soccorso dei perdenti con la carità e la filantropia, solo se si predispongono politiche per i poveri ma non politiche distributive volte a impedire la povertà. È giustificato solo se non viola le regole del gioco economico, se non adotta politiche di giustizia redistributiva o delle pari opportunità, perché solo così si onora il principio della responsabilità individuale per cui chi perde, perde a causa delle scelte che ha fatto e non merita nulla dal pubblico (cioè dalle tasse di chi ha prodotto, risparmiato e investito con oculatezza), mentre può al massimo meritare la benevolenza volontaria di privati generosi. Siamo, come si vede, ritornati al punto di partenza, alle posizioni di Callicle: quando la legge civile interviene per correggere la disuguaglianza, viola la giustizia naturale e rovescia lo stato delle cose: quel che è giusto (successo e riuscita) viene calmierato come se fosse ingiusto, e quel che è naturalmente perdente viene sostenuto per vie artificiali e fatto andare avanti, anche se non lo merita.

Dunque, la teoria della disuguaglianza meritata può essere condensata in questa massima: Non «a ciascuno secondo i bisogni», ma «a ciascuno secondo il rango» ovvero distribuzione di potere tra chi è uguale in altre cose ritenute superiori o meritevoli come la ricchezza, la competenza e la conoscenza, il coraggio in guerra o nella gara economica. La politica deve seguire la natura, dunque, la quale non conosce uguali, ma solo vincitori e vinti nella gara della vita, che era militare ieri ed è ora economica. Come si riflette questa filosofia della disuguaglianza meritata nella giurisprudenza?

Vorrei come promesso concludere con una nota sulla relazione tra economia e legge poichè questo è oggi il nodo più interessante nel quale si riversano le ragioni e le giustificazioni che contengono, o all'opposto agevolano, il peso delle disuguaglianze economiche nella determinazione delle opportunità di vita e carriera e del potere politico. Per esempio quali beni devono avere un prezzo, quali devono essere cioè oggetto di competizione secondo le regole del mercato e senza interferenza da parte della legge? La salute, il lavoro, l'istruzione?

Negli Stati Uniti la scuola di Chicago (Richard Posner) e la scuola di Yale (Guido Calabresi) rappresentano al meglio la tensione tra uguaglianza di principio e disuguaglianza come fatale risultato della libera competizione. Tutti i beni, da quelli associati alla salute (per esempio gli organi per il trapianto o

gli ovuli per la fecondazione, o gli uteri per la gestazione) sono per gli uni oggetti di scambio economico, per gli altri no. Posner come Mandeville sostiene che la «ripugnanza» per la vendita degli organi non ha «basi razionali» ma è frutto del pregiudizio di chi pensa ci siano beni metafisici o non umanamente manipolabili o trasformabili, fuori dunque della logica del merito via mercato. Dall'altro lato Calabresi² sostiene che ci sono beni che non devono essere messi a mercato, ovvero soggetti alla disuguaglianza economica che il mercato necessariamente produce: per esempio l'educazione, la salute, l'arte. Perché? Calabresi accetta, a differenza di Thomas Piketty, che ci sia disuguaglianza nella distribuzione della ricchezza ma pensa, come Solone, che la legge debba alzare una diga affinché la disuguaglianza economica

non tracimi e non conquisti tutti i settori della vita morale, civile e politica. La democrazia politica riposa del resto sulla credenza che ci sono beni (come la libertà e la dignità delle persone) che il denaro non deve comperare perchè essere ricco o povero non deve essere una condizione di partenza accettabile per la distribuzione di beni vitali per la dignità o la libertà. Noi e le nostre società ci sentiamo bene con noi stessi, scrive Calabresi, quando sappiamo che ci sono alcuni beni che seguono il bisogno, altri che seguono l'intelligenza o l'amore, non invece la possibilità economica o il reddito. È questo sentimento di umana solidarietà che tiene insieme come un cemento invisibile le nostre società individualiste e democratiche.

Fino a quando?

2. G. Calabresi, cit.

Introduzione.

Di che cosa parliamo quando parliamo di beni comuni?

di Rita Sanlorenzo

Non può sfuggire all'interesse di una *Rivista* come *Questione Giustizia* un tema controverso e stimolante (fino alla più urticante polemica) come quello dei "beni comuni". Tema difficile a partire dalla definizione del suo oggetto, dall'individuazione dei contenuti a cui associarlo, sino alla costruzione di una condivisibile prospettiva di tutela. Ma noi abbiamo l'ambizione, e forse la spericolatezza, di metterlo qui al centro della nostra discussione, facendo sedere intorno al nostro tavolo virtuale alcune delle voci dottrinarie tra le tante che ne hanno più di recente fatto oggetto di studio, e di proposta, provando a sfuggire alla logica di schieramento (pro-controllo) per aprire invece uno spazio di analisi, e di utile discussione.

Ci spinge innanzitutto un bisogno di chiarezza: l'uso inflazionato dell'espressione "bene comune" (associato via via a entità e concetti diversi tra loro ed a diverso regime giuridico), dopo l'imprevisto successo del *referendum* contro la privatizzazione del servizio idrico nel 2011 è diventato quasi il vessillo sotto cui collocare non solo beni materiali, ma intere sfere di attività umane in cerca di riscossa dalla crisi. La categoria dei "beni comuni" si applica allora nella discussione pubblica non solo a tutti quei beni (l'acqua, l'aria, il patrimonio naturale e quello culturale) rispetto ai quali la coscienza comune si ribella a che in forza del diritto proprietario possa essere esercitato un diritto *ad excludendum*; ma viene utilizzata anche come il programma per il rilancio di settori interi dell'attività umana. Diventano allora *slogan* di questo rilancio, il lavoro, come bene comune e, da ultimo, anche la giustizia.

Si tratta però di avere chiaro il concetto di fondo. Nel 2011, dalle pagine di questa *Rivista*¹, Stefano Rodotà rilanciava la sfida a guardare ai beni comuni come ad una questione nodale per il futuro della democrazia, partendo dal presupposto che quello della definizione del loro elenco è sì un tema delicato, dal

momento che una loro inflazione non può che valere come fattore di indebolimento e di banalizzazione, ma che il nucleo costituente comune non può non essere individuato nello stretto anzi inscindibile legame con l'esercizio dei diritti fondamentali ed il libero sviluppo della persona.

Affermazione senz'altro impegnativa: ma essa non può certo essere attribuita ad un eccesso di retorico entusiasmo incapace di misurarsi con le difficoltà di inquadramento. Proprio Stefano Rodotà ha presieduto nel 2007 quella «Commissione sui beni pubblici» istituita presso il ministero della Giustizia a cui si deve lo schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, con cui da un lato si metteva mano alla riforma dell'art. 810 cc includendovi espressamente i beni immateriali, dall'altro si introduceva la distinzione tra beni privati, comuni e pubblici.

Le abituali pastoie della politica hanno inibito sin qui la realizzazione del disegno riformatore: col quale, ci pare, comunque devono innanzitutto fare i conti i critici più severi e scettici sulla effettiva concretezza della proposta, e sulla seria praticabilità della sua traduzione in istituti, categorie, rimedi.

Quel tentativo finora rimasto inutilizzato (ma entrato anche, seppure fugacemente, nel raggio di attenzione della giurisprudenza italiana, vd. Cass. sezioni unite, 14 febbraio 2011, n. 3665) innanzitutto dimostra che una definizione positiva dei beni comuni è praticabile; che ad essa sono riconducibili tratti qualificanti, ove li si intenda come quei beni che, non importa se di appartenenza pubblica o privata, acquisiscono la loro caratterizzazione per il vincolo di destinazione che li contrassegna, essendo funzionali alla realizzazione dei diritti fondamentali della persona. Il bene comune può essere definito tale in quanto vi è una comunità di riferimento: anzi, la sua presenza e l'esigenza di una sua gestione collettiva danno vita ad

1. S. Rodotà, *Beni comuni e categoria giuridiche, una rivisitazione necessaria*, in questa *Rivista*, n. 5/2011, edizioni Franco Angeli, Milano, pp. 237 ss.

un legame sociale che in una certa misura costituisce quella comunità.

Intanto, non opera certo da limite, ma piuttosto da lente unificante, la premessa, comune a tutti gli studiosi, anche i più critici, secondo cui la discussione sui beni comuni ha ripreso slancio e vigore man mano che si diffondeva la consapevolezza della necessità di una reazione alla espansione indiscriminata della legge del mercato, e dell'accumulazione². I bisogni materiali della persona e quelli più latamente socio – culturali conducono all'individuazione di una serie di beni (l'aria, l'acqua, lo spazio pubblico, ma anche internet, la ricerca ed i suoi prodotti) che necessariamente, in nome dello stesso destino dell'umanità, non possono essere lasciati al governo della logica mercantile. La prospettiva (non così lontana) di una loro progressiva inaccessibilità, da parte soprattutto dei ceti più deboli, mette anche la comunità dei giuristi di fronte alla necessità di un coraggioso resettaggio. L'istituto della proprietà come lo ha regolato la legge, e come lo hanno interpretato i giudici, da un lato non basta a vincere la prepotenza accumulatrice del mercato e le abnormi concentrazioni di potere, con la simmetrica esclusione di ormai vasti strati di popolazione dalla fruizione di certi beni essenziali; dall'altro non comprende in sé il diritto di accesso ad altre tipologie di beni, parimenti essenziali, di cui essere proprietari in ultima analisi non serve.

«La proprietà non ha bisogno di essere confinata, come ha fatto la teoria liberale, nel diritto di escludere gli altri dall'uso o dal godimento di alcuni beni, ma può egualmente consistere in un diritto individuale a non essere escluso ad opera di altri dall'uso o dal godimento di alcuni beni»³: la stessa Costituzione, d'altronde, se con l'art. 42 scolpisce la dicotomia tra proprietà pubblica e privata, all'art. 43 prevede che si possano affidare «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». Nell'intuizione dei Padri costituenti si vede indicato il fine, piuttosto che costruito il mezzo: ma questo non diminuisce l'impegno, anzi lo rafforza, nell'affrontare la sfida di una modernità che se per un certo verso ha aperto orizzonti sconosciuti, quali quelli del diritto all'ac-

cesso alla conoscenza in rete, dall'altro ha mostrato una tendenza regressiva verso un potere escludente e illimitato della proprietà, anche per quel che riguarda beni essenziali volti a soddisfare bisogni primari della persona.

La dialettica, come si è detto in esordio, è incandescente, e di ciò si trova segno evidente nel primo degli articoli che compongono questo *Obiettivo*, affidato all'Autore di un fortunato *pamphlet*⁴ che certo non ha contribuito a raffreddare gli animi e che anche per la nostra *Rivista* si è impegnato nello sforzo di smontare una ad una, dopo averle brillantemente ricostruite, le diverse visuali che si sono affacciate sul campo sterminato e dai limiti ancora indefiniti della tematica. Lasciamo alla capacità critica del lettore la valutazione di un argomentare così serrato che non può non colpire per la sua intransigenza e la sua intenzione oppositiva (senza esimerci dal ricordare però che il *benaltrismo* resta pur sempre uno dei pericoli incombenti sulla costruzione di iniziative di riforma pur di fronte a condizioni di estrema necessità come quella che si presenta nella presente fase storica).

Certo, la proposta parte da un piano culturale e politico, prima che giuridico, e la sua successiva traduzione in contenuti spendibili nell'ambito di una proposta concretamente riformista – ne siamo tutti avvertiti – è altra cosa, molto più problematica e ardua della declamazione, su cui siamo tutti d'accordo, della necessità di un nuovo ordinamento del rapporto tra la persona e le cose.

Certo, il fatto che la prospettiva possa spaziare tra le origini medievali dell'esperienza dei beni comuni, e una modernità che reclama ed impone un impegno collettivo per la «costruzione di un nuovo ordine ecogiuridico»⁵ genera, soprattutto nel giurista pratico costretto nelle strette maglie della interpretazione della norma positiva, una sorta di vertigine da strapiombo, da cui però è in grado di riprendersi appena viene messo a confronto con le esperienze in cui si è sostanziata, in tempi vicini a noi, l'affermazione di questo bisogno: sono esempi noti alle cronache (l'occupazione del Teatro Valle, i moduli di gestione dell'acqua pubblica in città importanti come Napoli o Parigi, di cui parla Ugo Mattei nel suo articolo), di diversa connotazione ed ancor più, comportanti diverse

2. Parla di una «necessità di sottrarre taluni beni alle logiche di mercato che hanno condotto allo sfruttamento indiscriminato e alla devastazione delle risorse naturali», E. Pezzella, in *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, nota a Cass., sezioni unite, n. 3665 del 14 febbraio 2011, in *Foro It.*, 2012, I, pp. 564 ss.

3. S. Rodotà, in *Il terribile diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 16.

4. E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

5. U. Mattei, *I beni comuni come istituzione giuridica*, in questo numero della *Rivista* a pag. 59.

implicazioni, che rendono evidente come, a partire da quel bisogno, un cambiamento è possibile.

Certo, il giurista spesso si trova ad inseguire, ed è abituato a sentirsi in ritardo rispetto ai nuovi bisogni che spingono le evoluzioni sociali. La crisi recente e drammatica del *Welfare* ha portato alla ribalta la condizione dei molti che davvero non possiedono nulla, a fronte dei pochi, anzi pochissimi, che sono padroni di patrimoni di dimensioni degne di un bilancio statale. Di fronte alla obsoleta contrapposizione tra privato e pubblico, che non riesce a contrastare la spirale evolutiva, la novità davvero significativa riguarda nuove forme di solidarietà tra privati, nuovi modelli di gestione, che si impongono anche a fronte della crisi della rappresentanza e dei corpi intermedi, una nuova “etica della responsabilità” che non abbia solo più il significato di “rispondere per qualcosa”, ma anche sempre più il senso di “rispondere a qualcuno”⁶. È sbagliato che il giurista si interroghi su quale veste dare a tutto questo?

Entriamo dunque nel vivo. Denunciamo i nostri limiti, e dichiariamo, anche noi i nostri bisogni. Che hanno per oggetto innanzitutto un’analisi realistica che riguardi «la molteplicità dei contesti all’interno dei quali si collocano i diversi beni», l’individuazione delle specificità delle diverse tipologie di realtà, su cui fondare il tentativo di coglierne i caratteri comuni per mettere le premesse per la (futura) costruzione di una categoria unitaria.

L’analisi necessariamente diverge, a seconda dell’oggetto di attenzione: rispetto al paesaggio ed al patrimonio artistico, per Tomaso Montanari, al *deficit* di programma politico capace di associazione con il concetto di cittadinanza, che lavori sul piano dell’integrazione, della civilizzazione e dell’educazione, suppliscono oggi le iniziative diffuse sul territorio che operano per tutelare, conoscere e rendere socialmente produttive le porzioni di paesaggio e patrimonio ad essi prossimo. Forme di aggregazione che rappresentano una “riappropriazione dal basso” e che puntano al superamento di una condizione puramente utilitaristica, che viceversa è quella che anima anche l’attore pubblico a cui spetta la gestione, e la tutela.

Risultano chiari i termini entro cui si dibatte la questione nello scritto di Alessandra Quarta, che nell’esaminare il fenomeno contemporaneo della *sharing economy* evidenzia il tratto comune nella sollecitazione a percorrere nuovi itinerari di studio nella teoria della proprietà ed in quella del contratto. Se i beni comuni chiedono l’individuazione di nuove forme di gestione, mentre i beni oggetto di condivisione chiedono strumenti per coordinare gli interessi privati, convergenti o contrapposti, da cui possono essere

investiti, entrambi comunque evocano «un legame intenso tra proprietà e contratto, tra caratteristiche delle cose e forme dell’organizzazione dei gruppi»: insomma, entrambi disegnano relazioni che finiscono per corrodere il dogma del diritto di esclusione, ed a prospettare nuove forme di appartenenza.

Lo scritto di Maria Rosaria Marella ci offre invece la visuale relativa allo spazio urbano come bene comune, estranea alla prospettiva, limitata e fuorviante, della riqualificazione di spazi pubblici da parte dell’iniziativa privata, che spesso genera solo nuovi fenomeni di esclusione: la proposta è invece quella di coltivare, e di dare tutela, ad azioni che si propongano la restituzione alla collettività di risorse urbane sottratte all’accesso pubblico, e siano in grado di generare *commons* urbani aperti alla moltitudine delle singolarità a prescindere da legami di carattere proprietario o associativo. La pratica delle occupazioni urbane e delle gestioni in comune risponde a queste esigenze, e sollecita la loro preservazione in termini informali, se non addirittura la ricerca di una adeguata veste giuridica, sempre ove determinati caratteri siano integrati. Senza tacere l’interesse specifico che riveste l’attivazione di “cliniche legali”, esperienza descritta nell’articolo e che parte proprio dalla constatazione delle difficoltà che incontrano normalmente i singoli e le comunità nell’avvicinarsi alla giustizia per rivendicare i loro diritti di accesso ed uso in relazione ai beni comuni.

Infine, ci sembra particolarmente significativo che nell’orizzonte delimitato da questo *Obiettivo*, vi sia spazio per la trattazione, nel saggio di Elisa Contu, sulla scorta di quella trasformazione epocale che ha conosciuto il passaggio dalla “società industriale” alla “società della conoscenza”, del fenomeno di internet, le cui caratteristiche ben si sposano ad affrontare la «lettura del rapporto tra il “mondo delle persone” e il “mondo dei beni” secondo la logica dei beni comuni». E sembra soprattutto significativo, per una *Rivista* come la nostra, che il *focus* dell’analisi sia centrato proprio sul sapere prodotto nell’ambito della ricerca scientifica e diffuso *online* in formato digitale, a cui l’Autrice attribuisce una «rilevanza strategica rispetto alla distribuzione di potere tra gli attori sociali».

Proprio per la specifica attenzione che *Questione Giustizia* sente di dare al tema della ricaduta, e della traduzione, giudiziaria, dei temi sostanziali, soprattutto di quelli meno tradizionali, il quadro si completa con gli scritti di Antonello Ciervo e di Rocco Albanese.

Il primo esamina la possibilità di elaborare un approdo giudiziario per la tutela dei beni comuni, attraverso l’utilizzo e lo sviluppo della categoria degli interessi diffusi, «come una sorta di *tertium genus*»

6. E. Pellecchia, cit., p. 576.

rispetto alle tradizionali situazioni giuridiche azionabili in giudizio, di natura adespota, «che appartengono a tutti, ma allo stesso tempo, a nessuno in particolare».

Il secondo si fa carico innanzitutto di dare conto della sensibilità che la giurisprudenza in passato ha mostrato verso le situazioni collettive di appartenenza, secondo un'attenzione "carsica ma costante", che culmina nella cd giurisprudenza di San Valentino, con cui le sezioni unite della Cassazione accolsero nel 2011 la nozione di "beni comuni" nel diritto vivente italiano; segue poi l'attento esame dei rimedi possessori spesso usati a tutela dei diritti di

uso pubblico, il cui richiamo è suggerito dal fatto che l'azione contro lo spoglio possa essere data contro chi avesse la pretesa di instaurare sul bene un potere esclusivo, così togliendo a chiunque altro la possibilità di usarne.

Il quadro che ne esce fornisce indubbiamente una serie di nozioni, di riferimenti, e soprattutto, di elaborazioni, di estremo interesse, anche per la necessità di mettere a confronto temi e voci così diversi ed originali. Lo scopo della *Rivista* è, ancora una volta, quello di sollecitare l'attenzione critica del lettore e, possibilmente, di dare modo ad ulteriori interventi di arricchire la discussione.

Beni comuni, un lodevole vicolo cieco?

di *Ermanno Vitale*

Rappresenta la dottrina dei beni comuni – in tutte o in alcune delle sue distinte declinazioni – un’alternativa credibile, praticabile e desiderabile alla visione del mondo neoliberale oggi dominante? Oppure, sia pur mossa dalle migliori intenzioni, si tratta di una proposta teorica alla fine inconsistente, un esercizio di retorica che alimenta nostalgie e pericolose illusioni, senza peraltro neppure scalare le pareti dell’edificio del capitalismo contemporaneo? La discussione mostra, di tanto in tanto, un corto circuito fra dimensione giuridica della ricerca intorno ai beni comuni e la proposta politica imperniata sui beni comuni.

L’Autore rilancia la riflessione di Luigi Ferrajoli, secondo cui quel che occorre non è l’andare a cercare il comune in un mitico oltre, oltre al pubblico e al privato, ma la riqualificazione del pubblico mediante una sua più rigorosa costituzionalizzazione

1. Lo stato d’animo con il quale scrivo questo breve saggio è ambivalente. Per un verso sono grato dell’invito a collaborare, e ne sono lusingato; per l’altro, con qualche imbarazzo mi chiedo che cosa possa ancora dire di minimamente originale, almeno come prospettiva dalla quale affrontare il tema, rispetto a quanto già proposto non solo in *Contro i beni comuni* ma anche in una serie di articoli successivi¹. Forse un punto di partenza non ancora esperito – l’ultimo? – per dire le stesse cose ma in un altro modo è quello che consiste nel tentativo di illuminare meglio il possibile fraintendimento contenuto nel titolo del mio libro, soprattutto in quel «contro» che a prima vista fa pensare ad una condanna senza appello della dottrina dei beni comuni, quasi fosse un’eresia, da parte di un ortodosso fautore del neoliberalismo imperante.

Questo era il pegno da pagare – almeno così valutai di comune accordo con l’editore – per aumentare le possibilità che il variegato arcipelago “benecomunista” si sentisse intellettualmente provocato e accettasse quello che Bobbio avrebbe definito un «invito al

colloquio». Debbo dire che l’obiettivo è stato raggiunto in buona misura, almeno a giudicare dagli inviti in tal senso ricevuti in tutta Italia da diversi gruppi e associazioni culturali che hanno sposato la suggestiva proposta teorica e politica dei beni comuni, anche se debbo aggiungere, con rammarico, che a evitare il confronto sono stati proprio gli esponenti di maggiore spicco di tale dottrina.

Chi ha voluto dialogare ha potuto agevolmente scoprire che sotto quel “titolo esca” si delineava una riflessione che, in primo luogo, condivide in buona misura con la dottrina dei beni comuni la critica al paradigma neoliberista e alla “privatizzazione del mondo” che subordina le potestà pubbliche ai poteri selvaggi del mercato e, in secondo luogo, avanza una serie di proposte finalizzate alla riduzione delle disuguaglianze e alla redistribuzione delle risorse che presuppongono la riqualificazione democratica dei processi decisionali e il rovesciamento della gerarchia che ora vede le dinamiche del mercato, in particolare dei mercati finanziari, soverchiare netta-

1. E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma-Bari 2013. Quanto agli articoli, mi permetto di segnalare i due più recenti: *Mercati selvaggi e palingenesi “benecomuniste”. Quale spazio per un liberalismo sociale?* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2016; *Distinguendo. Un’applicazione alla dottrina dei beni comuni*, in *Diritto e società*, 3, 2016.

mente le forme di allocazione delle risorse via mano pubblica.

Alla fine ciò che propongo è un tentativo di sintesi, o magari solo di giustapposizione, delle analisi e delle indicazioni prescrittivo-normative cui sono giunti autori come Luigi Ferrajoli e Luciano Gallino, sulle quali ritornerò più avanti². Pur nella articolazione delle posizioni, il vero avversario comune è – dovrebbe essere – la visione della società quale già adombrata da Platone descrivendo le caratteristiche del regime oligarchico: «Il fatto che una simile città risulta necessariamente non una ma due: l'una dei poveri, l'altra dei ricchi, che abitano nello stesso luogo, ma continuano a complottare gli uni contro gli altri» (*Repubblica*, 551d). E tra i primi a determinare grosso modo la proporzione di queste due città non troviamo il movimento altermondialista o *Occupy Wall Street*, o i *report* di Oxfam, bensì Gracco Babeuf che nel 1795 scrive: «Il commercio, dicono i suoi fautori, deve tutto vivificare [...] Sì, ecco ciò che il commercio dovrebbe fare ma non fa. Esso deve arrecare nutrimento a tutti i suoi agenti, e deve farlo in modo eguale, ma lo fa assai inegualmente. Mi chiedo chi siano quei novantanove uomini mal vestiti su cento che incontro sia nelle nostre campagne sia nelle nostre città.»³.

Se questa premessa è condivisibile, e condivisa, se è quest'analisi che ci spinge a cercare alternative che rovescino o correggano più o meno radicalmente quest'ordine sociale, economico, politico e giuridico, allora l'oggetto della nostra discussione si riassume nella seguente domanda: rappresenta la dottrina dei beni comuni – in tutte o in alcune delle sue distinte declinazioni – un'alternativa credibile, praticabile e desiderabile alla visione del mondo neoliberale oggi dominante? Oppure, sia pur mossa dalle migliori intenzioni, si tratta di una proposta teorica alla fine inconsistente, un esercizio di retorica che alimenta nostalgie e pericolose illusioni, senza peraltro neppure scalfire le pareti dell'edificio del capitalismo contemporaneo?

Questo è per me il nodo della questione. Non so se un giorno l'elaborazione teorica di tale dottrina produrrà risposte convincenti, se indicherà almeno i contorni di un modello di società alternativa da rea-

lizzare: quel giorno ne riparleremo volentieri. Per il momento, le versioni di “benecomunismo” che a mia conoscenza il dibattito ha prodotto non soddisfano i requisiti minimi richiesti dal metodo analitico, forse arido e poco adatto a suscitare emozioni e muovere all'azione ma piuttosto utile a separare il grano di una riflessione bene argomentata dalla pula di discorsi generici e contraddittori. Le quattro domande che ho posto nel mio piccolo libro restano, mi pare, ancora lì, sostanzialmente inevase. Che cosa siano i beni comuni, nel duplice senso di quale sia la loro definizione e dunque di quali “beni” si possa concretamente dire che sono “comuni”; a chi sono comuni quali beni comuni; chi li amministerà; infine, se questa dottrina sia da considerarsi una forma di piena realizzazione o di necessario superamento del costituzionalismo dei diritti fondamentali, con particolare riferimento alla nostra Costituzione⁴.

Ma lasciamo pure perdere la filosofia analitica e lo stile “bobbiano” e rammentiamo come affrontavano il tema della trasformazione dei rapporti socio-economici e politici coloro che sferrarono l'attacco più poderoso e temibile al capitalismo che finora si sia storicamente visto. Rilegga il lettore il *Manifesto del Partito comunista* di Marx e Engels e lo confronti non solo e non tanto con *Un manifesto* di Mattei quanto con tutta la riflessione attuale sui beni comuni⁵. Non soltanto sarebbe risibile dire della dottrina dei beni comuni ciò che a ragione gli autori potevano orgogliosamente dire del comunismo – uno spettro che si aggira per l'Europa e che è già riconosciuto come una potenza da tutte le potenze europee – ma risulta impietosamente evidente la diversa caratura dell'analisi storico-politica e soprattutto della capacità programmatica di indicare ai militanti la meta e le tappe per raggiungerla. Si pensi al giudizio storicamente lusinghiero, distaccato e privo di accuse moralistiche sul nemico di classe – «la borghesia ha avuto nella storia una parte sommamente rivoluzionaria»⁶ – e all'indicazione piuttosto precisa di dieci provvedimenti che nei Paesi più progrediti la classe proletaria dovrà prendere appena conquistato il potere: espropriazione della proprietà fondiaria, imposta fortemente progressiva, abolizione del diritto di successione, confisca della proprietà di tutti gli emigrati e ribelli,

2. I parr. 2-5 del presente testo riprendono, con qualche modifica, i parr. 3-7 del saggio *Distinguendo*, cit.; il par. 6 corrisponde in parte al par. 4 del saggio *Mercati selvaggi*, cit.

3. Lettera a C. Germain del 28 luglio 1795 in G. Babeuf, *Il tribuno del popolo*, Editori riuniti, Roma 1969, pp. 210-11.

4. Cfr. Vitale, *Contro i beni comuni*, cit., pp. 32-35.

5. Cfr. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Bari-Roma, 2011.

6. K. Marx, F. Engels, *Il Manifesto del Partito Comunista*, Einaudi, Torino 1998, p. 9.

nazionalizzazione del sistema bancario e creditizio, così come di tutti i mezzi di trasporto, moltiplicazione delle fabbriche nazionali, eguale obbligo di lavoro per tutti, misure atte a eliminare gradualmente l'antagonismo tra città e campagna, istruzione pubblica e gratuita. A proposito di tutte queste misure si dice chiaramente che potranno essere prese, almeno in un primo momento, «solo mediante interventi dispotici nel diritto di proprietà e nei rapporti borghesi di produzione»⁷. L'importanza di definire quanto più concretamente e dettagliatamente possibile i modi cui si dovrà realizzare la fase transitoria definita "dittatura del proletariato" continuerà a essere ben presente a Marx, per esempio nella *Critica al programma di Gotha* (1875). Fino a che punto abbattere lo stato borghese e come sostituire burocrazia e ministeri con una "nuova macchina", ovvero con la forma organizzativa dello Stato proletario che dovrà preparare le condizioni per l'avvento della società senza Stato sarà in seguito uno dei temi dominanti, se non il vero e proprio *leit motiv*, sia del confronto interno al marxismo sia della discussione con le altre forme di socialismo e con il pensiero anarchico⁸.

Avendo come stella polare – scegliete voi – o il metodo bobbiano o la chiarezza e la capacità diagnostica e propositiva del *Manifesto* del 1848, o tutti e due, indipendentemente dalla condivisione o meno delle idee che propugnano, vengo dunque al dibattito italiano sui beni comuni, sul quale, anche per ragioni di spazio, preferisco concentrarmi. Mi basta qui ricordare che la ricerca anglosassone sui *commons*, la cui principale esponente era l'economista Elinor Ostrom, si colloca placidamente all'interno del modello liberale e capitalista di società, limitandosi a affermare che, dandosi certe condizioni, i *commons* non sono una tragedia ma la miglior risposta per tutelare proprio l'ordine proprietario⁹. Esattamente il contrario di quegli studiosi italiani che per lo più interpretano i beni comuni come grimaldello della rivoluzione o comunque come strumento di riformismo radicale senza però dir nulla di preciso su come immaginano tale percorso, rivoluzionario o riformistico che sia.

Fatta questa precisazione, proverò a ricostruire e analizzare quattro posizioni che considero oggi significative nella discussione nostrana sui beni comuni. La prima, di impianto filosofico, è quella riconducibile al terzo volume della trilogia scritta da Antonio Negri con Michael Hardt, intitolata *Comune. Oltre il privato e il pubblico*¹⁰; la seconda, di matrice prevalentemente giusromanistica, fa capo ai saggi di Paolo Maddalena, e in particolare al volume *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*¹¹; la terza, a cavallo tra diritto privato e costituzionale, trova espressione soprattutto in vari contributi di Stefano Rodotà; infine la quarta, che si colloca all'interno di un'ampia riflessione di filosofia e teoria generale del diritto, si incontra nell'opera di Luigi Ferrajoli.

L'ordine di quest'elenco è assiologico: parto dalla posizione che ritengo a me più estranea per concludere con la proposta nella quale, a grandi linee, mi riconosco. Una posizione non propriamente "benecomunista" ma che, come vedremo, riconosce la categoria dei beni comuni assegnandole un ruolo importante ma ben circoscritto in un progetto normativo di teoria del diritto e della democrazia assai più articolato e ambizioso. Una posizione che, a mio avviso, andrebbe utilmente integrata, soprattutto per gli aspetti socio-economici, con le riflessioni e le proposte che ci ha lasciato Luciano Gallino.

2. La prefazione del libro di Hardt e Negri s'intitola *Il divenire Principe della moltitudine*. Basterebbe questo titolo per comprendere che il tentativo è quello di costruire un progetto alternativo, articolando «un'etica dell'azione politica democratica all'interno e contro l'Impero»¹², che al tempo stesso richiama e critica quel progetto di palingenesi sociale proprio della tradizione comunista, e di Gramsci in particolare. In luogo della classe, del proletariato, e del partito che come "Principe" la organizza allo scopo della conquista del potere, abbattendo il capitalismo e la classe dominante che vi corrisponde, la borghesia, abbiamo ora il nuovo soggetto rivoluzionario costituito dalla

7. *Ivi*, p. 31.

8. Cfr. soprattutto Lenin, *Stato e rivoluzione*, Editori Riuniti, Roma, 1970.

9. Cfr. E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia 2006. Basti vedere quali sono i classici che lei stessa elenca (p. 313) come autori di riferimento – Hobbes, Montesquieu, Hume, Smith, Hamilton, Tocqueville – per capire che non si tratta del parterre della rivoluzione.

10. M. Hardt, A. Negri, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Milano, 2010.

11. P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani*, introduzione di S. Settis, Donzelli, Roma, 2014.

12. Hardt, Negri, *op.cit.*, p. 7.

“moltitudine” che si dovrà organizzare per rovesciare l’Impero, ossia quell’insieme di istituzioni economiche e politiche globali che disciplinano in modo ferreo un mondo caratterizzato da «guerra, sofferenza, miseria e sfruttamento»¹³.

Mentre il concetto marxiano di classe risulta tutto sommato chiaro, più problematico appare quello di moltitudine. Forse perché avvezzi a associarlo semanticamente a quello di folla, di insieme appunto contingente e non organizzato di individui che, se vuole agire politicamente, deve darsi istituzioni capaci di esprimere una volontà collettiva (per esempio, la *moltitudo* hobbesiana che si trasforma in società civile mediante il patto di unione), l’idea di affidare la rivoluzione alla moltitudine ci suona inconsueta, a dirla tutta improbabile. In effetti è difficile incontrare in *Comune* di Hardt e Negri una definizione chiara di moltitudine: si intende tuttavia che si tratta della moltitudine dei poveri, delle classi subalterne nelle loro differenti espressioni, dei precari, dei migranti, degli esclusi a vario titolo «dall’ordine della proprietà»¹⁴. Ma si tratta, come ben sapeva già Marx, di forme di subalternità estremamente diversificate, spesso non solo distinte ma anche opposte. Il proletariato degli stracci stava con Napoleone III, non con la rivoluzione. E se si afferma che la ricomposizione delle moltitudini degli oppressi «è sempre stato il compito della lotta di classe»¹⁵, ciò significa ammettere la indeterminatezza della moltitudine come soggetto politico rivoluzionario.

Ma come si fa una rivoluzione senza la classe come soggetto politico e il partito come suo strumento? Qui entrano in scena i beni comuni: «La democrazia della moltitudine è concepibile e possibile nella misura in cui tutti condividono e partecipano insieme al comune. Con il termine “comune” intendiamo, in primo luogo, la ricchezza comune del mondo materiale – l’aria, l’acqua, i frutti della terra e tutti i doni della natura – che nei testi classici del pensiero politico occidentale è sovente caratterizzata come l’eredità di tutta l’umanità da condividere insieme. Per comune si deve intendere, con maggior precisione, tutto ciò che si ricava dalla produzione sociale, che è necessario per l’interazione sociale e per la prosecuzione della produzione, come le conoscenze, i linguaggi, i codici, l’informazione, gli affetti e così via»¹⁶. Il processo di

privatizzazione del comune sostenuto dalle politiche neoliberiste – in verità, direi innanzitutto di privatizzazione del pubblico – non si contrasta mediante «la regolazione pubblica e un governo dell’economia di tipo keynesiano e/o socialista», perché capitalismo e socialismo «sono entrambi dei regimi di proprietà che escludono il comune», mentre solo un progetto politico di «istituzione del comune»¹⁷, né privato né pubblico, e pertanto né capitalista né socialista, può aprire un nuovo spazio alla politica, salvando l’umanità dalla corruzione morale e dalle molteplici catastrofi che ne conseguono proprio grazie alla trasformazione in potere di quella capacità di pensare forme di vita innovative, incentrate sul “comune”, generata dal binomio valoriale povertà e amore che caratterizza la moltitudine.

Sono consapevole che, nel tentativo di restituire una sintesi del pensiero di Hardt e Negri, si corre il forte rischio di farne involontariamente la caricatura. Ma questo rischio dipende in buona misura dal linguaggio infiammato di retorica rivoluzionaria di cui fanno uso, e che francamente in qualche passaggio sconfinava nello sprezzo del ridicolo. Delle istituzioni del mondo nuovo – o vecchissimo, temo – innervato dal “comune” nulla si dice, non v’è traccia di quel disegno costituzionale che caratterizza anche le utopie più ardite, a partire dalla Repubblica platonica. E pare troppo comodo cavarsela affermando che sarà la stessa moltitudine, cammin facendo, a disegnare queste istituzioni, le istituzioni che produrranno la gestione democraticamente partecipata del “comune” da parte della “moltitudine”. Da questo stile di pensiero, ancor prima che dai suoi contenuti, credo debbano prendere le distanze tutti coloro che in buona fede si battono faticosamente contro la “privatizzazione del mondo”, contro le politiche neoliberiste e neocoloniali che in effetti continuano a generare guerra, sofferenza, miseria e sfruttamento.

3. Un altro modo di argomentare in favore dei beni comuni e di una limitazione severa della proprietà privata, tanto radicale quanto problematico, proviene da studiosi del diritto romano, nel quale si troverebbero elementi per affermare la precedenza storica della proprietà collettiva su quella privata.

13. *Ibidem*.

14. *Ivi*, p. 51.

15. *Ivi*, p. 246.

16. *Ivi*, pp. 7-8.

17. *Ivi*, p. 9.

Una precedenza che diventa immediatamente non solo storica ma anche assiologica, nel senso che si dichiara subito che quella forma di organizzazione economica e sociale fondata sulla proprietà collettiva della terra andrebbe riscattata dall'oblio per diventare, ovviamente ripensata all'altezza dei nostri tempi, modello prescrittivo di una società futura meglio ordinata.

A questo proposito vorrei soffermarmi, sia pur brevemente, su un saggio di Paolo Maddalena, *Per una teoria dei beni comuni*, pubblicato su *MicroMega*, 9/2013¹⁸, dove si anticipano i temi essenziali del già citato *Il territorio bene comune degli italiani*. Scelgo questo testo per una ragione molto semplice: mi pare più esplicito e diretto del libro, quindi più utile a definire in *silhouette* la “teoria” proposta di Maddalena. Incrociando diritto romano e lo Schmitt del *Nomos della terra*, egli afferma: «fin dalle origini [...] si parlò del “rapporto di appartenenza” del territorio al popolo, e cioè di una “proprietà collettiva” che è insita nella “somma dei poteri sovrani” spettanti al popolo. Né si può tacere che questo tipo di appartenenza ebbe per i romani qualcosa di sacro, se è vero com'è vero che si giunse ad affermare che “*pulcrum est pro patria mori*”, è bello morire per la patria». A quanto pare fu Numa Pompilio a creare una prima divisione tra *ager compascuus*, di proprietà e uso comune, e piccole porzioni di terra cedute ai *patres familiarum*, porzioni pari a mezzo ettaro e quindi strettamente limitate al soddisfacimento delle necessità familiari.

In questa prospettiva, continua Maddalena, «occorre tener presente che “l'originaria appartenenza del territorio al popolo” a titolo di “sovranià” non viene meno con la “cessione” a singoli o a un ente pubblico della “proprietà privata”. In altri termini, la storia dimostra che sulla proprietà privata insiste quella che Carl Schmitt definisce la “superproprietà” del popolo, nel senso che il popolo come ha “ceduto” la proprietà privata così può riacquistarla. Si tratta, in sostanza, della distinzione medievale tra “*dominium eminens*” e “*dominium utile*”, la quale assicurava al re la “preminente” titolarità di tutto il territorio».

Penso di intuire, o almeno così mi pare, le ragioni che muovono Maddalena a recuperare questi concetti. Essi sfociano nel tentativo di dare nuova vita a quegli articoli, oggi abbondantemente negletti, della

nostra Costituzione che vanno dal 41 al 46, intesi nel loro complesso a stabilire limiti alla proprietà privata e alla libera iniziativa che non debbono essere in contrasto con l'utilità sociale, così come a prevedere che parte dei mezzi di produzione possa essere riservata a comunità di utenti e lavoratori. Comprendo e condivido questo tentativo¹⁹. Mi domando però, ancora una volta, se in termini teorici, ma non solo, il prezzo da pagare che implica il percorso disegnato da Maddalena sia accettabile. Come non vedere che riferirsi a Schmitt, sia pure a quello “addomesticato” del dopoguerra, porta con sé l'irruzione nella modernità politica dell'organicismo, e della inquietante equazione nazionalistica «un popolo, una cultura, una terra, uno Stato»? Che in nome della “superproprietà” originaria di quel soggetto collettivo che chiamiamo “popolo” e della volontà sovrana che ne deriva (comunque espressa) si può arrivare a sopprimere non solo la proprietà privata ma anche tutto l'insieme dei diritti della persona e del cittadino? Che questa idealizzazione della volontà generale del popolo in quanto espressione di una intelligenza collettiva eticamente sana e incorruttibile è una sciocchezza, e non è affatto escluso che tale volontà produca decisioni ben diverse da quella auspicata da Maddalena riguardo alla gestione del territorio, alle questioni ambientali, ai temi dell'economia e della finanza ecc ecc.? Potrei continuare, ma il riassunto sta tutto il quel «*pulcrum est pro patria mori*», che a me personalmente fa accapponare la pelle, perché è inequivocabilmente un motto che ha alimentato la retorica della destra (chi per la patria muor vissuto è assai). E mi risulta francamente imbarazzante contrastare la destra neoliberalista con l'armamentario concettuale della destra reazionaria²⁰.

4. Aliena tanto dalle suggestioni medievali quanto da quelle dell'antica Roma è la riflessione sui beni comuni proposta da Stefano Rodotà. Pur preferendo non entrare in diretta polemica con quegli studiosi che in nome dei beni comuni ripropongono forme di organicismo politico, egli prende in tutta evidenza un'altra strada, quella del “costituzionalismo dei bisogni”. A partire dalla considerazione di alcuni bisogni elementari della persona – accesso libero all'acqua, al cibo, ai farmaci, a internet come mezzo di

18. Farò riferimento alla versione apparsa su *MicroMega online* in data 27/03/2014.

19. Un percorso per certi versi analogo, che parte da alcune istituzioni di diritto romano per argomentare in favore della tutela dei beni comuni, si trova in A. Di Porto, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013.

20. A proposito di una versione di quest'espressione, Bobbio risponde a Viroli che lo intervista sugli ideali repubblicani: «Stai attento con l'amor di patria; pensa al motto “*dulce et decorum est pro patria mori*”, ripetuto infinite volte e scritto sui frontoni degli edifici pubblici. Anche il fascismo parlava di patria, diceva che bisogna difendere la patria, che bisogna dar la vita per la patria» (N. Bobbio, M. Viroli, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 13).

conoscenza e comunicazione – si definiscono i diritti fondamentali corrispondenti, diritti che sottraggono questi beni alla logica proprietaria e del profitto e li caratterizzano come beni comuni. In altri termini, si tratta di stilare una lista, non fissa ma storicamente variabile, di beni comuni in quanto beni pubblici prioritari, mediante i quali sia possibile agire per superare lo spaventoso *human divide* prodotto dal mercato globale, ovvero dotando la battaglia in favore della riduzione delle disuguaglianze dello strumento giuridico consistente nel riconoscimento di alcuni beni come comuni. Questa impostazione produce almeno due conseguenze degne di rilievo. In primo luogo, se questo è il quadro teorico, l'andare oltre il pubblico e il privato diventa un falso problema, perché i beni comuni stanno accanto ai beni pubblici e a quelli privati come *tertium genus*: un *genus* che appare piuttosto un "sotto-genere", una specie di beni pubblici strettamente vincolata al soddisfacimento di bisogni elementari della persona e dunque alla garanzia concreta ed immediata dei diritti fondamentali che corrispondono a tali bisogni. In questo senso, pur essendo ammissibile e financo favorita la gestione di alcuni beni comuni nella forma della "comunità di utenti" e similari, ovvero mediante la partecipazione attiva di associazioni di cittadini, l'ultima parola nelle decisioni di indirizzo e in caso di controversie spetta pur sempre ai regolatori pubblici, con buona pace delle moltitudini e dei *Quirites*.

In secondo luogo, Rodotà ha ben presente il pericolo di porre in un unico sacco – quello indistinto dei beni comuni – beni strutturalmente diversi, e come tali da tener distinti in quanto alla loro gestione: «Se, per esempio, si considera la conoscenza in *rete*, uno dei temi centrali della discussione, ci si avvede subito della sua specificità. Gallino ne ha giustamente parlato come di un bene pubblico globale. Ma proprio questa sua globalità rende problematico, o improponibile, uno schema istituzionale di gestione che faccia capo a una comunità di utenti, cosa necessaria e possibile in altri casi. Come si estrae questa comunità dai miliardi di soggetti che costituiscono il popolo di internet?»²¹. Si affaccia così la necessità di distinguere e di evitare la retorica dei beni comuni, predisponendosi a un «lavoro di analisi e di ricomposizione» che porti a «esaminare in forme differenziate il rapporto tra accesso e gestione, dunque lo stesso significato della partecipazione»²². Un lungo lavoro, par di capi-

re, dentro e fuori il perimetro del diritto, che permetta di regolare efficacemente *iuxta propria principia* diverse tipologie di beni comuni.

Eppure quella stessa retorica dei beni comuni dalla quale Rodotà intende prendere le distanze pare spesso afferrarlo e avere la meglio sui propositi di analisi, classificazione, ricomposizione. Per dirlo chiaro: si avverte, di tanto in tanto, un corto circuito fra dimensione giuridica della ricerca intorno ai beni comuni e la proposta politica imperniata sui beni comuni. Mi limito a un paio di esempi. Dopo aver chiaramente connesso la nozione di bene comune al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, rifiutando di ipostatizzare e personificare la "Natura" come titolare di diritti, Rodotà scrive: «ma i beni comuni si distendono pure in una dimensione più larga dove, accanto al riferimento ai diritti fondamentali, compare quello riguardante un governo del cambiamento inteso come salvaguardia dell'ecosistema e della stessa sopravvivenza dell'umanità. Anche qui, evidentemente, compaiono diritti, come quello alla tutela dell'ambiente, e soggetti ai quali sono riferibili – l'umanità, le generazioni future»²³. Per quanto abbia a cuore la salvaguardia dell'ecosistema, non posso rinunciare a chiedermi quale sia, fuor di retorica, la differenza tra la Natura e l'Umanità, o le generazioni future, come soggetto titolare di diritti.

Ancora più evidente è l'uso politico dei famosi *referendum* sulla gestione pubblica dell'acqua del giugno 2011. A me pare che collegare le vere e proprie guerre per l'acqua già in corso in diverse aree del pianeta e il rischio concreto di sete per le persone e di difficoltà per l'uso agricolo e industriale anche in Italia all'esito del voto nei nostri *referendum* – «ventisette milioni di italiani hanno detto sì in un *referendum* contro la privatizzazione dell'acqua, che veniva così collocata nella dimensione dei beni comuni»²⁴ – sia appunto un esercizio di retorica e non di rigore teorico e chiarificazione concettuale. Supporre una così alta consapevolezza di tali questioni in ventisette milioni di elettori è veramente un azzardo argomentativo. Sarebbe come credere davvero che il 4 dicembre tutti i no al *referendum* costituzionale fossero motivati dalla condivisione delle ragioni espresse dai Comitati del No. Se così fosse, l'Italia sarebbe un Paese culturalmente e politicamente molto diverso, e molto migliore. Non voler neppure dubitare, almeno pubblicamente, che il risultato di quei *referendum*

21. S. Rodotà, *Mondo dei diritti, mondo dei beni* in AA.VV., *Tempo di beni comuni*, cit., p. 121.

22. *Ivi*, p. 120.

23. *Ivi*, p. 127.

24. *Ivi*, p. 117.

sull'acqua fosse probabilmente frutto di opinioni e convenienze legate più alla rozza materia che ai nobili ideali, si spiega, a mio giudizio, solo nella dimensione della lotta politica contingente, che spesso fa velo all'analisi spassionata e all'approfondimento teorico.

5. A mia conoscenza, l'invito a classificare e a distinguere, a trovare una possibile collocazione dei beni comuni nella teoria giuridica e negli ordinamenti positivi incontra una prima adeguata risposta nella riflessione di Luigi Ferrajoli. Egli osserva innanzitutto che la nozione di "beni comuni" rischia di essere al tempo stesso troppo estesa, comprendendo "cose" che non sono "beni", e troppo ristretta, escludendo beni che sono essenziali, vitali, ma non sono affatto definibili come "comuni". Di conseguenza, «sarà utile procedere a una ridefinizione del concetto di "beni comuni" depurata dai suoi usi retorici e quanto più possibile ancorata al lessico giuridico»²⁵. Su questa via incontriamo innanzitutto l'art. 810 del nostro codice civile, per cui sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti. Certamente il codice civile conosce solo i beni patrimoniali, disponibili e esigibili, spettanti a ciascuno con esclusione degli altri, ma ciò non significa che non si possa distinguere, all'interno di quanto si definisce genericamente "bene", due specie, e cioè i beni fondamentali e i beni patrimoniali: «i primi definibili come i beni che formano oggetto dei diritti fondamentali, i secondi come i beni che formano oggetto di diritti patrimoniali»²⁶.

In questo modo si crea una categoria, quella dei beni fondamentali, che comprende tutti quei beni che vanno ugualmente garantiti a tutti, perché vitali, e quindi in quanto tali da considerare fuori delle logiche mercantili, anzi in opposizione a queste ultime. Ma essere una categoria di beni non assoggettata alle logiche del mercato non significa ancora poterla qualificare di per sé come equivalente alla categoria dei "beni comuni", che qualifica invece solo i beni «accessibili a tutti *pro indiviso*». La specie dei beni fondamentali deve a sua volta essere divisa in tre sottospecie, una sola delle quali merita la qualifica di "beni comuni". Insomma, una classificazione analiticamente appropriata distinguerà i beni fondamentali nel seguente modo: «in primo luogo, i beni *comuni*, cioè le *res communes omnium*, il cui uso o accesso alle quali è vitale per tutte le persone e che formano

perciò l'oggetto di diritti fondamentali di libertà di uso o godimento; in secondo luogo, quelli che possiamo chiamare beni *personalissimi*, come sono le parti del corpo umano, che formano l'oggetto di diritti fondamentali di immunità, cioè di libertà da lesioni, incluse quelle provenienti da atti di disposizione; in terzo luogo, quelli che possiamo chiamare beni *sociali* perché oggetto dei diritti fondamentali sociali alla salute e alla sussistenza, come i farmaci salva-vita e gli alimenti di base»²⁷. Da queste distinzioni dipendono, infine, le diverse tecniche di garanzia da approntare per le tre sottospecie di beni fondamentali così delineate.

Alla luce di questa classificazione, un duro colpo viene inferto alla retorica "benecomunista". Infatti l'acqua, osserva Ferrajoli, non può essere propriamente definita un bene comune: «L'acqua potabile non è più, di fatto, un bene solo naturale, né tanto meno un bene comune naturalmente accessibile a tutti. Più di un miliardo di persone non hanno la possibilità di accedervi e per questo milioni di persone muoiono ogni anno»²⁸. L'acqua è divenuta un bene scarso, e si cerca di trasformarla – paradossalmente, ma fino a un certo punto, se si guarda alla questione dall'angolo visuale del profitto – in un bene patrimoniale. È qui che dovrebbero intervenire le tecniche di garanzia atte a sottrarre al mercato quel bene fondamentale che è l'acqua, da considerare "un bene pubblico" sottoposto a vincoli quali l'obbligo della distribuzione gratuita a tutti nella misura necessaria a minimi vitali, la definizione di limiti massimi di consumo e la tassazione su basi progressive dei consumi compresi tra il limite minimo e massimo.

Più in generale, ciò che Ferrajoli rivendica non è l'andare a cercare il comune in un mitico oltre, oltre al pubblico e al privato, una ricerca che rischia – questa volta si paradossalmente – di consegnare ulteriori spazi e porzioni di beni pubblici alla logica di un privato "politicizzato" che riveste i panni del "comune", ma la riqualificazione del pubblico mediante una sua più rigorosa costituzionalizzazione: «Riconoscere e garantire determinati beni vitali come fondamentali vuol dire sottrarli alla disponibilità della politica e del mercato e renderli accessibili a tutti. E questo si può fare soltanto con la loro stipulazione come beni costituzionali, cioè previsti come fondamentali da Costituzioni rigide: garantiti da immunità, cioè dal divieto di mercificazione, ove di tratti di beni comuni o di beni

25. L. Ferrajoli, *Beni fondamentali* in AA.VV., *Tempo di beni comuni*, cit., p. 141.

26. *Ibidem*.

27. *Ivi*, p. 142.

28. *Ivi*, p. 144.

personalissimi, e dall'obbligo della loro prestazione gratuita, ove si tratti di beni sociali. Assistiamo invece, anziché a un allargamento della sfera pubblica, al suo restringimento e smantellamento. Si pensi alla vendita di beni demaniali e alla privatizzazione di essenziali servizi e funzioni pubbliche, affidate a privati e inevitabilmente mercificate»²⁹.

6. Far sparire il mercato con un colpo di bacchetta magica o ridurlo a mera residualità, come vorrebbe il “benecomunismo rivoluzionario”, appare oggi una prospettiva assai difficilmente praticabile e forse neppure desiderabile, perlomeno guardando agli esiti delle società che si sono ispirate alle dottrine egualitarie. Per nulla facile ma in qualche modo percorribile appare la via dell'incivilimento del capitalismo finanziario proposta da Gallino, che contribuisce a dare concretezza al quadro teorico disegnato da Ferrajoli mediante una ponderata *mixis* di beni fondamentali sottratti al mercato e di beni scambiati su mercati *efficacemente ed effettivamente* regolati, dove «efficacemente ed effettivamente regolati» significa non solo regolare efficacemente la concorrenza tra le imprese ma anche fissare limiti effettivi che configurino una reale responsabilità sociale delle imprese medesime. A proposito di incivilimento del capitalismo finanziario, è opportuno soffermarsi sulla domanda che Gallino fece di fronte alla grande crisi iniziata nell'estate 2007 – crisi i cui effetti sono tuttora in corso: dov'erano le regole e i regolatori, le istituzioni di controllo nazionali e sovranazionali, che avrebbero dovuto intervenire tempestivamente per impedirla, o perlomeno per contenerne la portata? Molto semplicemente, quelle regole non c'erano più: non solo non erano state adeguate alla regolazione di una realtà economica e finanziaria globale che dagli anni Ottanta era significativamente mutata, ma erano state scientemente smantellate sia in Europa sia negli Usa dai fautori della deregolazione dei mercati. Tra costoro si possono contare i *leader* di quelle che furono le sinistre europee, affascinati, secondo Gallino, dalla «mitologia neoliberale o liberista»³⁰. Dal punto di vista politico, sia detto qui di passaggio, si potrebbe muovere nei loro confronti l'accusa di alto tradimento nei confronti dei loro rappresentati. Guardando le cose da questo punto di vista, dall'(auto)affondamento di fine secolo della socialdemocrazia presa sul se-

rio, occorre ammettere che, sotto il profilo critico, si sono dati buoni argomenti ai fautori del superamento sia del pubblico sia del privato, e a maggior ragione della loro “collusione”.

L'altra grande crisi, quella del '29, aveva prodotto come reazione una serie di misure di controllo dei mercati finanziari che negli anni Ottanta vennero appunto smantellate. È esperienza di qualsiasi piccolo risparmiatore grosso modo cinquantenne l'irruzione, a partire dagli anni Novanta, nelle sue opzioni di investimento, assai caldegiate da varie figure di *promoter*, di molteplici strumenti finanziari di enorme complessità e ad alto rischio che precedentemente erano riservati esclusivamente ai grandi investitori. In quegli anni non furono solo indebolite le vecchie regole: ne furono fatte di nuove e più complesse, che ponevano le attività finanziarie liberalizzate al riparo da eventuali contestazioni mosse da «qualche pignolo rappresentante della legge»³¹, o da associazioni di risparmiatori, o magari da qualche istituzione concorrente. A fronte di tutto ciò, l'asimmetria di conoscenza e di informazione, oltre che di effettiva capacità di agire in giudizio, tra risparmiatori e lavoratori, da un lato, e grandi operatori finanziari, dall'altro, era ed è spaventosa.

Nell'improbabile tentativo di incivilire il capitalismo, e di non lasciare che le regole siano scritte da Autorità di controllo che sono presidiate dai controllati, Gallino qualche proposta di regolazione del cosiddetto “finanzcapitalismo” l'aveva fatta. Per esempio, suggeriva di tornare a separare le banche di deposito e prestito da quelle d'investimento; di ridurre le dimensioni globali del sistema finanziario riconducendolo a funzione di servizio e sostegno dell'economia reale (*narrow banking*); di ridurre al contempo le dimensioni delle *bank holding company*; di ridurre drasticamente la finanza ombra, riportando in bilancio quanto è effettivamente detenuto dalle società finanziarie; di regolamentare in forma stringente il mercato dei derivati, riducendo gli scambi non registrati (Otc) e imponendo che le transazioni siano effettuate tramite piattaforme sottoposte a vigilanza; di vietare o limitare fortemente la cartolarizzazione dei crediti da parte delle banche, per non creare masse incontrollate di denaro; di cambiare le modalità di erogazione dei compensi dei *manager* e dei *trader*, che attualmente inducono all'irresponsabilità sociale delle attività economiche e finanziarie³².

29. *Ibidem*.

30. L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, p. 69.

31. *Ivi*, p. 73.

32. Cfr. L. Gallino, *op. cit.*, in part. pp. 252-91.

Sono proposte ispirate dalla convinzione che sia necessario intraprendere il percorso inverso, transitando nuovamente da forme di *soft law* a forme di *hard law*, e che ricondurre la finanza al suo ruolo di servizio dell'economia reale sia la premessa per affrontare la doppia crisi di lunga durata che ci attanaglia, quella di un sistema economico che sfrutta irresponsabilmente le risorse ambientali e pretende contraddittoriamente di vendere le proprie sempre più numerose merci generando al contempo disoccupazione e povertà strutturali. A me pare siano proposte condivisibili che ci impegnano a studiare a fondo questi meccanismi, senza abbandonarci a vuote tirate retoriche per il "comune" contro il pubblico e il privato. Questo impegno è premessa necessaria alla riaffermazione di una "pedagogia civile" che restituisca al

lavoro e alla salvaguardia dell'ambiente la centralità che gli spetta all'interno dei rapporti economico-sociali.

Mi chiedo se tutti questi temi – senza dubbio complessi e magari noiosi nei loro tecnicismi ma meritevoli di analisi e sforzo conoscitivo se si vuole davvero contrastare efficacemente, almeno sul piano delle idee, il capitalismo contemporaneo – siano affrontati con competenza, in una dimensione sia qualitativa sia quantitativa, o di fatto risultino solo superficialmente presenti nella discussione intorno ai beni comuni. Mi chiedo insomma se e quando le lodevoli ma confuse, e talvolta nostalgiche, aspirazioni "benecomuniste" prenderanno la forma di una ragionevole utopia anziché di un vicolo cieco. Per il momento non resta che sospendere il giudizio.

I beni comuni come istituzione giuridica

di Ugo Mattei

In questo saggio l'autore affronta il tema dei beni comuni nella prospettiva dell'ecodiritto e cioè di un sistema di regole ispirato alla protezione della natura e prodotto dalle comunità impegnate nell'attività di cura dei *commons*. Il testo è tratto da *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni* di U. Mattei e F. Capra, di recente edito per i tipi di Aboca (San Sepolcro, 2017).

1. I beni comuni e il loro governo relazionale

Non esiste una definizione giuridica riconosciuta dei beni comuni. Tuttavia, vi è un consenso di massima tra studiosi per non considerarli né privati né pubblici né merce né oggetto o parte dello spazio, materiale o immateriale, che un proprietario, pubblico o privato, può immettere sul mercato per ricavarne il cosiddetto valore di scambio. I beni comuni sono riconosciuti in quanto tali da una comunità che si impegna a gestirli e ne ha cura non solo nel proprio interesse, ma anche in quello delle generazioni future. Essi sono, infatti, per citare il noto studioso di diritto delle proprietà Stefano Rodotà, l'opposto della proprietà privata. Inoltre, nella filosofia giuridica oggi emergente, che è riflessa nelle esperienze di *co-housing* e nei vecchi assetti di villaggio, la cosiddetta proprietà privata rappresenta in effetti soltanto un'eccezione ai beni comuni ed è garantita a seconda dei bisogni variabili. Per esempio, quando i figli crescono e vanno via di casa, una famiglia si trova ad avere magari una camera da letto di troppo, mentre se dovesse ospitare gli anziani genitori, sarà necessario spazio in più. In questi casi, se la proprietà presa dai beni comuni (ad esempio da un monastero ristrutturato o dagli edifici di un progetto di *co-housing*) viene temporaneamente privatizzata e posta sotto le cure e il controllo di una persona, il risultato non è l'accumulo.

Quando gli spazi non risultano più necessari per l'uso privato, debbono essere restituiti ai beni comuni, per essere gestiti e usati dalla comunità. I beni

comuni, pertanto, non sono nemici della proprietà individuale, ma soltanto degli eccessi legati al suo accumulo. Allo stesso modo non sono ostili al Governo, ma si prefiggono soltanto di limitare le concentrazioni eccessive di potere, attraverso decisioni dirette assunte dalla comunità, in base al riscontro da parte dei fruitori. In effetti, quest'ultimo aspetto è importante, ma le istituzioni politiche elette generalmente sono troppo lontane da dove le loro decisioni avranno un impatto, mentre i singoli rappresentanti politici sono troppo impegnati per decidere adeguatamente tutto. Un bene comune può essere qualsiasi cosa che la comunità riconosca tale da soddisfare un bisogno reale, fondamentale, al di fuori dello scambio di mercato. Oltre allo spazio fisico pubblico, nella nozione possono anche rientrare organizzazioni istituzionali quali le cooperative o le comunità, i *trust* gestiti nell'interesse delle generazioni future, le economie di villaggio, i dispositivi per la condivisione dell'acqua e molte altre strutture organizzative sia antiche sia contemporanee. L'utilità del bene comune è creata dall'accesso condiviso da parte della comunità oltre che dal processo decisionale diffuso a tutti i livelli.

Le istituzioni comunitarie, attraverso un controllo diretto e reciproco e un'azione di accompagnamento e sostegno, tendono a contrapporsi al profitto, alla disuguaglianza e al difetto di lungimiranza. Le istituzioni dei beni comuni funzionano attraverso il conferimento di potere giuridico diretto ai loro membri – nella ricerca condivisa di un significato o una funzione generativi – e rispondono a bisogni umani concreti

di partecipazione, sicurezza e socialità. Lavorando dal basso, esse hanno il potenziale di fare proprio il cuore del sistema giuridico, rappresentando una rete capace di agire secondo logiche di cooperazione e di partenariato. Dato che gli appartenenti alla comunità sperimentano modelli di divisione del lavoro diversi dallo sfruttamento, il loro tempo si libera per attività di proselitismo, organizzazione e connessione che permettono alla rete di crescere e acquisire sempre più importanza.

Nella sfera pubblica, un determinato spazio fisico può essere o non essere definito bene comune e ciò dipende dal suo uso o dalla sua capacità di assolvere ai bisogni fondamentali di una comunità, presente e futura che sia. Per esempio, anche se una stazione ferroviaria dismessa può essere privatizzata e trasformata in centro commerciale, essa può anche essere riconosciuta quale bene comune e tutelata come tale, perché permette di offrire un ricovero ai senza tetto, un palcoscenico per artisti di strada o una sede per l'associazionismo politico.

È indifferente che il titolo di proprietà sia in ultima analisi pubblico o privato, di un'azienda o di un comune; l'importante è che lo spazio promuova un'attività collettiva generativa e non sia gestito in base a un modello di esclusione, estrattivo, interessato solo ai profitti e alla rendita. Vietando l'estrazione di profitto, un'istituzione comunitaria libera una quantità significativa di risorse, da destinare a un uso sociale o ambientale (un tipico esempio sarebbero i pacchetti retributivi dei Ceo¹). Di conseguenza, la gestione di una stazione ferroviaria come bene comune può rivelarsi altamente sostenibile, in quanto la componente commerciale dell'attività può ampiamente sostenere quella non commerciale. Per esempio, in un *community land trust* l'affitto di spazi costosi può finanziare l'alloggio per persone a basso reddito.

Oggi, il grave depauperamento delle nostre risorse naturali e culturali comuni rende imperativa la correzione dello squilibrio di potere tra settore privato, pubblico e dei beni comuni. L'armonizzazione delle leggi dell'uomo con i principi dell'ecologia richiede, come minimo, lo sviluppo di un settore dei beni comuni e delle istituzioni a esso associate, solido e tutelato legalmente. Occorre partire dalla base del pensiero ecologico e critico, coltivare la diversità, la resilienza e le reti sociali che permettano di cambiare il mondo dal basso.

2. I beni comuni tra Medioevo e modernità

La modernità ha delegittimato la maggior parte delle istituzioni vitali e prospere dei beni comuni, le cui radici, nell'esperienza occidentale, risalgono agli inizi del Medioevo. Non soltanto la foresta e il villaggio nelle campagne, ma anche le gilde degli artigiani nelle città – in cui pittori, scultori, artigiani e notai apprendevano il mestiere dopo lunghi e spesso duri anni di apprendistato – erano istituzioni al contempo giuridiche, politiche ed economiche, in contesti storici in cui, come nei villaggi rurali odierni del Sud del mondo, gli individui si legavano gli uni con gli altri in una relazione permanente di reciprocità e obblighi collettivi nei confronti della comunità. Mentre l'Umanesimo, forse a giusto titolo, contestò, nel nome dell'autodeterminazione dell'individuo, gli aspetti oppressivi insiti nel vecchio ordine della comunità, il capitalismo si può dire che gettò il bambino con l'acqua sporca portando la società attuale a uno stato caratterizzato dalla "folla solitaria"².

Non ha alcun senso la nostalgia di un ordine finito da tempo né ci aiuta negare il progresso apportato dal capitalismo in molti campi tra cui per esempio la medicina. Mentre molte persone oggi, soprattutto in Occidente, avvertono l'assenza di una comunità, nessuno sente la mancanza del tipo di vita agricola di sussistenza dei tempi pre-moderni. Oggi si sviluppano a qualsiasi latitudine forti legami tra componenti di comunità che contestano l'ordine giuridico costituito, rischiano l'arresto e altre sanzioni a causa di lunghe lotte collettive per proteggere un territorio dalla fratturazione idraulica o dall'estrazione oppure un edificio pubblico dalla svendita. Tali relazioni hanno la potenzialità di portare alla trasformazione, necessaria nel XXI secolo, da *homo economicus* a *homo ecologicus*. La rottura brutale con la coscienza medievale, da noi descritta sopra, ha impedito lo sviluppo graduale di un ordinamento giuridico basato sui beni comuni, in cui la teoria giuridica avrebbe potuto purificare la comunità dai suoi aspetti non desiderabili. Nel XIX secolo, Ferdinand Tönnies propose una nozione giuridica di *Gemeinschaft* (comunità) contrapposta a *Gesellschaft* (società) che è rimasta però insufficientemente teorizzata³. Tuttavia, la durezza originaria di nozioni quali "sovranità" o anche "proprietà" è stata smussata da aggiustamenti legisla-

1. Chief executive officer.

2. D. Riesman, *The Lonely Crowd*, Yale University Press, New Haven CT, 2001 (ed. riveduta e ridotta); trad. it. *La folla solitaria*, Il Mulino, Bologna, 1973.

3. F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen*, Fues, Leipzig, 1887; trad. it. *Comunità e società*, Ed. di Comunità, Milano, 1973.

tivi riflesso di tensioni sociali. Per esempio, svariate dottrine sulla separazione dei poteri hanno limitato l'autorità sovrana, distribuendola tra varie istituzioni politiche e non vi è alcun motivo per non credere che un analogo processo possa verificarsi con la comunità. Le persone, per scelta o necessità, partecipano alla cura di beni che riconoscono essere comuni. In tal modo, esse investono in un'attività definita dal premio Nobel Elinor Ostrom «*communing*», traducibile con «fare comune».

Proprio come per i beni comuni, non c'è una definizione univoca per il *commoning* che rimane un'attività non scindibile dai primi, a meno di non utilizzare l'idea cartesiana di separazione del soggetto dall'oggetto. In questa sede ci limitiamo a presentare alcuni aspetti fondamentali del “fare comune” tendenzialmente presenti in vario grado ogni volta che si manifesti un'esperienza di questo genere. Principio organizzativo essenziale e onnipresente è l'aspetto che mette assieme cura, dovere, reciprocità e partecipazione. Si tratta di trascorrere molto tempo insieme per prendersi cura, con grande attenzione e pazienza, di una realtà riconosciuta come bene comune. In tale processo gli individui, accomunati da un obiettivo collettivo, istituzionalizzano la loro volontà generale di mantenimento di ordine e stabilità nel perseguimento dei loro fini. Da un punto di vista ecologico, le istituzioni di comunità sono altamente virtuose, poiché evitano sprechi nei consumi e nello sfruttamento. Fatto importantissimo, il *commoning* non si prende soltanto cura dei beni comuni esistenti; ne genera anche di nuovi e sociali perché, nel fare insieme, le persone si scambiano idee e creano nuove opportunità; ciò dà vita al sapere collettivo necessario per risolvere i problemi sistemici odierni.

3. Rigenerare i beni comuni

Gli spazi comuni fisici e virtuali sono stati anientati dalla logica individualistica e dalle istituzioni legali del capitale; responsabili di questa situazione sono le istituzioni della proprietà estrattiva. Al fine di evitare tali disastri sociali e ambientali, i beni comuni invocano un riconoscimento e una tutela da parte del diritto ecologico; per questo motivo, il sostegno destinato alla rigenerazione di istituzioni con condivisione del potere, devastate dal capitalismo, e la mitigazione delle conseguenze letali di centinaia di anni di violazioni dei principi dell'ecologia – le vere “leggi della natura” – necessiteranno di un cambiamento globale e radicale delle leggi umane estrattive. Come è possibile, però, portare a termine un compito di così ampia portata? Potremmo iniziare studiando come gli scienziati affrontano il problema dei laghi e dei bacini marini colpiti dall'eutrofizzazione (una

crescita vegetale eccessiva stimolata da elevate concentrazioni di sostanze nutrienti). Un esempio molto noto è la crescita disordinata di alghe che si nutrono di fosfati e nitrati, scarti dell'agricoltura chimica intensiva. Questo può perturbare l'equilibrio ecologico di un corpo idrico (per esempio un lago) distorcendo la resilienza naturale dell'ecosistema in maniera tale da impossibilitarne la rigenerazione. Una soluzione consiste nell'identificare l'elemento di corruzione il suo ruolo nell'innescare una catena di risultati ecologici negativi. Gli ecologisti procedono poi a isolare alcune parti del lago dall'elemento corruttore, lasciando ai processi naturali il tempo di ripararsi. Una volta che una piccola area è ritornata in salute, diviene possibile estendere progressivamente la superficie delle reti sane, finché alla fine tutto il lago non è risanato. Grazie a questa procedura ecologica incrementale, che può essere prescritta per legge, si possono ottenere eccellenti risultati. Concepire una cura ecologica simile equivale a considerare le istituzioni giuridiche estrattive della modernità – la sovranità statale e la proprietà privata – come “fioriture algali” delle leggi dell'uomo o come persici del Nilo nel lago Vittoria. L'eco-alfabetizzazione diffusa tra i giuristi e il pubblico in generale ci permette di identificare il problema e i suoi effetti, mentre la progettazione eco-compatibile, basata sulla ricchezza di esperienze passate e presenti, darà forma ai rimedi da noi proposti, i quali dovranno essere sperimentati in una prassi diffusa e in politica. Un bacino idrico non si rigenera di colpo; analogamente il diritto ecologico procederà per stadi, rigenerando il sistema mondiale per via incrementale, tentando una varietà di soluzioni istituzionali formulate dalla base e alleandosi con il settore pubblico o privato, a seconda delle necessità.

Per esempio, in alcune circostanze, potrebbe rivelarsi consigliabile cercare di trasformare un bene comune, quale una splendida spiaggia, in un *trust* senza scopo di lucro. Questo è una istituzione della proprietà privata in grado di garantire l'espropriazione per pubblica utilità che potrebbe servire da tutela contro la privatizzazione a opera di un Governo corrotto. In altri casi, come le aziende per la gestione dell'acqua di Parigi o di Napoli esemplificati più avanti, potrebbe essere utile la trasformazione in una struttura di proprietà pubblica, per evitare il facile trasferimento di capitale sociale a investitori privati. Peraltro, nell'adottare questa impostazione, non dobbiamo preoccuparci troppo dei limiti del diritto internazionale, il quale di per sé ha una impostazione estrattiva che necessita una progressiva rigenerazione e conversione. Infatti, sebbene pensiamo globalmente, agiamo poi localmente e qui può essere esercitata la resistenza fisica e culturale. Non occorre neppure che affrontiamo singolarmente tutti i vincoli del processo politico nazionale che apparentemente rendono

impossibile una determinata soluzione. Dobbiamo, invece, ciascuno di noi, indurci per fare nascere, in una popolazione ecologicamente e giuridicamente alfabetizzata, la comune consapevolezza sia delle leggi della natura sia della natura della legge.

Proprio una tale popolazione in lotta per la creazione delle proprie istituzioni comuni e la loro protezione dallo spirito predatorio dei settori pubblico e privato rappresenta l'ingrediente fondamentale di una ripresa che si basa sui beni comuni. La rigenerazione dei beni comuni, la contestazione dell'accumulo capitalistico, la riformulazione del diritto partendo dal basso infine un mutamento radicale del nostro comune intendere richiedono una solida teoria unita all'impegno politico quotidiano diffuso degli individui, i quali debbono rivendicare un ruolo attivo in grado di generare effettiva capacità relazionale. Le migliori pratiche giuridiche, contemporanee o storiche, ovunque abbiano avuto luogo, se attuate con successo e capaci di rendere concreti valori della condivisione del potere, della giustizia sociale e della sostenibilità ecologica, andrebbero discusse, comprese, adattate alle varie circostanze e infine applicate in modo tale da permettere che le voci, gli interessi e le soluzioni giuridiche adottate dalle comunità possano nuovamente prevalere.

Vale la pena ribadire che, per quanto sia complessa la varietà dell'esperienza umana, ovunque il principio organizzativo fondamentale del "fare comune" è quello della cura, del dovere, della reciprocità e della partecipazione.

4. L'esempio della fondazione «Teatro Valle bene comune»

Anche una raffinata istituzione artistica può essere gestita come bene comune. A Roma, lo splendido e antico Teatro Valle, gioiello dell'architettura degli inizi del XVIII secolo, fu occupato da un gruppo di artisti e lavoratori dello spettacolo per protesta contro un progetto di privatizzazione. Una volta dichiarato bene comune nel giugno 2011, il teatro ha offerto centinaia di ore di spettacoli culturali, politici e artistici, con criteri improntati al riconoscimento del bisogno fondamentale di fare cultura al di fuori di qualsiasi quadro legislativo statale. Gli artisti, a volte di elevato calibro nazionale e internazionale, si sono esibiti gratuitamente e gli occupanti hanno mantenuto il teatro aperto, funzionante e pulito. Nonostante forti controversie sulla sua illegalità formale, il «Teatro Valle bene comune» ha funzionato per più di tre anni in maniera trasparente, consensuale e partecipativa.

In seguito al successo ottenuto, gli occupanti si sono organizzati in un modello di legalità alternativa, dando vita a una «fondazione bene comune», dotata

di un fondo di 250.000 euro in contanti e opere d'arte, raccolto durante i primi due anni di occupazione. La fondazione bene comune è una fondazione senza scopo di lucro costituita nell'interesse della cultura e delle generazioni future. È formata da circa seimila membri, da un'assemblea permanente denominata «la comune» e da un comitato direttivo a rotazione. Le votazioni non avvengono a maggioranza, ma in base al consenso e ci si prende tutto il tempo necessario per raggiungerlo. La partecipazione richiede che nessuno venga escluso dalle decisioni importanti e a ogni occupante è lasciata ampia libertà per esprimere la propria personalità. La fondazione è così divenuta il luogo di agevolazione della sperimentazione più avanzata di alternative all'attuale divario tra pubblico e privato nel diritto di proprietà. L'esperienza si è dimostrata fortemente generativa nel campo delle arti e della cultura e ne ha ispirate di analoghe in teatri e spazi occupati di altre città italiane che ora sono connesse in una rete organizzata di sostegno alla lotta per la cultura come bene comune. Essa ha anche suscitato l'attenzione internazionale: a Bruxelles, nel 2013, la Fondazione culturale europea ha insignito il Teatro Valle del prestigioso *Premio princesse Margriet*. Come con la sua controparte ecologica, questo rimedio contro la "fioritura algale" delle leggi dell'uomo continua a diffondersi.

Dopo il Teatro Valle, lo sforzo costitutivo di creazione di un sistema giuridico dei beni comuni, legittimato da lotte reali dal basso, si è concretizzato in diverse forme e, tra queste, anche la strategia giudiziale di difesa dei beni comuni si è rivelata preziosa. L'aspetto più saliente di questi sforzi non consiste soltanto nella vittoria in tribunale, cosa che potrebbe costituire qualche caso giuridico favorevole, ma piuttosto nell'alfabetizzazione giuridica diffusa tra i protagonisti delle lotte per i beni comuni, che porta a comprendere appieno la natura del diritto in un'autentica democrazia, nonché la possibilità di trasformarlo resistendo alle violazioni commesse contro le più fondamentali leggi della natura.

Partendo da queste esperienze e dalle molte altre documentate nella letteratura internazionale, si è in grado di delineare un possibile ordine giuridico ecologico, attuabile se le varie pratiche di comunione dovessero collegarsi tra di loro, guadagnando così forza e visibilità. Tale esercizio di immaginazione, con solidi fondamenti in alcune pratiche reali, potrebbe divenire una preziosissima impostazione teorica capace di permettere alle comunità sociali di affrontare i problemi legali legati alla creazione dell'ordine giuridico ecologico, nonché essere fonte di ispirazione per altri alla ricerca di un cambiamento sostanziale.

Nonostante movimenti quali quello del Teatro Valle, i beni comuni difettano di un adeguato riconoscimento giuridico negli ordinamenti occidentali, a

causa dello squilibrio strutturale a favore degli interessi privati rispetto al bene pubblico. Oggi la struttura giuridica preferita dal capitale sono le società per azioni, macchine costruite per l'accumulo perpetuo, mentre non è ancora stata sviluppata una forma giuridica idonea per i beni comuni, anche se strutture quali fondazioni e *trust* potrebbero funzionare per difendere tali interessi e a volte, infatti, funzionano.

Un riconoscimento giuridico che consenta ai beni comuni di godere della stessa tutela della proprietà privata e della stessa legittimità della sovranità statale rappresenta la condizione preliminare per lo sviluppo di un ordine eco-giuridico; coloro che lottano per i beni comuni – i comunardi nella terminologia del Teatro Valle – debbono essere preparati a organizzarsi in veste giuridica. A tal proposito, la Fondazione Teatro Valle offre un esempio interessantissimo da studiare.

5. L'emergere dell'eco-diritto dalle comunità auto-organizzate

Un regime giuridico in grado di tenere sotto controllo il nostro sistema di sfruttamento ormai impazito deve nascere dall'azione di comunità che si auto-organizzano, come gli occupanti del Teatro Valle che si sono basati sull'eco-alfabetizzazione, l'eco-progettazione e una coscienza giuridica volta alla protezione dei beni comuni. Non deve essere un operato soltanto locale, ma connesso a livello mondiale. In questo momento è impossibile concepire l'applicazione di un sistema mondiale, dal basso ed ecocompatibile. Infatti, tentare di usare il diritto internazionale "dall'alto verso il basso" per tutelare i beni comuni equivale a mettere una volpe a difesa di un pollaio, visto che pubblico e privato hanno entrambi sovente dimostrato di poter nuocere ai beni comuni.

Un ordine eco-giuridico riconoscerebbe l'interconnessione fondamentale dei problemi del nostro mondo e ci permetterebbe di trovare soluzioni adeguate e complementari le quali, anziché distinguere diritto, politica ed economia a livello locale, statale o anche internazionale, rispecchierebbero l'interdipendenza dei problemi affrontati. Le soluzioni sistemiche di solito risolvono parecchi problemi contemporaneamente. Per esempio, trasformare la nostra agricoltura industriale, chimica, su larga scala, ad alto uso energetico in coltivazioni biologiche, orientate verso le comunità e sostenibili ridurrebbe drasticamente la nostra dipendenza energetica; oggi usiamo (negli Stati Uniti) un quinto dei nostri combustibili fossili per coltivare e trasformare il cibo. Un cambiamento di questa portata avrebbe un immenso effetto positivo sulla salute pubblica, poiché molte malattie croniche sono legate al nostro regime alimentare, e contribuirebbe in maniera significativa alla lotta contro il

cambiamento climatico perché un terreno organico è ricco di carbonio e dunque esso assorbe CO₂ dall'atmosfera per rinchiuderla nella materia biologica.

Disponiamo del sapere, delle tecnologie e degli strumenti finanziari per costruire un futuro sostenibile; ciò che manca, oggi, è la capacità di trasformare la visione sistemica in leggi umane radicalmente nuove che consentano di creare il sistema di incentivi adeguato per procedere in una direzione sicura. Molto probabilmente esse emergeranno da comunità auto-organizzate, create gradualmente e integralmente dal basso. Questo processo finirà per cambiare le regole di fondo del sistema sociale attuale in modo tale che il diritto, anche senza battaglie per introdurre alcune eccezioni alla logica estrattiva, favorisca di regola i beni comuni, proprio come oggi invece si mostra favorevole alla proprietà privata.

6. Il diritto stesso come bene comune

Per rendere il diritto parte della soluzione ai nostri problemi, dobbiamo immaginare un'impostazione basata sull'eco-progettazione. Abbiamo bisogno di un approccio su piccola scala e dal basso verso l'alto, la cui efficacia risieda nell'uso diffuso e nella conformità ai bisogni delle comunità in senso lato. È opportuno iniziare a considerare il diritto stesso un bene comune che richiede l'esercizio dell'attività legale in stretta simbiosi con la comunità al fine di lottare contro l'ordine giuridico estrattivo. A tal proposito, per essere generativa, la pratica giuridica comunitaria deve comportare attività di mutua formazione dei giuristi e degli appartenenti alla comunità, per arrivare, attraverso il reciproco aiuto, a una concezione eco-giuridica. Ciò implica la diretta partecipazione dei membri della comunità alla preparazione dei materiali per l'azione giudiziaria e la sensibilizzazione dei professionisti del diritto a diventare "comunardi" del diritto; una combinazione di questo tipo offre servizi giuridici economicamente accessibili e un elevato valore aggiunto. Ciò è avvenuto nella lotta «No Tav» in Val di Susa, pietra miliare delle battaglie italiane a difesa dei beni comuni, con reciproca soddisfazione della comunità e dei giuristi.

L'attuazione di questa impostazione giuridica si fonda innanzitutto sulla comprensione del fatto che, nella vita reale del diritto, la legittimità non discende unicamente da un processo politico, ma che la fonte principale del diritto è invece il laboratorio costituito dall'esperienza della vita reale. Gli usi e i valori condivisi di una comunità, funzionali ai fini di una determinata attività sociale, nel tempo vengono istituzionalizzati sotto forma di consuetudini o pratiche vincolanti. A volte note come norme sociali, tali regole godono di un grado di legittimità molto più

antico della nascita dello Stato moderno. Infatti, il diritto consuetudinario è stato la base dello sviluppo del diritto commerciale dall'antichità e dal Medioevo fino ai nostri tempi. Tradizionalmente i mercanti si dedicavano al commercio su scala molto più ampia delle frontiere giurisdizionali dell'autorità politica. I commercianti di Cartagine vendevano i loro prodotti in vari porti del Mediterraneo ed erano in concorrenza con i Romani, mentre mercanti arabi navigavano fino al Mare del Nord e navi olandesi, portoghesi e veneziane raggiungevano mercati remoti. Nelle trattative regnava grande informalità e spesso una stretta di mano era sufficiente per saldare un accordo, dato che le ripetute transazioni si basavano sulla reputazione⁴.

Con il tempo, dalle strette di mano emerse un complesso sistema di diritto mercantile basato sulla consuetudine, che stabilì norme di buona condotta e generò progressivamente un diritto consuetudinario transnazionale più complesso, noto come *lex mercatoria*. L'intervento dall'alto da parte degli Stati centralizzati, sempre più forti, su queste leggi e pratiche commerciali rispettate autonomamente era sempre molto limitato. Ancora oggi, le decisioni di un sistema di arbitrato privato vengono riconosciute e fatte applicare dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici senza alcuna contestazione⁵. Sicuramente, quest'ordine giuridico spontaneo è legittimo e rispettato dagli attori economici anche in assenza dello Stato che lo rende esecutivo. In altri termini, la legittimità scaturisce dal decentramento, dalla maniera consensuale in cui individui e gruppi si relazionano gli uni con gli altri. Fatto interessante, il diritto commerciale emerse come sistema separato e legittimo perché i mercanti erano giuridicamente alfabetizzati sulle loro pratiche, per cui erano in grado di comprendere e far rispettare automaticamente e molto bene le loro regole attraverso le gilde. Per esempio, il termine bancarotta deriva dalla consuetudine di rompere il banco sul quale il mercante insolvente vendeva la propria merce sul mercato, per segnalarne il fallimento. Analogamente, la partecipazione diretta della comunità si rivela di importanza cruciale per l'eco-diritto e si potrebbe ottenere mediante strumenti istituzionali relativamente semplici quali le giurie popolari, per controllare le decisioni in materia di investimenti, la sorveglianza dei costi sociali e ambientali di produzione o la difesa della causa delle generazioni future e del pianeta nel suo insieme. L'eco-diritto è proprio

questo, un ordine giuridico capace di considerare le leggi dell'uomo parte di nuove leggi in nome della natura e di interessi non umani.

7. Il *commoning* e il nuovo ordine eco-giuridico

Abbiamo ribadito in queste pagine che, proprio come la comunità ecologica costituisce l'elemento portante della natura, i beni comuni debbono divenire il principio organizzatore del nuovo ordine ecogiuridico. Il *commoning*, definito come partecipazione, in qualità di comunità, alla cura del bene pubblico, genera il sapere collettivo necessario per risolvere i problemi sistemici odierni, risultato non ottenibile con strutture gerarchiche basate sulla concentrazione del potere e l'esclusione. Si pensi, per esempio, a Wikipedia: nessun'altra enciclopedia consentirebbe di raccogliere intelligenza e conoscenza collettive di tale entità, in quanto, indipendentemente dall'acutezza e cultura di un singolo, la somma di molti si rivela più sagace e sapiente del singolo.

Purtroppo, l'attuale struttura di potere dominante rende estremamente difficile il riconoscimento della ricchezza dei beni comuni: lascia semplicemente basiti la capacità mostrata dal capitalismo di normalizzare il dissenso e di ritornare al consueto modo miope di fare affari. Per questo motivo diviene così cruciale la visione critica derivante dall'autentica condivisione di conoscenza ed esperienza anche al di fuori dei mezzi di comunicazione dominanti. La comunità è proprio il luogo in cui riconoscere la situazione appena descritta e organizzare la trasmissione del sapere e delle strutture alternative per la gestione dei beni comuni.

Alcuni, specialmente negli Stati Uniti, temono questa comunità e il comunitarismo, perché li percepiscono come una minaccia alla loro libertà o addirittura come un pericolo di un comunismo oppressivo di Stato. Tuttavia, il fatto di incentrare l'eco-diritto sui beni comuni, al fine di armonizzarlo con la natura e la comunità, non richiede un ritorno al chiuso comunitarismo medievale né all'autocrazia comunista. Ironicamente, queste paure non vengono mai espresse nei confronti del capitalismo delle multinazionali che si nasconde dietro il feticismo della libera scelta individuale⁶.

4. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

5. I. Dezalay, B. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, Chicago, 1998.

6. E. Grande, "I Do It for Myself!": *The Dark Side of Women's Rights*, in A. De Lauri, ed., *Humanitarianism Inc.*, I.B. Tauris, London, 2015.

Il rafforzamento dei vincoli comunitari si rivela invece essenziale per sviluppare un'organizzazione politica in grado di ripristinare la qualità delle relazioni umane, una rete di finalità collettive, in cui condivisione e inclusione prevalgano su individualismo e gretto profitto. È vero che i membri di una comunità si controllano gli uni con gli altri, limitando lo sfruttamento e l'estrazione. La comunità, però, è anche l'unica condizione in cui gli individui si abilitano reciprocamente, condividono sapere e comprensione ed elaborano strategie di resistenza contro le prevaricazioni delle istituzioni capitalistiche, siano esse i Governi o le multinazionali. Le comunità ecologiche, modello dell'eco-diritto, non sono mai chiuse. Analogamente, le comunità sociali, nelle loro varie forme, si rafforzano reciprocamente connettendosi in reti con altre comunità che ne condividono le finalità vitali generali.

La comunità può essere generosa, ospitale e aperta, ma anche egoista, chiusa e razzista e ciò vale anche per gli individui in carne e ossa; le multinazionali, invece, sono concepite per essere soltanto egoiste e miopi. Le istituzioni dell'ecodiritto debbono sincerarsi che, proprio come l'individuo, la comunità sviluppi il primo gruppo di caratteristiche citate in precedenza e non il secondo. La comunità operativa al cuore dell'eco-diritto non scinde il sociale dal naturale, perché comprende la separazione ideologica tra natura e cultura, come pure tra diritto, politica ed economia. Similmente, il nuovo ordine eco-giuridico deve permettere un nuovo emergere della rappresentanza collettiva, rivendicando per il diritto un ruolo di strumento collettivo di trasformazione politica.

Il processo decisionale partecipativo, politico ed economico rappresenta un aspetto cruciale dell'esigenza di incentrare il sistema giuridico non sulla persona individuale, fisica o giuridica, ma sul "tutto": comunità, reti, dimensioni qualitative delle relazioni, con accesso diretto e gestione responsabile del sapere, del diritto e delle risorse. Un buon esempio di un modello di democrazia economica di questo tipo, in cui sono stato coinvolto, è stata la trasformazione dell'azienda che controlla il sistema di forniture idriche di Napoli in un nuovo ente istituzionale *ad hoc*, Acqua Bene Comune.

Obiettivo del cambiamento era di rendere il servizio idrico di Napoli di proprietà e gestione delle persone e dei lavoratori, nell'interesse di tutta la comunità e delle generazioni future. L'esperimento è stato l'esito di una lunga lotta per proteggere l'acqua pubblica dalla privatizzazione in Italia, lotta che ha comportato anche un *referendum* nazionale in cui 27 milioni di italiani hanno votato a favore dell'acqua come bene comune. Un'istituzione di simile ispirazione è nata a

Parigi come reazione alle pratiche assurde derivanti da un patto tra due multinazionali, Veolia e Suez, che avevano spaccato in due il mercato idrico della città, uno per la *rive gauche* (riva sinistra) e l'altro per la *rive droite* (riva destra) della Senna.

Il sindaco di Parigi, dopo aver fatto campagna per l'acqua come bene comune, una volta eletto non solo ha reso nuovamente pubblico il sistema di fornitura idrica, ma ha anche creato un sistema avanzato di gestione della neonata *Eau de Paris*, basato sulla partecipazione dei soggetti interessati. In sintesi, entrambe le istituzioni partono dal presupposto che il sistema di gestione delle risorse idriche non dovrebbe avere fini di lucro, ma essere un servizio per la comunità e garanzia per le generazioni future. *Eau de Paris* e Acqua Bene Comune Napoli condividono un obiettivo ecologico e sociale vivente, sancito nei loro statuti, al quale sono vincolati i consigli di amministrazione, cui è proibito ogni operato finalizzato al profitto, mentre è garantita la partecipazione pubblica.

Nella logica aziendale tradizionale, il successo di un'attività è misurato quantitativamente in base al tasso di profitto sul mercato. Nel mondo dei beni comuni, invece, il principio di valutazione non può essere il medesimo perché in questo caso, coerentemente con l'eco-diritto, il criterio del successo è qualitativo ed è dato dalla partecipazione dei soggetti interessati al governo dell'attività, non dal mercato. La condivisione di responsabilità collettiva conferisce la legittima facoltà di controllo collettivo sia sull'attività economica pubblica sia su quella privata. Il controllo in questo senso è qualitativo e si basa su uno sforzo generale, intransigente e pragmatico, da parte di lavoratori, consumatori, ambientalisti e dei pochi membri del Consiglio comunale, al fine di comprendere e guidare la gestione in coerenza con gli statuti. La forma aziendale tradizionale, pubblica o privata che sia, strutturata al fine di vendere il massimo possibile di acqua perché, se quest'ultima è uguale a qualsiasi altra merce venduta in regime di monopolio, i profitti cresceranno con l'aumentare della quantità di prodotto venduto. Invece, se l'acqua è trattata come bene comune, l'obiettivo principale è risparmiarne il massimo possibile, investendo nell'eco-alfabetizzazione della comunità e limitando tutti gli sprechi.

Il mercato non è attrezzato per monitorare il raggiungimento di questo obiettivo aziendale ecologico di risparmio idrico e dunque di riduzione della quantità venduta. Il percorso da compiere per elaborare le strutture giuridiche adeguate per la gestione di acqua, trasporti, smaltimento dei rifiuti e altre attività pubbliche come beni comuni è ancora lungo, ma gli esempi di Napoli e Parigi suggeriscono che tali tentativi, seppur difficili, non sono impossibili.

Il paesaggio e il patrimonio storico e artistico: un unico bene comune

di *Tomaso Montanari*

L'altissimo progetto della Costituzione della Repubblica sul paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione affonda le sue radici in una storia plurisecolare che ha messo quell'inestimabile bene comune come fondamento stesso della nostra identità nazionale. Oggi, al contrario, una serie di gravi scelte politiche mette radicalmente in discussione questo progetto, sostituendolo con una visione estrattiva ed economicistica. Ma invertire la rotta è possibile.

La retorica del discorso pubblico italiano prevede che in ogni programma politico, poco importa di quale parte, figuri inesorabilmente un paragrafetto sulla necessità di «sfruttare» il «nostro petrolio»: che sarebbe ciò che l'articolo 9 della Costituzione chiama «il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione», imponendo alla Repubblica di tutelarlo.

La metafora del petrolio, invalsa negli anni ottanta, è – suo malgrado – eloquente. Il petrolio, nero e sotterraneo, per dare energia deve distruggersi, creando inquinamento. I tentativi di messa a reddito di un patrimonio non meno oscuro (almeno nella coscienza della classe dirigente italiana) l'hanno usurato materialmente, ne hanno distrutto la funzione costituzionale, hanno prodotto inquinamento culturale.

Per come è stata fin qui immaginata e condotta l'economia del patrimonio culturale è infatti una classica "economia di rendita". In tal modo si applica anche all'Italia ciò che scrive Joseph Stiglitz: «I Paesi che abbondano di risorse naturali sono tristemente famosi per le attività di ricerca della rendita. In tali Paesi è molto più facile diventare ricchi ottenendo un accesso privilegiato alle risorse che generando ricchezza. Questo è spesso un gioco a somma negativa»¹. La privatizzazione dei cosiddetti "servizi aggiuntivi" del sistema museale italiano (avviata da Alberto Ronchey nei primi anni novanta) ha prodotto un oligopolio di pochi concessionari con importanti connessioni

politiche; pochi posti di lavoro stabili; una produzione culturale di infima qualità (la cosiddetta "valorizzazione"); e non di rado danni materiali al patrimonio: insomma, la peggiore delle economie di rendita.

A monte di questa pessima pratica ci sono un errore storico-teorico e una infedeltà alla Costituzione.

L'errore consiste nel mito per cui la cultura può "rendere" direttamente. Non è così: non è mai stato così. Nella storia occidentale la cultura è sempre stata il dividendo di un investimento economico: mai è accaduto il contrario. Anche oggi i musei americani, sempre citati a sproposito, non generano reddito, ma anzi sono mantenuti (direttamente o indirettamente) con denaro pubblico, o consumano le rendite delle loro ricche donazioni. Però generano civilizzazione, umanità, coesione sociale.

Una Nazione più colta diventa indirettamente anche più ricca: ma questo non ha nulla a che fare con la messa a reddito (e a reddito privato) del patrimonio pubblico.

Ma quanto ci vuole per mantenere quest'ultimo (arte, biblioteche, archivi, opera lirica, teatro, cinema...) senza che vada in rovina, chiuda o debba vivere di interessate elemosine? Dopo che, nel 2008, Sandro Bondi dimezzò il bilancio dei Beni culturali (allora attestato sui tre miliardi e mezzo l'anno, già insufficienti), i suoi successori Giancarlo Galan e Lorenzo Ornaghi hanno perso un altro mezzo miliardo: oggi siamo circa a un miliardo e mezzo². Le armi, invece, ci

1. J. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino, 2013, p. 67.

costano almeno ventisei miliardi³ cui se ne aggiungerebbero altri dodici per i bombardieri F-35. Ventisei, o trentotto, contro uno e mezzo: sono queste le cifre del suicidio culturale italiano. In Europa le cose stanno diversamente: la nostra spesa per la cultura equivale all'1,1% del Pil, mentre la media europea è esattamente il doppio, 2,2% (fonte Eurostat). Se raddoppiassimo torneremmo alla cifra pre-Bondi: e sarebbe già un successo. Se poi riuscissimo ad arrivare a 5 miliardi l'anno, avremmo un patrimonio mantenuto con lindore svizzero, e senza chiedere aiuto a nessun speculatore privato. Certo, saremmo sopra la media europea: ma il nostro patrimonio non lo è?

A questa scelta ci obbliga non solo il buon senso, ma anche la Costituzione.

In un'Italia distrutta dalla guerra mondiale e dilaniata dalla guerra civile i nostri padri seppero essere così saggi e lungimiranti da includere tra i principi fondamentali dell'Italia futura il paesaggio e l'arte: e non per farci qualche soldo, consumandoli (come avrebbe poi voluto la fatale dottrina del petrolio), ma per farne, attraverso la ricerca e la conoscenza, uno strumento di costruzione di una comunità nuova.

Con l'articolo 9 della Carta «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione», l'arte del passato cambia infatti funzione: dopo secoli in cui ha legittimato il dominio dei sovrani degli antichi Stati, essa ora rappresenta visibilmente la sovranità dei cittadini, consacrata dall'articolo 1.

Ma perché la Repubblica nascente si impegnava a profondere denaro ed energia nel tutelare cose che oggi a molti sembrano ornamenti superflui, oppure vacche da mungere? Perché una tradizione secolare suggeriva che proprio l'arte e il paesaggio fossero leve potenti per «rimuovere gli ostacoli ... all'eguaglianza» e permettere il «pieno sviluppo della persona umana» (come vuole l'articolo 3). Mai come oggi possiamo misurare la forza di questa idea: in un mondo, in un Occidente e in un'Italia sempre più dilaniati da una diseguaglianza profonda, la proprietà collettiva del paesaggio e del patrimonio artistico è un potente fattore di equità morale e sociale.

Il paesaggio e il patrimonio sono una proprietà collettiva il cui vero scopo è soddisfare ai diritti fondamentali delle persone. Sono, dunque, beni comuni che servono a realizzare il bene comune: che è la civilizzazione (questa bellissima parola che, per esempio

in Francia, è un modo più consapevole per dire «cultura»).

È possibile dimostrare che questa idea risale all'età classica, e plasma la coscienza italiana fin dai suoi albori. È per questo che, in Italia, una lunga storia culturale ha identificato nel patrimonio artistico un valore alternativo al mercato, ad esso irriducibile. Il tema è d'altra parte di estrema attualità, non solo nel nostro Paese.

Il perché lo spiega bene Michael J. Sandel (professore di Filosofia politica e di teoria del Governo ad Harvard): «Perché preoccuparsi del fatto che stiamo andando verso una società in cui tutto è in vendita? Per due ragioni, una riguarda la disuguaglianza; l'altra la corruzione ... Assegnare un prezzo alle cose buone può corromperle. Questo perché i mercati non solo distribuiscono beni: essi esprimono e promuovono anche determinati atteggiamenti nei confronti dei beni oggetto di scambio ... Spesso gli economisti assumono che i mercati siano inerti, che non abbiano ripercussioni sui beni che scambiano. Ma questo non è vero. I mercati lasciano il segno. Talvolta, i valori di mercato scalzano valori non di mercato di cui varrebbe la pena tener conto. ... Se trasformate in merci, alcune delle cose buone della vita vengono corrotte e degradate. Dunque, per stabilire dove va collocato il mercato e a che distanza andrebbe tenuto, dobbiamo decidere come valutare i beni in questione – la salute, l'istruzione, la sfera familiare, la natura, l'arte, i doveri civici, e così via»⁴.

Nessuno, nemmeno a sinistra, ha inteso il Ministero per i Beni culturali come un ministero dei diritti. Alla sua nascita (1974) lo si è inteso come ministero del patrimonio, cioè delle «cose» da difendere; all'epoca di Veltroni lo si è voluto «delle attività culturali» (cioè dello svago e del tempo libero); il governo Letta l'ha reso anche del Turismo, e c'è chi lo vorrebbe astrattamente «della Cultura».

Il punto più basso della parabola della tutela del patrimonio culturale e del paesaggio si è toccato, tuttavia, solo di recente nei due anni e otto mesi del governo di Matteo Renzi.

Citiamo soltanto, e nel modo più corsivo, lo Sblocca Italia firmato da Maurizio Lupi (che allarga a dismisura la possibilità di derogare alle leggi e alle procedure di tutela per realizzare infrastrutture, e in generale, per cementificare; e che estromette il MiBACT dalla scelta degli immobili pubblici da alienare, prefigurando la vendita di parte almeno del patrimonio culturale monumentale pubblico), la

2. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Nota integrativa per il triennio 2012-2014 per il Ministero per i Beni e le attività culturali.

3. Sipri, (Stockholm international peace research institute), *Trends in World Military Expenditure*, 2012.

4. M. Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Feltrinelli, 2013, p. 16.

legge delega Madia (che introduce il gravissimo silenzio-assenso tra amministrazioni: il quale, in presenza di una struttura di tutela a bella posta debilitata fino al collasso, sarà il vero cavallo di Troia del sacco di ciò che resta del paesaggio italiano; e che prevede la confluenza delle soprintendenze in uffici territoriali dello Stato diretti dai prefetti, facendo così saltare ogni contrappeso tecnico al potere esecutivo), l'annuncio rilassamento della legislazione sull'esportazione delle opere d'arte (pubblicamente concordato con le associazioni dei mercanti d'arte). Fedele al suo programma "culturale" («padroni in casa propria»: che dopo esser stato il motto della Legge Obiettivo di Berlusconi nel 2001, è il *claim* ufficiale dello Sblocca Italia) il governo Renzi ha riportando indietro le lancette della tutela del patrimonio e del paesaggio: fino alla drammatica fase che non solo precede l'articolo 9 della Costituzione repubblicana, ma anche le Leggi Bottai del 1939 e perfino la Legge Rosadi del 1909.

Accanto a tutto questo, la "riforma" del sistema della tutela. Questa radicale riforma, attuata dal ministro Dario Franceschini senza mai passare attraverso il vaglio delle Camere, si basa su un principio semplice, anzi brutale: separare la *good company* dei musei (quelli che rendono qualche soldo), dalla *bad company* delle odiose soprintendenze, avviate a grandi passi verso l'abolizione. Il resto (archivi, biblioteche, siti minori, patrimonio diffuso) è semplicemente abbandonato a se stesso: avvenga quel che può.

Il progetto sui musei è chiaro: la messa a reddito selvaggia, la trasformazione in un *luna park* per ricchi. A Palazzo Pitti si fanno gli addii al celibato privati dei milionari; a Brera 50 tavole (tra cui un Piero della Francesca) si cretano mentre tutte le porte sono spalancate ad un clima polare perché si deve allestire una sfilata di Trussardi; la Galleria Borghese presta tredici opere delicatissime ad una grande fiera olandese di antiquariato per ricchi collezionisti; il Palazzo Ducale di Mantova è ridotto ad una fiera del mobile, e la Reggia di Caserta in un *outlet* di borse griffate. Il Colosseo si trasformerà in una *location* di eventi (esclusivi, ovviamente) e al Pantheon si impone il biglietto, mercificando un altro pezzo della città di tutti. E tutto questo circo per ricchi gira grazie ad uno schiavismo di massa: perché tutta la baracca è retta da una legione di precari, travestiti da volontari, che vanno avanti con 400 euro al mese, anche se hanno fior di lauree e dottorati di ricerca.

Tutto questo si giustifica invocando una parola chiave: la valorizzazione. Ma l'articolo 6, del Codice dei Beni Culturali, ha chiuso fermamente le porte ad una interpretazione economicistica della valorizzazione: «La valorizzazione consiste nell'esercizio delle

funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio [...] *al fine di promuovere lo sviluppo della cultura*». Questa importantissima clausola deriva dall'interpretazione sistematica e integrata dei due commi dell'articolo 9, una lettura preparata da alcune importanti sentenze della Corte costituzionale e quindi magistralmente messa a punto dal presidente Carlo Azeglio Ciampi nel maggio 2003 in quella che è forse, ad oggi, l'esegesi più profonda e autorevole dell'articolo 9: «L'identità nazionale degli italiani si basa sulla consapevolezza di essere custodi di un patrimonio culturale unitario che non ha eguali al mondo. Forse l'articolo più originale della nostra Costituzione repubblicana è proprio quell'articolo 9 che, infatti, trova poche analogie nelle Costituzioni di tutto il mondo: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione». La Costituzione ha espresso come principio giuridico quello che è scolpito nella coscienza di ogni italiano. La stessa connessione tra i due commi dell'articolo 9 è un tratto peculiare: sviluppo, ricerca, cultura, patrimonio formano un tutto inscindibile. Anche la tutela, dunque, deve essere concepita non in senso di passiva protezione, ma in senso attivo, e cioè in funzione della cultura dei cittadini, deve rendere questo patrimonio fruibile da tutti. Se ci riflettiamo più a fondo, la presenza dell'articolo 9 tra i principi fondamentali della nostra comunità offre una indicazione importante sulla missione della nostra Patria, su un modo di pensare e di vivere al quale vogliamo, dobbiamo essere fedeli. La cultura e il patrimonio artistico devono essere gestiti bene perché siano effettivamente a disposizione di tutti, oggi e domani per tutte le generazioni. La doverosa economicità della gestione dei beni culturali, la sua efficienza, non sono l'obiettivo della promozione della cultura, ma un mezzo utile per la loro conservazione e diffusione. Lo ha detto chiaramente la Corte costituzionale in una sentenza del 1986, quando ha indicato la «primarietà del valore estetico-culturale che non può essere subordinato ad altri valori, ivi compresi quelli economici» e anzi indica che la stessa economia si deve ispirare alla cultura, come sigillo della sua italianità. La promozione della conoscenza, la tutela del patrimonio artistico non sono dunque una attività fra altre per la Repubblica, ma una delle sue missioni più proprie, pubblica e inalienabile per dettato costituzionale e per volontà di una identità millenaria»⁵.

Non c'era dunque alcun bisogno di inventare la «valorizzazione»: la «connessione tra i due commi

5. www.quirinale.it/qrnw/statico/ex-presidenti/Ciampi/dinamico/discorso.asp?id=22144.

dell'articolo 9» bastava a chiarire che la Repubblica tutela il patrimonio attraverso la conoscenza, la cultura e la ricerca scientifica e tecnica, e tutela il patrimonio in quanto, a sua volta, generatore di conoscenza, cultura, ricerca. In una parola: di cittadinanza.

In gioco non c'è la dignità dell'arte, ma la nostra capacità di cambiare il mondo. Il patrimonio culturale è una finestra attraverso la quale possiamo capire che è esistito un passato diverso, e che dunque sarà possibile anche un futuro diverso. Ma se lo trasformiamo nell'ennesimo specchio in cui far riflettere il nostro presente ridotto ad un'unica dimensione, quella economica, abbiamo fatto ammalare la medicina, abbiamo avvelenato l'antidoto. Se il patrimonio non produce conoscenza diffusa, ma lusso per pochi basato sullo schiavismo, davvero non abbiamo più motivi per mantenerlo con le tasse di tutti: non serve più al progetto della Costituzione, che è «il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3).

Il progetto sulla tutela, invece, è stato chiarito dall'allora ministro per le Riforme costituzionali Maria Elena Boschi. Dialogando amabilmente con Matteo Salvini in diretta televisiva⁶, l'allora ministra per le riforme ha candidamente ammesso: «io sono d'accordo diminuiamo le soprintendenze, lo sta facendo il ministro Franceschini. Aboliamole, d'accordo». Ecco la verità. Renzi l'aveva scritto, in un suo libro: «soprintendente è la parola più brutta del vocabolario della democrazia». Detto fatto: ora chi vuole cementificare, distruggere, esportare clandestinamente, saccheggiare necropoli ha la strada spianata.

Peccato che il terremoto abbia svelato prima del tempo che non c'è più nessuna tutela del patrimonio. Pochi giorni fa un collega storico dell'arte mi ha scritto sconvolto, dopo aver camminato a lungo tra le rovine di Camerino, che il nostro patrimonio è stato abbandonato da «... un Ministero drammaticamente sprovvisto di mezzi e di persone. Al di là della facile propaganda e delle narrazioni rassicuranti sono i crolli stessi degli edifici, uno dopo l'altro, a raccontare un'altra storia». E i cittadini rimasti ad Amatrice hanno scritto a Franceschini una lettera straziante e durissima, ovviamente ignorata dai giornali che alimentano la narrazione della ricostruzione: «Ma Lei, signor Ministro, si rende conto della situazione che stiamo vivendo? Si rende conto che insieme ai monumenti di Amatrice stiamo perdendo, come Italiani, un pezzo della nostra storia, che stiamo perdendo un pezzo dell'Italia, non avendo intrapreso se non in minima parte quelle azioni che ne avrebbero salvato almeno una parte?».

Se provassimo a considerare, anche solo per un attimo, il paesaggio e il patrimonio come un unico, indissolubile, bene comune, la strada da imboccare sarebbe quella diametralmente opposta. Nel 1971 Giovanni Urbani aveva indicato questa via: «l'essenza vera del problema, in Italia, è riuscire a inscrivere in uno stesso disegno scientifico e organizzativo la tutela del patrimonio naturale e del patrimonio culturale⁷. Poche, chiarissime parole che traducevano in programma operativo e concreto l'articolo 9 della Costituzione, collegandone i due commi (quello in cui la Repubblica promuove «la ricerca scientifica e tecnica», e quello dove la stessa Repubblica «tutela il paesaggio e il patrimonio») in una conservazione programmata, operata su basi scientifiche e su scala ambientale. E la rivoluzione che prospettava Urbani non era utopica, idealistica, donchisciottesca: al contrario, era – è – concreta, pratica, realistica. Ad abbracciarla, per intendersi, non avremmo speso: avremmo risparmiato. Risparmiato in vite umane, ambiente e paesaggio, patrimonio artistico, denaro.

E siamo ancora in tempo. Potremmo, per esempio, creare un unico Ministero per l'ambiente e per il patrimonio storico e artistico: e tornare a farne una leva dello sviluppo del nostro Paese. Dello sviluppo culturale, morale, civile, umano.

E la tutela dovrebbe essere affidata ad una soprintendenza intesa come una vera magistratura del territorio e del patrimonio storico e artistico. Indipendente dal potere politico. Ad essere finanziato dovrebbe essere il bilancio ordinario della tutela: e i governi dovrebbero rinunciare alle misure propagandistiche e clientelari dei miliardi di euro a pioggia su siti già ricchi, elargiti mentre il patrimonio diffuso (cioè il 90% del patrimonio), e le biblioteche e gli archivi muoiono, inesorabilmente, di fame e di sete.

Governare insieme il bene comune finito del territorio con ciò che quel territorio ha modificato in meglio (il patrimonio culturale) significherebbe prendere atto della realtà.

Perché in Italia l'arte non bisogna andarsela a cercare. Non è un passatempo a pagamento, lo svago dei ricchi la domenica pomeriggio. No, l'arte è un fatto ambientale. Quasi tutti ci sbattiamo la faccia ogni giorno: uscendo di casa, andando al lavoro, passeggiando. Perfino all'italiano su cinque che ormai vive in periferie, o in non-luoghi che nulla hanno a che fare con la nostra storia, capita di incontrarla: anche solo facendo documenti nel palazzo comunale, o camminando in campagna.

Possiamo decidere di vederla o non vederla, capirla o non capirla, amarla o essere indifferenti. Ma

6. Programma televisione di Rai Uno, *Porta a Porta*, del 16 novembre 2016.

7. In G. Urbani, *Per una archeologia del presente. Scritti sull'arte contemporanea*, a cura di B. Zanardi, Skira, Milano, 2012, p. 242.

non uscirà in nessun caso dalla nostra esperienza. Capirla vuol dire capire il nostro Paese, noi stessi, il nostro futuro. Non capirla significa perdere un'occasione preziosa per cambiare la nostra vita.

In America l'arte del passato è una rarissima mela conservata nel congelatore di lusso che è il museo. In Italia, invece, è una mela viva, attaccata al ramo del suo albero. E in Italia l'albero, e ancor più l'insieme degli alberi, è più importante delle singole mele, o della somma delle mele. In altre parole, l'arte non è mai solo la singola opera, il preteso «capolavoro assoluto»: l'arte è la relazione tra le opere. Lo ha scritto meglio di tutti Roberto Longhi, nel 1950: «L'opera d'arte, dal vaso dell'artigiano greco alla Volta Sistina è sempre un capolavoro squisitamente "relativo". L'opera non sta mai sola, è sempre un rapporto. Per cominciare: almeno un rapporto con un'altra opera d'arte. Un'opera sola al mondo non sarebbe neppure intesa come produzione umana, ma guardata con riverenza o con orrore, come magia, come tabù, come opera di Dio o dello stregone, non dell'uomo. E s'è già troppo sofferto del mito degli artisti divini e divinissimi, invece che semplicemente umani»⁸.

Prima di Longhi l'aveva detto Antoine Quatremère de Quincy, che alla fine del Settecento cercò di spiegare ai suoi connazionali perché l'idea grandiosa di Napoleone di portare al Louvre il meglio dell'arte europea rischiava di distruggere l'arte italiana: «Il vero museo di Roma, quello di cui parlo, si compone, è vero, di statue, di colossi, di templi, di obelischi, di colonne trionfali, di terme, di circhi, di anfiteatri, di archi di trionfo, di tombe, di stucchi, di affreschi, di bassorilievi, d'iscrizioni, di frammenti d'ornamenti, di materiali da costruzione, di mobili, d'utensili: ma nondimeno è composto dai luoghi, dai siti, dalle montagne, dalle strade, dalle vie antiche, dalle rispettive posizioni delle città in rovina, dai rapporti geografici, dalle relazioni tra tutti gli oggetti, dai ricordi, dalle tradizioni locali, dagli usi ancora esistenti, dai paragoni e dai confronti che non si possono fare se non nel Paese stesso. [...] Il Paese stesso è il museo. [...] Senza dubbio non crederete che si possano imballare le vedute di Roma!»⁹.

E davvero non possiamo crederlo: nonostante il martellamento del *marketing*. Perché è il contesto il vero, inarrivabile, capolavoro dell'arte italiana. Il tessuto continuo di natura e arte, figure e parole, storia e idee che ci avvolge e ci dà forma anche se non lo comprendiamo. L'arte è una cosa sola con l'ambiente: come la carne e la pelle di un corpo, che è il territorio del nostro Paese. Non esiste, in Italia, un «ambiente» senza arte: e un'arte senza il suo ambiente non sarebbe com-

prensibile, anzi non sarebbe nemmeno concepibile. Ce ne accorgiamo quando rischiamo di perderli entrambi, e per sempre: in Val di Susa come in Campania, dove nel giro di pochi metri le regge borboniche vengono devastate e saccheggiate, e le discariche distruggono il paesaggio e avvelenano la terra, infiltrando le falde e uccidendo le persone. O ancora a Venezia, dove il giro d'affari delle Grandi Navi induce a non porre rimedio ai gravissimi danni, attuali e potenziali, inflitti ai cittadini, ai monumenti, alla Laguna.

Dunque, il Ministero del paesaggio e del patrimonio culturale dovrebbe essere reimmaginato come un Ministero dei diritti della persona: come quello della Salute, come quello dell'Istruzione. Un ministero che lavori per garantire l'accesso di ogni cittadino al patrimonio: innanzitutto l'accesso materiale (gratuito), ma soprattutto quello conoscitivo, intellettuale, culturale. Un Ministero per il pieno sviluppo della Persona umana (art. 3 Cost.). E, dunque, un Ministero per la cittadinanza, per l'inclusione, per la partecipazione: per la democrazia.

Accanto ai diritti esistono naturalmente dei doveri: ed è vitale che gli italiani non si sottraggano ai loro doveri nei confronti del patrimonio. Neanche questi, in verità, sono doveri verso le «cose», ma verso altri cittadini. Verso i nostri padri che ci hanno lasciato questa straordinaria eredità, verso i nostri figli cui dovremo lasciarla quando verrà il momento. E verso tutta l'umanità, in nome e per conto della quale custodiamo il paesaggio e il patrimonio italiani.

Questo dovere si traduce, in pratica, nella condizione principale della cittadinanza: pagare le tasse. Un italiano che non paga le tasse non solo concorre a caricare i suoi concittadini onesti di un peso fiscale ormai intollerabile, non solo compromette e mina la sanità e l'istruzione pubblica, ma condanna a morte il patrimonio artistico. Proprio come in Italia, anche negli Stati Uniti è sostanzialmente lo Stato a mantenere i musei: ma là può permettersi di farlo indirettamente, cioè defiscalizzando le donazioni culturali individuali. E questa possibilità, che tanto di più coinvolgerebbe i cittadini nella conservazione, è frutto dell'inflessibilità con cui in America si pretende e si ottiene la fedeltà fiscale.

Ma non è solo un problema di politica economica. È, assai prima, un problema culturale.

È gran tempo che non si vede un programma politico che associ il patrimonio al concetto di cittadinanza, all'integrazione, alla civilizzazione e all'educazione. Ed è questo un non piccolo sintomo dello scollamento tra cittadinanza attiva e classe dirigente.

8. R. Longhi, *Proposte per una critica d'arte* [1950], in *Opere complete*, XIII, *Critica d'arte e buongoverno*, Sansoni, Firenze, 1985, pp. 17-18.

9. Antoine Quatremère de Quincy, *Lettere a Miranda* [1796], a cura di Michela Scolaro, Minerva, Bologna, 2002, pp. 182-183, 195, 198.

Negli ultimi dieci anni sono, infatti, sorti in Italia migliaia di comitati che si potrebbero intitolare all'articolo 9, e che agiscono per tutelare, conoscere e rendere socialmente produttive le porzioni di paesaggio e patrimonio ad essi prossimo. È una potente e diffusa riappropriazione dal basso, una risemantizzazione democratica di brani sempre crescenti dell'ambiente e dei cosiddetti beni culturali del Paese. Si tratta di un fenomeno che stenta ad essere rappresentato mediaticamente, e che non è rappresentato affatto sul piano politico. Ma è un movimento importante, che ravvisa in ciò che l'articolo 9 tutela un indispensabile "ossigeno" per la vita individuale e per la vita collettiva: un ossigeno che dà la forza di superare la condizione puramente economica ed utilitaristica che opprime le esistenze contemporanee.

In questa prospettiva è fondamentale prendere coscienza del fatto che la tutela non è un fine in sé: il fine è la conoscenza. Una conoscenza diffusa, democratica, accessibile: ma che per essere davvero conoscenza

deve essere fondata sul rinnovamento continuo della ricerca. Ai monopoli della rendita del petrolio devono sostituirsi le aperture di un'economia della conoscenza. Il nostro patrimonio è composto al 90% da beni che sono inappetibili agli *sponsors* e ai privati che vogliono fare *business*, ma che invece potrebbero tornare ad essere aperti e inseriti nel circuito sociali: per esempio affidandoli a cooperative di giovani storici dell'arte o archeologi, attraverso un capillare programma di convenzioni e accordi tra le università e le soprintendenze.

La nostra giusta ossessione di rimanere una Nazione ricca non può cancellare una domanda di fondo: essere ricchi è ancora un mezzo, o è diventato l'unico fine? Siamo abituati a calcolare con grande attenzione il ritorno di ogni nostro investimento: ebbene, oggi dobbiamo decidere se rimanere umani e civili è un ritorno sufficiente.

Perché se è vero che avremmo bisogno di "petrolio", non c'è dubbio che non possiamo fare a meno dell'ossigeno.

Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa

di Alessandra Quarta

Il saggio si propone di indagare le analogie e le differenze che esistono tra la categoria dei beni comuni e quella dei beni oggetto della condivisione. Quest'ultima sta emergendo anche nel discorso giuridico, in parallelo alla grande diffusione dell'economia collaborativa, e presenta molti elementi che consentirebbero di associarla all'idea dei *commons*. Lo studio, che si sviluppa a partire dall'analisi delle caratteristiche delle cose e quindi dallo statuto dei beni, ricostruisce il contesto giuridico in cui le categorie in esame si sono sviluppate per capire come esse possono contribuire da una parte a fondare una teoria dei beni finalmente libera dal soggetto e, dall'altra, a disegnare nuove forme di appartenenza.

1. Per un inquadramento del problema

Lo studio delle cose e delle loro diverse caratteristiche consente di recuperare uno sguardo d'insieme sull'idea di appartenenza, categoria generale che comprende il diritto di proprietà, uno tra i diversi modi di possedere¹. Come già avevano intuito Filippo Vassalli², Enrico Finzi³ e Salvatore Pugliatti⁴, la declinazione al singolare dell'istituto proprietario si rivela insufficiente, ragion per cui occorre recuperarne la pluralità delle manifestazioni a partire dalla descrizione delle cose. In questo senso, la nozione di bene non soltanto designa gli oggetti della proprietà e del

possesso, ma è anche rappresentativa di una scelta politica molto importante che si sostanzia nel distinguere le cose che appartengono a qualcuno da quelle che non possono appartenere a nessuno e che quindi sono in comunione tra tutti⁵. Per questo, sarebbe opportuno definire l'estensione dell'istituto partendo dai beni che possono essere oggetto di proprietà.

Non stupisce, pertanto, che una nuova riflessione sulla legittimità delle regole proprietarie sia stata alimentata proprio dall'emersione dei beni comuni, intesi come le cose – di titolarità pubblica o privata – che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo delle persone, da tutelare anche in favore delle generazioni future⁶. I beni

1. P. Grossi, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977. Gambaro descrive quattro diverse forme dell'appartenenza: riserva; appartenenze collettive; beni pubblici a uso collettivo (v. A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 14-21).

2. V. la Relazione di Filippo Vassalli al primo convegno del Comitato giuridico italo-germanico (Roma, 21-25 giugno 1938), riportata da A. Somma in *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt am Main, 2005.

3. E. Finzi, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio giuridico*, LXXXIX, 1923, pp. 52 ss.

4. S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1964.

5. A. Gambaro, *La proprietà*, cit., pp. 5 ss.

6. S. Rodotà, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Questione Giustizia*, ed. cartacea, F. Angeli editore, Milano, N. 5/2011, pp. 237-247; U. Mattei, *Beni Comuni. Un Manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011; M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico*

comuni hanno consentito il superamento di una concezione classica in base alla quale i beni «non possono aspirare a un ruolo maggiore di quello che il piedistallo ha per una statua» e sono «realità senza qualità»⁷. La nozione, inoltre, non ha soltanto avuto la capacità di sostanziare la rottura degli argini che separavano pubblico e privato, ma ha connesso lo studio dell'appartenenza all'analisi dei bisogni (umani e non umani) e, anche per questo, ha aperto una breccia politica⁸.

Come molti concetti dotati di capacità evocativa, i beni comuni sono stati oggetto di contesa, non solo interpretativa, anche in forza della loro attitudine a essere significante vuoto⁹ e a generare nuove forme di aggregazione. Da un punto di vista giuridico, la categoria si è certamente slabbrata, portando molti a chiedersi che cosa davvero siano i beni comuni se essi possono comprendere l'acqua, i parchi, la sanità e il diritto alla casa¹⁰; ciononostante, questo allargamento è stato complessivamente arricchente, nella misura in cui esso ha consentito di riflettere sulla legittimità e sulla qualità della gestione pubblica e della proprietà privata alla luce dei bisogni più urgenti e delle contraddizioni più evidenti, mettendo al centro la dimensione relazionale e condivisa dell'uso delle risorse, da interpretarsi in modo ecologico e qualitativamente responsabile¹¹, e guidata dal principio dell'accesso.

A quasi dieci anni dalla *Commissione Rodotà* la nozione di beni comuni deve essere inserita in un contesto politico ed economico in cui la cooperazione sociale ha anche dato gambe alla cd. economia colla-

borativa¹². In questo nuovo modello di produzione, un soggetto condivide un bene che gli appartiene con un altro che ha solo un interesse a usarlo temporaneamente e non ad acquistarne la proprietà. Funzionano secondo questa descrizione, le banche del tempo, le locazioni che i privati possono concludere sulla piattaforma di Airbnb e i contratti di trasporto che nascono tra viaggiatori che si incontrano sul sito BlaBlaCar.

Una prima analisi del fenomeno dell'economia collaborativa mette in evidenza alcuni elementi che i beni oggetto di questo nuovo modello economico e i beni comuni sembrano condividere: l'indifferenza rispetto a un titolo proprietario; l'importanza della definizione di regole di gestione che consentano di far convivere usi diversi; l'accesso dei *non possidentes*; e – da ultimo – la capacità di istituire legami sociali.

Vale la pena di soffermarsi su queste qualificazioni, al fine di verificare quali siano i presupposti per considerare un bene condivisibile e le analogie tra due categorie che, certamente, manifestano l'urgenza di insistere sulla creazione di una teoria dei beni che assolva il compito di compensare l'eccessivo protagonismo del soggetto nella teoria proprietaria.

2. I beni oggetto dell'economia collaborativa

Non vi è dubbio che l'economia collaborativa sia emersa come nuovo modello di produzione, distribu-

e il privato, Ombre corte, Verona, 2012; si consenta il rinvio anche a Quarta A., Spanò M. (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Mimesis, Milano-Udine, 2016. Si v. anche L. Nivarra, *Quattro usi di "beni comuni" per una buona discussione*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, pp. 43-64, 2016.

7. P. Grossi, *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4, 2012, pp. 1059 ss.

8. U. Mattei, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Einaudi, Torino, 2015.

9. Il lessico è quello di Ernesto Laclau; vd. V. Rosito, M. Spanò, *I soggetti e i poteri. Introduzione alla filosofia sociale contemporanea*, Carocci, Roma 2013, pp. 149 ss.

10. La *Commissione Rodotà* aveva fornito, nella sua proposta di schema di legge delega per la riforma della parte dedicata ai beni pubblici nel codice civile (artt. 822-830), un elenco di natura non tassativa di beni comuni; si trattava perlopiù di beni facenti parte del patrimonio naturale e culturale (ne fanno parte i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi; le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. I limiti della delega ministeriale ricevuta dalla Commissione hanno, senza dubbio, influito sulle scelte definitorie che, comunque, dovevano essere idonee a modificare utilmente il codice civile. Si può dunque comprendere lo spaesamento che il giurista deve affrontare maneggiando una nozione che si è anche caricata di un significato politico, sebbene ogni nozione giuridica sia, in definitiva, caratterizzata da un forte carica ideologica.

11. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. 83.

12. Questa espressione ha il merito di «raccolgere e caratterizzare più declinazioni empiriche del fenomeno in questione», senza però esprimere quei «significati specifici (e spesso valoriali)» veicolati dalla formula *sharing economy* che, in ogni caso, è sovente utilizzata come un sinonimo di economia collaborativa. Sono numerose le espressioni coniate per indicare questo nuovo modello economico: ciascuna di queste si concentra su un aspetto diverso: *peer economy*, *collaborative economy*, *collaborative consumption* etc. Su questo profilo si v. G. Spedicato, *Peer, Social e Common-Based Production di opere dell'ingegno in ambito digitale: le avventure dello ius excludendi tra nuovi modelli di produzione economica e (nuovi?) interessi emergenti*, *Cyberspazio e Diritto*, 2010, pp. 75-110.

zione e consumo negli anni della crisi economica, sintetizzando tensioni di natura diversa¹³. Da una parte, vi è stata l'invenzione di nuove prassi di circolazione di beni e fornitura di servizi, capaci di mettere a valore beni di proprietà e di creare nuove forme di reddito. Automobili poco utilizzate e appartamenti vuoti o semi-vuoti sono diventati risorse da immettere in un mercato di secondo livello che, a differenza di quello basato sullo scambio di beni usati, può funzionare senza il trasferimento della proprietà, grazie all'uso condiviso.

Queste pratiche hanno potuto beneficiare delle potenzialità della rete, in cui un piccolo business privato riesce ad assumere ambizione globale con un solo click, aumentando il pubblico di riferimento e il bacino dei potenziali utenti. L'intermediazione di piattaforme digitali ha segnalato una nuova trasformazione del mercato – ed ecco un'altra tensione –, in cui sono emersi attori capaci di estrarre valore dal contatto (sociale benché virtuale, almeno in una prima fase del rapporto) tra i soggetti intenzionati a condividere.

Il panorama dell'economia collaborativa è dunque dominato da figure di natura diversa, le imprese delle piattaforme digitali e i *peers* – i privati disposti a condividere, che agiscono mossi da motivi diversi: tanto basta a segnalare la presenza di un *coté* soggettivo piuttosto ingombrante in questa nuova articolazione di scambi e transazioni, che è idonea ad aprire una breccia nello studio del contratto e nella teoria della circolazione dei beni.

A fronte di questa prospettiva soggettiva, della trasformazione economica e della ricerca di soluzioni private per rispondere alla crisi, vi è una dimensione oggettiva che rende possibile l'economia collaborativa. Infatti, se è vero che la condivisione deve essere voluta e governata dai privati che la realizzano, è altresì necessario che la risorsa su cui essa insiste possa sopportare usi diversi, anche simultanei. Per esplorare la dimensione oggettiva, ancora una volta, bisogna partire dalle caratteristiche delle cose, perché non sarebbe sufficiente evocare la dimensione dell'accordo tra le parti volto a distribuire poteri proprietari o una comunione delle risorse. Si riparte, insomma, dallo statuto dei beni.

Seguendo questa linea di ragionamento, è possibile sostenere che il presupposto essenziale per lo sviluppo dell'economia collaborativa sia, nella sua

qualificazione oggettiva, l'esistenza di numerosi beni di uso quotidiano, largamente diffusi tra i cittadini consumatori. Si tratta di un assunto facilmente comprensibile ed è sufficiente evocare il fenomeno del consumo di massa o l'immagine imponente della scaffalatura dei supermercati. Le vetrine dei negozi che affacciano sulla strada, con le merci esposte al pubblico, e l'invenzione del carrello per la spesa rappresentano probabilmente i simboli più evocativi del desiderio e della democratizzazione del consumo¹⁴.

L'accumulo di beni è reso possibile anche dall'accessibilità (a volte assoluta, altre relativa) del loro prezzo e, pertanto, il loro acquisto può essere deciso anche a fronte di un uso limitato e di uno sfruttamento contenuto delle loro funzionalità, considerato che i beni producono utilità (e cioè: soddisfano bisogni umani) non secondo un flusso continuo, ma secondo blocchi distribuiti nel tempo¹⁵. L'esempio che consente di spiegare al meglio questa affermazione è quello dell'acquisto di un trapano per lo svolgimento di lavori domestici: l'utensile è usato in pochissime occasioni e poi messo via, per restare inutilizzato per periodi anche molto lunghi. Non è un caso che le prime pratiche di condivisione dei beni abbiano assunto la forma delle c.d. *tool libraries*, biblioteche di attrezzi, organizzate di solito a livello di quartiere, in cui è possibile prendere in prestito utensili che si userebbero soltanto una volta.

La condivisione, in altre parole, è resa possibile dalle capacità in eccesso di un bene non usato che, soddisfacendo soltanto per brevi periodi i bisogni del suo proprietario può essere messo a disposizione di altri, a cui quel bene serve e può quindi essere utile. Così, quando si viaggia da soli in auto, è possibile condividere i posti vuoti con altri passeggeri che intendano percorrere lo stesso tragitto; allo stesso modo, si può mettere a disposizione di terzi il parcheggio privato che rimane inutilizzato quando si è via per diverse ore durante la giornata o per un periodo di vacanza, così come si può condividere una stanza vuota del proprio appartamento.

Nella descrizione dei beni oggetto della condivisione emerge un elemento inusuale, ossia la loro *capacità*, con cui si indica che un bene è idoneo a esaudire pretese di natura diversa. La paternità di questo concetto appartiene a Yochai Benkler¹⁶, mentre la sua

13. Si permetta il rinvio a A. Quarta, *Privati della cooperazione. Beni comuni e sharing economy* in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Mimesis, Milano-Udine, 2016, p. 87.

14. R. Bodei, *La vita delle cose*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

15. G. Smorto, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2015, p. 250.

16. Y. Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *The Yale Law Journal*, 2004-2005, pp. 306-310.

inusualità è dovuta al fatto che la teoria giuridica dei beni ricorre normalmente al concetto di utilità per descrivere le cose oggetto di diritto¹⁷.

3. Utilità, capacità, appartenenza. Nuovi spunti per la teoria dei beni

Vale la pena di soffermarsi su questo profilo perché, prima di segnare il punto di divergenza che separa beni comuni e beni oggetto di condivisione, è opportuno mettere in evidenza un elemento che è emerso dallo studio dei secondi ed è certamente valido non soltanto per aggiornare la definizione di beni comuni, ma anche per contribuire proficuamente a una riflessione generale sul concetto di bene. Quest'ultimo, infatti, è fortemente legato all'idea di utilità, la quale sta a indicare quel fattore che aziona la macchina della qualificazione giuridica e della tutela; si è già detto sopra, seppur frettolosamente, che l'utilità richiama la soddisfazione di un bisogno umano: essa, pertanto si collega a una variante umana, a una prospettiva soggettiva indicata dalla percezione del bisogno.

La riflessione porta nuovamente l'interprete a verificare le proprie ipotesi alla luce della trasformazione dei consumi e dei messaggi pubblicitari: per questa via, i bisogni possono essere essenziali oppure effimeri, legati alla soddisfazione di meri piaceri e non di necessità fondamentali, indotti dal mercato. In altre parole, lungi dal voler assumere un atteggiamento catoniano, la questione rilevante è che la definizione di utilità è sempre rimessa alla valutazione del soggetto e così essa rimette in gioco nel campo dell'appartenenza proprio quell'elemento che si tentava di espungere per rafforzare una dimensione oggettiva dell'istituto, ossia il soggetto con le sue valutazioni, razionali o capricciose.

In questo senso, la nozione di capacità, rifacendosi direttamente alle caratteristiche delle cose, riesce a rappresentare in maniera originale le istanze di una teoria dei beni che intenda occupare uno spazio autonomo e influenzare la liberazione del paradigma della proprietà privata dal dominio del soggetto e dell'esercizio delle sue libertà. I beni, in altre parole, possono

obbligare il modello dominicale a confrontarsi con la concretezza della realtà, con le sue variabili e con le scelte in materia di governo delle relazioni economiche che poi conformano le situazioni dominicali¹⁸: per questa ragione, l'ambizione deve anche essere semantica, il superamento dei paradigmi deve investire persino le definizioni utilizzate.

La sequenza 'capacità - utilità - forme dell'appartenenza' esprime le potenzialità dei beni in maniera più chiara per tutti gli attori del sistema: al proprietario, prima di tutto, il quale nella pratica interpreta il diritto di proprietà in chiave inclusiva, dosando il suo diritto di escludere¹⁹; all'utilizzatore, che potrà avere comportamenti economici ed ecologici più razionali; allo studioso di queste dinamiche, che ricorrerà all'utilità che si incardina sulle risorse prodotte dalle cose sapendo che ciò è reso possibile da una relazione tutta oggettiva, perché autorizzata dalla capacità in eccesso delle cose.

4. Statuto dei beni e cooperazione sociale: dalle cose alle forme di organizzazione

Al tema dei beni comuni non è stata dedicata una particolare attenzione da parte della ricerca socio-politica italiana²⁰: manca, in altre parole, una riflessione analitica volta a inquadrare, da una parte, le ragioni della diffusione di un "messaggio benicomunista" nelle pratiche politiche²¹ e, dall'altra, i motivi alla base di una forma di civismo, diretto alla difesa e alla cura di determinate risorse, che ha utilizzato la cornice dei beni comuni. Mancano quindi degli elementi per completare una valutazione antropologica, sostenuta da indagini empiriche, delle ragioni del successo dei beni comuni. Queste lacune lasciano il giurista disarmato di fronte a proposte interpretative che mettono l'accento sull'emersione di una sorta di *civiltà dell'empatia*, in cui l'individuo acquista una nuova consapevolezza rispetto al suo stare nella società, riscoprendo i meccanismi di solidarietà e di condivisione. Egli diventa *homo empaticus*, un soggetto capace di apprezzare il valore

17. Ho sviluppato questo ragionamento in *Utilità, capacità, bisogni. Sulla fenomenologia dei beni* in U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti, C. Marchetti (a cura di), *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, pp. 791-810 (in corso di pubblicazione).

18. U. Mattei, *La proprietà* in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2015².

19. D.B. Kelly, *The Right to Include*, in *Emory Law Journal*, 63, 2014, pp. 857-924.

20. C. Donolo, *I beni comuni e l'episteme repubblica*, in *Politica & Società*, n. 3, 2013, p. 382.

21. U. Mattei, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Einaudi, Torino, 2015.

profondo dell'aiuto reciproco e di «riconoscere la natura temporanea della nostra esistenza, celebrando incessantemente la lotta per vivere e prosperare in questo mondo imperfetto»²². Questa lettura è oggi spesso ripresa dagli studiosi della *sharing economy*, i quali mettono in evidenza le virtù della cooperazione e della condivisione, rilanciate dalla presa di coscienza di un individuo le cui certezze del *produci-consuma-crepa* si sono infrante sullo scoglio della crisi economica del 2008²³. Essa tuttavia, almeno ad avviso di chi scrive, non risulta particolarmente convincente, componendo «un affresco forse troppo ambizioso e non privo di accenti utopici»²⁴.

La cooperazione sociale e i meccanismi della solidarietà²⁵ chiedono senza dubbio al giurista un'analisi che, abbandonati gli schemi dell'individualismo possessivo, sappia ri-costruire, interpretandoli, paradigmi capaci di spiegare pratiche di scambio che possono stare fuori dal mercato e dalle logiche dell'accumulazione della ricchezza. Tra questi, soprattutto quelli del diritto civile – proprietà, contratto e responsabilità civile *in primis* – sono interessati da smottamenti consistenti a dieci anni dalla crisi economica²⁶.

Ciononostante, nelle pratiche dell'economia collaborativa la dimensione del valore di scambio continua a essere protagonista a ogni livello delle interazioni sociali: tra i pari, che cercano forme minime o integrative di reddito; per le piattaforme, che a partire dalle capacità inesprese di beni privati e dai legami sociali hanno costruito nuovi mercati e nuove forme di business. Da questa visuale, inizia a emergere la differenza tra i beni che possono essere condivisi e i beni comuni, all'insegna di un'analisi che non sacrifica sull'altare della ricerca ontologica elementi del contesto politico, sociale ed economico, tutti essenziali per interpretare il sistema in cui viviamo.

E allora, accettando la complessità, è la stessa separazione tra soggetto-oggetto, valore d'uso-valore di

scambio che rende i beni comuni una categoria diversa dai beni della condivisione.

In effetti, i beni comuni possono essere descritti attraverso una immagine circolare: una comunità può individuare un bene che consente la soddisfazione di suoi bisogni e decidere di prendersene cura; d'altra parte, è il lavoro collettivo sul bene comune e per il bene comune – e quindi: la stessa cooperazione sociale – a creare la comunità, cementando legami sociali. Secondo alcuni autori, questa capacità di generare e rinsaldare i gruppi sociali è genericamente propria degli *shareable goods*, non necessariamente tutti tangibili (si pensi alla forza delle tradizioni e della cultura popolare)²⁷ ma, per quel che ci riguarda, il ragionamento non può essere esteso ai beni oggetto dell'economia collaborativa quando questi sono l'oggetto di rapporti privati mediati da una piattaforma digitale. Il motivo, già emerso tra le righe, è – da un punto di vista teorico – la preponderanza del valore di scambio, mentre non ci sono evidenze empiriche che dopo il primo contatto mediato dalla piattaforma, i pari disposti a condividere beni e servizi instaurino dei legami sociali non orientati al solo scambio.

Da questo punto di vista i beni comuni sono più pericolosi dei beni oggetto della condivisione perché hanno bisogno di processi collettivi: essi sventolano la bandiera del gruppo, e quindi l'insegna simbolica di tutti i problemi connessi alla sua organizzazione: l'ingresso e l'abbandono della comunità; i processi decisionali; i meccanismi di controllo, insomma tutti quei punti interrogativi che nel 1967 portarono Harold Demsetz a ritenere la *communal ownership* irrimediabilmente condannata al fallimento che, poi, sarebbe coinciso con l'assegnazione delle risorse in proprietà privata²⁸.

Nei beni oggetto della condivisione, invece, la comunità è quella globale della rete e, all'interno di questa, c'è la *community* degli utenti; questi, tuttavia, non si auto-governano nello spazio virtuale ma restano sot-

22. J. Rifkin, *La società a costo marginale zero*, tr. it., Mondadori, Milano, 2014, pp. 422-428.

23. Se è vero che la condivisione rappresenta una modalità dello scambio diversa dal mercato, va però detto che essa continua a trovare nella proprietà la sua struttura fondante; peraltro, il culto delle merci e il ruolo che esse ricoprono nell'immaginario consumeristico contemporaneo sopravvivono allo scambio cooperativo, dal momento che la preferenza nei confronti di quest'ultimo è soprattutto dettata da motivazioni economiche prima che politiche, etiche o ambientali. Su questi temi, v. A. Quarta, *Privati della cooperazione* in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, cit., pp. 85-99; Y. Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, cit., pp. 273-358; S. Moeller, K. Wittkowski, (2010), *The Burdens of Ownership: Reasons for Preferring Renting*, in *Managing Service Quality: An International Journal*, 20, 2010, pp. 176-191; F. Capeci, *Sharing economy italiana: chi, cosa, quanto... quando e dove?*, TNS Report, Milano, 2015.

24. E. Pulcini, *Beni comuni: un concetto "in progress"*, in *Politica & Società*, n. 3, 2013, p. 354.

25. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

26. Vedi U. Mattei, *Il diritto della crisi. Primi appunti*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Rispondere alla crisi. Comune, cooperazione sociale e diritto*, Ombre corte, Verona, 2017, pp. 145 ss.

27. W.J. Gordon, *Intellectual Property*, in *Oxford Handbook Of Legal Studies* 617, p. 644 (Peter Cane & Mark Tushnet eds., 2003).

toposti – utilizzando il linguaggio di Elinor Ostrom²⁹ – a una autorità di comando e controllo che è la piattaforma digitale. Le regole dei rapporti online, il controllo delle relazioni e, in molti casi, anche la risoluzione dei conflitti sono disciplinate dai termini e dalle condizioni del servizio, un contratto predisposto dalla piattaforma che, nella maggior parte dei casi, arriva a disciplinare persino i rapporti interprivati offline.

La qualità delle regole che la cooperazione sociale produce è, pertanto, molto diversa: nei beni comuni, la comunità di riferimento istituisce forme di *governance*, meccanismi in cui la regolazione del proprio corpo sociale non può essere scissa da quella che, più da vicino, riguarda l'oggetto. La frattura tra il soggetto e l'oggetto, ancora una volta, ancora su un altro piano, è ricomposta. L'economia collaborativa pone all'interprete altre sfide, non meno interessanti: negli accordi riconducibili a questo modello, i privati stanno cambiando i tipi contrattuali, colorando di nuove sfumature i loro elementi essenziali e accessori e, in definitiva, fondando nuove logiche dello scambio.

Beni comuni ed economia collaborativa, insomma, sollecitano riflessioni diverse, per aprire nuovi itinerari di studio nella teoria della proprietà e in quella del contratto. Questa distinzione non porta con sé nessun giudizio di valore, ma si limita a prendere atto di processi che, sempre più, diventano importanti. Se, infatti, i mercati abilitati dalle piattaforme digitali continuano a crescere e a moltiplicare il numero degli utenti, lo schema circolare proprio dei beni comuni e le forme di *governance* dei *commoners* sono oggi all'ordine del giorno delle numerose amministrazioni italiane che hanno adottato il c.d. regolamento dei beni comuni³⁰. Nuove comunità, nuove forme di auto-governo, altri modi di produzione: il Medioevo, insomma, è molto lontano.

5. Per concludere o, forse, per inaugurare una nuova fase

Nel discorso sui beni comuni e sui beni oggetto della condivisione, è facile notare come il diritto di

proprietà perda centralità, riducendosi quasi a una sorta di semplice involucro formale che contiene regole di governo delle capacità che gli stessi beni producono. Emerge nell'ambito della teoria dei beni e del diritto privato la categoria dell'accesso, la quale si oppone all'esclusione dominicale³¹.

Questa prerogativa gode di una straordinaria centralità, e l'interpretazione non ha mancato di trasformarla da mezzo per realizzare il rapporto tra cosa e individuo (*escludo per avere* e quindi godere e disporre del bene) a fine dell'istituto (*ho per escludere*). L'esclusione finisce così per incarnare l'essenza stessa del *dominium* e per diventare l'unico criterio che imposta le relazioni tra proprietario e non proprietario, impedendo a priori la possibilità di introdurre dei dispositivi di redistribuzione interprivata e autorizzando dunque la formazione di disuguaglianze. La condivisione raccoglie proprio questa sfida e ha l'ambizione di istituire una proprietà generativa³², fondata sull'accesso. Beni la cui scarsità era prima aumentata dall'esclusione idiosincratica, possono diventare l'oggetto di situazioni di appartenenza in forza del loro valore d'uso invece che del loro valore di scambio. L'accesso, pertanto, determina una valorizzazione sociale ed ecologica delle risorse e rompe la catena del valore determinata dalle relazioni capitalistiche. Esso non significa soltanto poter entrare in un luogo o sperimentare altre forme dell'appartenenza (a titolo di proprietà o di possesso o di detenzione), ma vuole anche dire coordinare interessi diversi, magari confliggenti, o inventare forme di gestione di beni diversi e nuove regole per gruppi e comunità.

Del resto, il diritto dei beni «rappresenta l'insieme delle tecniche mediante le quali le utilità delle cose vengono ripartite tra le persone, insieme che racchiude, ma non coincide con i tradizionali diritti reali, perché comprende anche le tecniche di organizzazione dei gruppi ai quali viene ascritta una situazione di appartenenza sui beni, tecniche le quali, appunto, servono a programmare la distribuzione delle utilità dei beni tra i soggetti partecipanti alla struttura organizzata sia essa una società lucrativa o

28. H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Right*, in *The American Economic Review*, 57, 2, 1967, pp. 354 ss.

29. E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006.

30. C. Angiolini, *Possibilità e limiti dei recenti regolamenti comunali in materia di beni comuni*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0*, cit., pp. 147-157.

31. Si consenta il rinvio a A. Quarta, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, ESI, Napoli, 2016.

32. U. Mattei, *La proprietà generativa in Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 95-103; per un approfondimento di questo tema e del processo che ha lasciato prevalere la proprietà estrattiva e a marginalizzare quella generativa v. F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, 2017.

una società mutualistica, una associazione non profit o altro ancora»³³. In questa cornice teorica, allora, i beni comuni chiedono l'individuazione di nuove forme di gestione, mentre i beni oggetto di condivisione chiedono strumenti per coordinare gli interessi privati, convergenti o contrapposti, da cui possono essere investiti.

Le due categorie di beni, pertanto, evocano un legame intenso tra proprietà e contratto, tra caratteristiche delle cose e forme dell'organizzazione dei gruppi: si tratta di relazioni pericolose per un diritto di esclusione eretto a dogma, e di legami sufficienti per poter disegnare nuove soluzioni di appartenenza.

33. A. Gambaro, *I beni* in *Trattato di diritto civile e commerciale* / già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo; continuato da Luigi Mengoni; [poi] già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, Luigi Mengoni; continuato da Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012, p. 2.

L'uso dello spazio urbano fra questione proprietaria e accesso alla giustizia

di Maria Rosaria Marella

Dopo aver richiamato le sfide che il riconoscimento dei beni comuni pone al diritto, evidenziandone i limiti, e aver tracciato il perimetro della loro rilevanza giuridica, l'articolo si concentra sullo spazio urbano considerato come bene comune nella sua interezza e complessità. La lettura dello spazio urbano come *commons* non è tuttavia neutra dal punto di vista giuridico; al contrario essa solleva questioni tanto complesse quanto delicate che impattano direttamente sulla nozione di proprietà che si assuma come vigente nel sistema attuale. La nozione di comune (e di spazio urbano come *commons*) diventa, infatti, la parola chiave di una strategia che si oppone alla sistematica appropriazione del valore prodotto collettivamente dalla cooperazione sociale. La teoria e le pratiche del comune, in virtù di una rilettura del principio della funzione sociale della proprietà condotta alla luce della centralità assunta nel sistema dai diritti fondamentali, sottendono la possibilità che la proprietà possa essere disarticolata in un fascio di situazioni soggettive scomponibile e variamente allocabile, affinché delle utilità che essa genera nel contesto produttivo della metropoli possano godere anche soggetti diversi dal proprietario. In questa chiave, che si avvale dell'analisi giuridica delle esperienze italiane e internazionali di *commoning* urbano, i diritti collettivi di accesso e uso dei non proprietari si rivelano non meno centrali dello *ius excludendi alios* del proprietario, mettendo in crisi la stessa "compattezza" del dominio individuale.

L'articolo si conclude gettando uno sguardo sull'attività della Clinica legale di Perugia «Salute, Ambiente e Territorio», impegnata dal 2013 ad ampliare l'accesso alla giustizia in materia di *commons* urbani e rurali.

1. I beni comuni fra diritto e società

Si è parlato e si parla del diritto dei beni comuni come di una prospettiva possibile nel momento presente, a dispetto dell'indiscussa fortuna di cui gode oggi la proprietà, quale modello egemone di allocazione delle risorse¹. Ma ci si potrebbe chiedere,

e in effetti qualcuno si è chiesto, se questa sia anche una prospettiva auspicabile². E ciò per due differenti ordini di motivi. In primo luogo per il rischio che la giuridificazione delle esperienze di autogoverno maturate intorno alla rivendicazione/conquista/creazione dei beni comuni³ *addomesticati* le lotte che le sostengono fino a far loro perdere di forza propul-

1. M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, Verona, 2012, pp. 9-28; Ead., *Beni comuni. Oltre l'opposizione natura/cultura in Lettera internazionale*, 113/2012.

2. Per es. T. Negri, *Il recinto dei beni comuni*, recensione a *Oltre il pubblico e il privato*, cit., in *Il manifesto*, 14 aprile 2012 [può leggersi anche in www.ombrecorte.it/rass.asp?id=304, ultima visita 14 aprile 2016].

3. Sulla "genesì" dei beni comuni v. *infra* e M.R. Marella, *Bene comune. E beni comuni: le ragioni di una contrapposizione*, in F. Zappino, L. Coccoli, M. Tabacchini, *Genealogie del presente. Lessico politico per tempi interessanti*, Mimesis, Milano-Udine, 2014, pp. 25-39.

siva. In secondo luogo per la supposta impossibilità, politica, innanzitutto, di tradurre nel linguaggio del diritto vigente il comune, le spinte antiproprietarie, le esigenze di autorappresentazione – intesa come superamento della mediazione politica affidata alle istituzioni della rappresentanza – che si legano al *commoning* e alla gestione dei *commons* urbani, in particolare. Quest'ultimo punto di vista si lega per solito ad una visione del diritto come un insieme coerente di regole prodotte dal capitale per perpetuare se stesso e le forme di accumulazione e sfruttamento che gli sono proprie. Per questo motivo, sebbene il diritto non sia rimasto uguale a se stesso nell'ormai lunga vicenda che connota «la fase capitalistica della storia del mondo»⁴, esso conserva pur sempre delle costanti che impedirebbero al comune di trovare compiutamente voce al suo interno. Fra esse la dicotomia pubblico/privato, che costituisce il grande spartiacque intorno al quale si organizza il diritto moderno. La stessa Costituzione repubblicana si limita a contemplare la proprietà pubblica e la proprietà privata. Per il Comune sembrerebbe dunque non esserci spazio. Se tuttavia si assume un altro punto di vista capace di mettere in crisi l'idea del diritto come un tutto coerente⁵ è possibile far tesoro delle pratiche di decostruzione messe in opera dalla teoria critica e femminista⁶ non solo per far cortocircuitare una distinzione che oggi soprattutto e, in particolare, nella produzione dello spazio urbano, perde di efficacia ordinante (la proprietà privata che diventa spazio pubblico, come nel centro commerciale, gli strumenti pubblicistici di pianificazione del territorio che vengono contrattati coi privati), ma anche per cogliere le opportunità che l'incoerenza e l'indeterminatezza delle regole giuridiche ci offrono. In questa diversa cornice possiamo allora cogliere come il comune si inserisca e si sviluppi in modo interstiziale *fra* pubblico e privato, *nel* pubblico e *nel* privato, per lo più senza trovare una qualificazione giuridica adeguata. Su questo sfondo le pratiche del comune si producono e diffondono in una tensione costante fra informalità e bisogno di formalizzazione e di riconoscimento.

Il diritto dei beni comuni si fa spazio proprio in questi interstizi. E in questi termini apre ad un orizzonte di possibilità. La sua percorribilità politica e il suo *appeal* si legano di fatto al riconoscimento della capacità del diritto di distribuire potere (economico, sociale, simbolico) nelle forme che gli sono consone e con gli strumenti che gli sono propri. A cominciare dall'operazione di qualificazione giuridica di una risorsa come bene comune, su cui tornerò a breve. In sostanza, del diritto dei beni comuni ha senso parlare nella misura in cui esso corrisponda – sia, cioè, funzionale – ad un progetto di *empowerment*. È in questa luce che il rapporto fra lotte per il comune e diritto può essere riproposto. Come è stato opportunamente notato, tutta la fascinazione di cui le visioni spontanee sono capaci non esime dal fare «adeguatamente i conti con un passaggio istituzionale ineludibile: il riconoscimento giuridico di una destinazione propria a tali beni, procedimento tecnico che in taluni momenti della storia interviene con quella forza decisoria che le lotte politiche e le nuove acquisizioni conoscitive sono in grado di suscitare e le costruzioni formali provvedono poi a tutelare. Contrariamente a un certo marxismo dal sapore tralatizio, la “forma” giuridica non spegne, ingannandola, la prassi sociale, ma ne rappresenta un'articolazione di pari livello e sovente più attrezzata»⁷.

Non per questo i limiti del diritto vanno sottaciuti: continuamente il giurista avvertito fa i conti con il suo stesso disincanto verso il diritto come sistema di ingegneria sociale. E resta pur sempre viva la preoccupazione di non delegare al diritto gli obiettivi dell'azione politica. Per tacere del fatto che non poche volte lo stesso dialogo fra diritto e pratiche del comune indica la via dell'informalità come strategia preferibile al riconoscimento attraverso la formalizzazione giuridica. Ciò accade ad esempio quando sia il diritto di proprietà la forma deputata al riconoscimento legale di un uso collettivo di risorse date, per lo più urbane⁸.

Tuttavia proprio il tema dei beni comuni ha messo in chiaro come la forma dominicale non sia affatto ineludibile nella disciplina del godimento in comune delle risorse. In proposito possiamo davvero far ri-

4. Così Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thoughts*, in D. Trubek & A. Santos (eds.) *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.

5. Du. Kennedy, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Harvard University Press, 1997.

6. Cfr. *ex multis* F. Olsen, *Constitutional Law: Feminist Critique of the Public/Private Distinction*, 10 Const. Comment. 319 (1993), e per una sintesi, M. Albertson Fineman, *Feminist Legal Theory*, 13 J. Gender Soc. Pol'y & L. 13 (2005).

7. P. Napoli, *Indisponibilità, servizio pubblico, uso. Concetti orientativi su comune e beni comuni*, in *Politica & società*, 2013, pp. 403, 408 ss.

8. Jorge Esquirol, *Titling and Untitled Housing in Panama City*, 4 Tennessee Journal of Law & Policy (2014).

corso all'ottimismo della ragione e affermare che il diritto privato vigente non è unicamente informato all'individualismo proprietario⁹. Ancor più radicalmente dobbiamo riconoscere che la stessa fondatezza dell'espressione "individualismo proprietario", al di là della sua indiscussa efficacia retorica, è messa in dubbio dalla irriducibile indeterminatezza delle regole giuridiche e dunque dalla loro strutturale ambivalenza e flessibilità. La storia delle forme giuridiche di appartenenza – quella più antica e quella più recente – mostra che il dominio individuale, anche all'apice della sua celebrazione quale fulcro dell'organizzazione sociale, è sempre stato inciso, contrastato e/o controbilanciato da diritti d'uso collettivo riconosciuti a vario titolo (dalle *res publicae*, *sacrae* o *religiosae* del diritto romano¹⁰ agli usi civici¹¹) ovvero dall'interesse pubblico o generale nelle sue varie declinazioni. La stessa "compattezza" del dominio individuale è stata sottoposta a critica, quindi disarticolata in un fascio di situazioni soggettive (*bundle of rights*)¹² scomponibile e variamente allocabile a soggetti diversi dal proprietario¹³. E dunque non ci sono ragioni che impediscano oggi, nell'era della globalizzazione neoliberale del diritto, di pensare forme di accesso e godimento in comune delle risorse. In particolare, forme di cooperazione che passino attraverso la relazione con le cose *comuni* e si articolino sul terreno giusprivatistico¹⁴.

La più efficace definizione giuridica dei beni comuni si deve alla ormai celebre Commissione Rodotà, insediatasi presso il ministero della Giustizia nel 2007 per riscrivere quella parte del codice civile dedicata ai beni pubblici (Capo II del Titolo I del Libro III del Codice civile), la quale li ha individuati come quei beni che, *a prescindere* dall'appartenenza pubblica o pri-

vata, si caratterizzano per un vincolo di destinazione, essendo funzionali alla realizzazione dei diritti fondamentali di tutte e tutti, delle generazioni presenti e di quelle future. L'opera di qualificazione e classificazione propria del giurista ha sin qui condotto pertanto a identificare i beni comuni con quelle risorse

- a) strettamente correlate alla comunità di riferimento e, in un certo senso, costitutive della comunità stessa e dei legami sociali al suo interno;
- b) gestite – o da gestirsi – collettivamente, o quanto meno in modo partecipato;
- c) a prescindere dal titolo di appartenenza formale (proprietà pubblica o privata).

Una tale definizione prescinde dunque da dati naturalistici e si presta ad accogliere gli esiti delle pratiche sociali di creazione/individuazione del comune.

Partendo da qui è allora possibile ordinare l'eterogeneità dei *beni comuni* secondo la seguente tassonomia¹⁵: 1) le risorse materiali come l'acqua e l'ambiente, il patrimonio culturale ed artistico del Paese, ecc.; 2) le risorse immateriali – la conoscenza e le sue applicazioni, le creazioni artistiche, i saperi tradizionali e le culture popolari, le informazioni genetiche, ecc. – oggi interessate da un imponente fenomeno di "recinzione" (*the second enclosure movement*)¹⁶ attraverso le varie forme di proprietà intellettuale (diritto d'autore, brevetto, ecc.) che ne consentono l'appropriazione esclusiva, e di converso rivendicate (si pensi alle varie pratiche di resistenza contro l'*enclosure* poste in essere in rete) come risultato della produzione collettiva; 3) lo spazio urbano, bene comune per eccellenza in quanto "cosa umana per eccellenza"¹⁷, prodotto della cooperazione sociale, spazio nel qua-

9. Per una discussione A. Negri, *Il diritto del comune*, in A. Negri (G. Roggero cur.), *Il comune in rivolta. Sul potere costituente delle lotte*, Ombre corte, Verona, 2012, p. 144.

10. Su cui è fondamentale l'approccio realista di Yan Thomas, *Il valore delle cose*, a cura di Michele Spanò, Quodlibet, Macerata, 2015 e le osservazioni di Paolo Napoli, op. cit., e Id., *Un patrimonio che non appartiene a nessuno*, ne *L'Indice dei libri del mese*, 1.11.2015.

11. Classicamente P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977.

12. Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale L.J. 16 (1913).

13. Thomas C. Grey, *The Disintegration of Property*, in *Liberty, Property and the Law*, edited with introductions by Richard A. Epstein, 2000 e Du. Kennedy, *Property as Fetish and Tool*, file disponibile presso l'autore.

14. Questa idea, ci ricorda Toni Negri (*Il diritto del comune*, cit., pp. 147 ss.), è già limpidamente presente in Pasukanis.

15. Si veda *amplius* M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit.

16. Cfr. J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, Law and Contemporary Problems, Vol. 66, pp. 33-74, Winter-Spring 2003.

17. Così C. Lévi Strauss (*Tristi tropici*, Il Saggiatore, Milano, 1965) citato da A. Petrillo, *Ombre del comune: l'urbano fra produzione collettiva e spossessamento*, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 203.

le l'andamento delle nostre vite si definisce¹⁸, oggetto di uno spossessamento che è frutto della *partnership* fra pubblico e privati e fonte di disgregazione sociale, di costruzione di identità svantaggiate, di distruzione di spazi di democrazia¹⁹; 4) infine le infrastrutture (dalle strade, a internet, alla ricerca di base), in quanto funzionali alla produzione di altri beni e utilità, e le istituzioni erogatrici di servizi pubblici finalizzati alla realizzazione di diritti fondamentali come l'istruzione e la salute: dunque università, scuola, sanità, ecc.²⁰

Molti dei profili ora toccati, dal carattere conflittuale dell'individuazione dei beni che si qualificano come comuni, al ruolo e all'efficacia della loro tutela giuridica, fino alla possibile (dis)articolazione della proprietà nel sistema giuridico vigente, riguardano con particolare intensità gli *urban commons*, ovvero lo spazio urbano stesso inteso come *commons*.

2. Lo spazio urbano come *commons* e la questione proprietaria

Il tema degli *urban commons* solo di rado è stato oggetto di trattazioni organiche da parte dei giuristi "benicomunisti" nostrani²¹. Il dibattito anglo-americano dedica invece una ricca letteratura – anche giuridica – agli *urban commons*: le piazze, le strade, i parchi, i giardini pubblici sono pacificamente riconosciuti come *commons*, in quanto facenti parte di quello spazio *pubblico* in cui la pubblica opinione ovvero la partecipazione politica democratica ha preso forma. Questo punto di vista è peraltro in linea con la definizione di beni comuni che abbiamo adottato: innegabilmente lo spazio pubblico è funzionale al libero svolgimento della personalità umana e

all'esercizio dei diritti fondamentali. Sulla base di queste premesse si giustifica anche la presa in cura dei suddetti *commons* da parte di gruppi di cittadini ove le amministrazioni locali non lo facciano o non lo possano fare: si tratta peraltro di una condizione diffusa che ha generato ovunque nel Nord del mondo i cd. orti urbani, usualmente in condizioni di informalità, ovvero ha dato luogo a gestioni partecipate istituzionalizzate come le *park conservancies* negli Stati Uniti²².

Tuttavia la forza trasformativa del discorso dei beni comuni riesce a esprimersi compiutamente solo se la prospettiva si amplia e si assume l'intero spazio urbano come *commons*. Le città, come si diceva, sono dopo tutto prodotti umani e collettivi. Differenti visioni sociologiche e filosofiche della città – *rectius*: della metropoli – dall'idea della metropoli come luogo principale di produzione del valore²³ alla sua identificazione con il dispositivo biopolitico per antonomasia²⁴, confortano e arricchiscono la nostra lettura dello spazio urbano come *commons*. Se assumiamo lo spazio urbano come il teatro dei conflitti sociali che si accendono intorno all'appropriazione del valore prodotto collettivamente dalla cooperazione sociale, la nozione di comune (e di spazio urbano-*commons*) diventa la parola chiave di una strategia che si oppone all'accumulazione per spossessamento²⁵, ovvero alla cattura di valore che attraversa le dinamiche produttive/riproduttive dentro la metropoli²⁶.

Ovviamente la lettura dello spazio urbano come *commons* non è neutra neppure dal punto di vista giuridico. Al contrario essa solleva questioni tanto complesse quanto delicate che impattano direttamente sulla nozione di proprietà che si assuma come vigente nel sistema attuale. Questioni che in

18. Cfr. M. Hardt e A. Negri, *Commonwealth*, Harvard University Press, Mass., Cambridge, 2009, pp. 249 ss.

19. Cfr. D. Harvey, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, Ombre corte, Verona, 2012.

20. Quanto alle prime, declinarle in termini di beni comuni significa reclamarne la libera accessibilità su basi non discriminatorie. Le seconde, nella ricostruzione giuridica corrente, sono messe in relazione ai diritti sociali riconosciuti dalla Costituzione e tipici del *welfare state*: la sfida del definirle beni comuni sta nel reclamare per esse una gestione diversa, partecipata, soppiantando il modello tradizionale che vede l'ente pubblico erogatore del pubblico servizio e il cittadino/suddito portatore della pretesa alla prestazione. Per un approfondimento si consenta il rinvio a M.R. Marella, *The Commons as a Legal Concept*, 27 *Law & Critique* (2016), pp. 13 ss.

21. Ma si consenta il rinvio a M.R. Marella, *Introduzione. La difesa dell'urban commons*, in M.R. Marella (cur.), *Oltre il pubblico*, cit., p. 185; F. Treggiari, *Bene comune: la città medievale*, *ibidem*, p. 222.

22. Sheila Foster, *Collective Action and the Urban Commons*, 87 *Notre Dame L.R.* 57 (2011).

23. Antonio Negri, *Dalla fabbrica alla metropoli. Saggi politici*, DataneWS, 2008; M. Hardt & A. Negri, *Commonwealth*, cit.

24. Giorgio Agamben, *La città e la metropoli*, in *Posse*, 2007. Cfr. anche A. Cavalletti, *La città biopolitica. Mitologie della sicurezza*, Bruno Mondadori, Milano, 2005; Roma disambientata, *La metropoli come dispositivo*, in M.R. Marella (cur.), *Oltre il pubblico*, cit., p. 242.

25. D. Harvey, *Rebel Cities. From the Right to the Cities to the Urban Revolution*, Verso, London New York, 2012.

26. A. Negri, *opp. cit.* alla nota 23.

questa sede possono soltanto essere accennate²⁷. In primo luogo è legittimo chiedersi se la stessa concettualizzazione dello spazio urbano complessivamente inteso e delle sue porzioni – ad es. i quartieri – quali *commons* sia compatibile con l'esistenza medesima della proprietà urbana e con il suo regime. L'assunzione di questo punto di vista comporta sul piano strettamente giuridico la possibilità che la proprietà possa essere disarticolata in un fascio di diritti variamente assortiti e attribuibili affinché delle utilità che genera nel contesto produttivo della metropoli possano godere anche soggetti diversi dal proprietario²⁸. Per comprendere il tipo di ricadute dell'adozione di tale ipotesi ricostruttiva si pensi alle occupazioni "illegali" di immobili lasciati in stato di abbandono da proprietari assenteisti ovvero dagli stessi sottratti alla loro destinazione culturale o altrimenti collettiva per scopi speculativi - dinamiche oggi assai comuni nei nostri contesti urbani. Oppure ai fenomeni di gentrificazione che comportano la cattura del valore culturale (*l'atmosfera*) creato dagli originari residenti e la sua riduzione a merce liberamente scambiabile nel mercato immobiliare, secondo una dinamica normalmente osservabile in gran parte dei nostri centri storici e nei quartieri *ex* popolari o *ex* operai di città come Roma, Milano, Torino. Ebbene può la qualificazione dello spazio urbano come bene comune comportare la compressione delle prerogative dominicali sino a sottrarre al proprietario il potere di destinare il proprio bene a un certo uso o non-uso quando questo contrasti con la realizzazione dei diritti fondamentali altrui? O può condurre addirittura a scorporare il diritto alla rendita dal *bundle of rights*, quando essa è chiaramente una forma di cattura del valore prodotto dalla cooperazione sociale²⁹? Qui insieme con lo schema ricostruttivo prescelto è ovviamente in ballo anche la funzione della proprietà urbana quale fattore determinante delle relazioni sociali nella metropoli.

In realtà, a dispetto della forza persuasiva della narrativa dominante, le rivendicazioni politiche dei movimenti sociali che si traducano in occupazioni di luoghi fisici o le iniziative di comunità locali che altrimenti contestino la legittimità di certi comportamenti proprietari possono tradursi in pretese giuridiche fondate giacché in tutti gli ordinamenti esistono meccanismi legali – la tutela dell'affidamento, la tutela del possesso, l'usucapione, ecc. – in grado di tenere nella debita considerazione l'investimento di una comunità nella manutenzione, cura, gestione di un bene altrui. In virtù di tali dispositivi le manifestazioni di attivismo sociale apparse in un primo momento come illecite sono ricondotte dentro l'alveo della legalità delle forme di appartenenza³⁰. Di converso, il principio della funzione sociale della proprietà previsto dall'art. 42 della Costituzione italiana conduce a ritenere illegittime quelle condotte proprietarie attuate in spregio all'interesse generale, sicché un proprietario che abbia lasciato un immobile in stato d'abbandono non dovrebbe ricevere tutela contro una sopravvenuta occupazione "virtuosa", cioè contro un'attività di cura che restituisca l'uso del bene alla collettività, accrescendo il benessere sociale³¹. Il tenore dell'art. 838 cc da una parte, la figura dell'abuso del diritto, dall'altra, forniscono consistenti indizi circa i reali confini del sistema e la congruenza di condotte che si pongano *prima facie* al di fuori di esso. Particolarmente ove la funzione sociale della proprietà sia vista in relazione alla realizzazione degli altrui diritti fondamentali, la qualificazione di un bene quale bene comune giustifica il riconoscimento di diritti collettivi di accesso e uso³². Ciò è quanto maggiormente ricorre quando l'attivismo sociale si traduce in azioni che si propongano come obiettivo la restituzione alla collettività di risorse urbane precedentemente sottratte all'accesso pubblico, magari per effetto della gestione pubblico-privatistica del suolo urbano.

27. Per un approfondimento rinvio a M.R. Marella, *The Commons as a Legal Concept*, cit; Ead., *Exploring the Limits of Property's Sociality*, Ombre corte, Verona, in corso di pubblicazione.

28. V. note 16 e 17.

29. In tema, di recente, A. Quarta, *La polvere sotto il tappeto. Rendita fondiaria e accesso ai beni comuni dopo trent'anni di silenzio*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2013, p. 253.

30. Cfr. E. Moises Peñalver, S. K. Katyal, *Property Outlaws*, 155 U. Pa. L. Rev. 1095 (2007).

31. Questo almeno in principio. Le cose possono poi andare diversamente com'è avvenuto per il *Municipio dei Beni comuni* istituito presso l'ex Colorificio Toscano nel cuore di Pisa (cfr. Progetto Rebellia (cur.), *Rebelpainting. Beni comuni e spazi sociali: una creazione collettiva*, !Rebellia edizioni, s.d.), un caso di delocalizzazione di un'attività industriale, dismissione della fabbrica e abbandono del complesso immobiliare che si è tuttavia risolto nella tutela penale della proprietà. Sulla vicenda v. *I giuristi per il colorificio*, www.comunemente.unipg.it/index.php/materiali.html, ultima visita 11.04.2016.

32. S. Rodotà, *Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. Marella (cur.), *Oltre il pubblico*, cit., p. 311.

Più in generale, l'attraversamento dello spazio urbano-*commons*, che è di fatto attraversamento di beni sottoposti a regimi dominicali diversi, pubblicistici e privatistici, mette in gioco la dialettica fra esclusione e inclusione consustanziale al diritto di proprietà³³. La teoria e le pratiche del comune hanno infatti rimesso in circolo diritti di accesso che in un recente passato erano stati analizzati esclusivamente quali limiti negativi del diritto di proprietà³⁴ senza per ciò stesso condurre alla concettualizzazione di una soggettività collettiva che ne sia titolare in quanto protagonista della cooperazione sociale. L'adozione di una nuova prospettiva consente invece di smontare il meccanismo regola/eccezione e considerare il diritto (collettivo) di accesso dei non proprietari non meno centrale dello *ius excludendi alios* del proprietario nella struttura del dominio. Tutta una serie di ipotesi previste dal codice civile, dalle leggi speciali, da norme di altri ordinamenti, nonché di elaborazioni giurisprudenziali ci parlano dello *ius deambulandi*, modernamente definito *right to roam*, che si declina come accesso alla natura, ma anche alla cultura, come ci ricorda l'illustre precedente "urbano" di Villa Borghese³⁵. Tanto non solo interroga le facoltà del proprietario privato, a cominciare dal suo potere di escludere, ma anche l'esercizio dei poteri di governo del territorio dell'autorità pubblica, a partire dalla pianificazione urbanistica affidata ai governi locali. Se infatti i diritti d'uso pubblico su beni privati previsti dall'art. 825 cc e il ritorno alle pratiche "d'uso civico" – proposto in ambiente urbano da alcune delibere del Comune di Napoli concernenti l'utilizzo di immobili di proprietà pubblica³⁶ – ci ricordano che non solo la proprietà rurale, ma anche quella urbana è potenzialmente accessibile proprio per il fatto di essere urbana, cioè inserita in un contesto complesso che è il prodotto di un fare ed abitare collettivo, molta normativa ordinaria tende invece a riproporre un'idea quasi ottocentesca di proprietà, accompagnata da un'intensificazione dei processi di valorizzazione del territo-

rio tutta neoliberale³⁷. La tendenza a re-incorporare lo *jus aedificandi* dentro lo statuto proprietario che si esprime nella più recente legislazione denominata "piano casa" e il corrente regime di liberalizzazione delle licenze commerciali finiscono col confliggere con le più consolidate letture della funzione sociale della proprietà urbana, attribuendo al proprietario poteri molto ampi in ordine alla possibilità tanto di apportare modifiche strutturali all'immobile quanto di definirne la destinazione d'uso. Una rinnovata "assolutezza" del diritto di proprietà che consente al titolare di incidere in maniera significativa sulla fisionomia e la funzionalità di un intero circondario o quartiere e, dunque, sulla qualità della vita degli altri residenti e/o fruitori a diverso titolo di quell'area, al di fuori di qualsiasi progetto pubblico di pianificazione urbanistica. Va altresì notato che l'assottigliamento dei limiti alla proprietà urbana riscontrabili in certa legislazione si salda con la diffusione dei progetti di rigenerazione promossi da *partnership* pubblico-private che tanta parte hanno nell'innescarsi di dinamiche di gentrificazione di interi quartieri urbani, con l'esito finale di produrre una sorta di segregazione urbana trasversale radicata nella distribuzione dei titoli di proprietà, giacché ovunque la città è definita, trasformata e fruita dai proprietari in misura alquanto diversa rispetto ai non proprietari. In questo quadro un altro vettore di frizione fra accessibilità collettiva e gestione pubblico-privatistica delle città si deve alla crescente mercificazione dello spazio urbano, sempre più diffusamente occupato da luoghi di consumo, di cibo e bevande in particolare³⁸, che tendono a identificare l'accesso ai luoghi con il consumo di merci fino a rendere il secondo preconditione del primo.

La definizione dello spazio urbano come bene comune si pone dunque come programma politico di governo collettivo del territorio. Ed è in primo luogo diretta a interpretare la città come luogo di conflitti fra usi dello spazio e fra forme di vita che lo abitano.

33. Cfr., diffusamente, A. Quarta, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

34. Cfr. L. Francario, *Le destinazioni della proprietà a tutela del paesaggio*, Jovene, Napoli, 1986 e *Sulla legittimità costituzionale di norme limitative dello ius excludendi del proprietario di fondi non chiusi*, in *Rivista Giuridica Ambientale*, 1991, p. 481; G. Liotta, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, Cedam, 1992 e da ultimo M. Ferrari, *Proprietà e diritto ad essere inclusi*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2016, p. 525.

35. Corte di cassazione di Roma, 9 marzo 1887, in *Foro it.*, 1887, I, p. 397. Nel caso di specie la Cassazione di Roma aveva proibito ai proprietari di Villa Borghese di chiudere i cancelli e impedire il passeggio ai cittadini, e quindi di porre fine a una plurisecolare tradizione di libero accesso.

36. Si rimanda al sito ufficiale dell'Ex-Asilo Filangieri, www.exasilofilangieri.it.

37. D. Harvey, *Il capitalismo contro il diritto alla città. Neoliberalismo, urbanizzazione, resistenze*, Ombre corte, 2012.

38. Cfr. C. Serra, *Le nostre città invase dal demone del cibo*, 23/02/2017, <http://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2017/02/23/news/le-nostre-citta-invase-dal-demone-del-cibo-1.295714>, ultima visita 16/05/2017.

3. Beni comuni urbani e analisi distributiva

Sul piano giuridico il conflitto, come già si è visto, è essenzialmente fra opposte concezioni della proprietà. Fra una proprietà *totem* o feticcio, sempre uguale a se stessa, circondata da una rinnovata aura quasi-sacrale – mentre bisognerebbe riconsiderare la sua artificialità, il suo carattere contingente, il suo essere costruzione sociale e prodotto di battaglie economiche –, e una proprietà che è piuttosto lo strumento con cui il diritto statale organizza le relazioni sociali a partire dal livello più basso – la proprietà, per dire, di un'automobile – fino al livello in cui la posta in gioco è più rilevante, mettendo in costante tensione il diritto del proprietario di escludere e gli altrui diritti di accesso e uso³⁹.

Questa seconda concezione della proprietà è quella rispecchiata nelle pratiche del comune di continuo messe in campo dall'immaginazione sociale. Pratiche che contendono spazio alle facoltà del proprietario, pubblico o privato, sperimentando all'interno della struttura stessa del dominio nuove forme di uso e di gestione condivisa dell'accesso. Prendono così forma dei *commons* urbani aperti a una comunità ben più ampia di quella che direttamente li prende in carico, capaci pertanto di redistribuire utilità, soddisfare bisogni essenziali e creare legami sociali oltre gli angusti confini del singolo comitato di cittadini o del piccolo rione.

In Italia ciò è quanto è stato in concreto sperimentato grazie a esperienze importanti e altamente "immaginative" come il Teatro Valle Occupato a Roma, e l'Ex-Asilo Filangieri a Napoli. Ma in realtà, in moltissime città del nord del mondo, proprio dove la valorizzazione capitalistica del suolo urbano è più intensa, l'immaginazione e l'attivismo sociale danno costantemente luogo a esperienze di godimento e gestione condivisi dei beni urbani che sfociano nella creazione di vere e proprie istituzioni del comune e possono trovare idonea veste giuridica attraverso gli strumenti dell'autonomia privata. È il caso dei *Community Land Trusts*, nati negli Stati Uniti come forme dell'abitare alternative tanto al mercato immobiliare

quanto all'edilizia residenziale pubblica in reazione ai fenomeni di segregazione urbana – razziale e di classe – che entrambi tendono a generare⁴⁰. Queste esperienze, declinate in vario modo a seconda delle forme tecniche prescelte⁴¹ ed ora importate anche in paesi *non-trust*, come il Belgio e la Francia, si avvalgono di congegni giuridici alquanto sofisticati che giocano proprio sulla scomposizione delle facoltà dominicali e la loro distribuzione fra soggetti diversi. L'obiettivo è quello di sottrarre il bene casa alle logiche del mercato immobiliare evitando la speculazione e mantenendo costante e sostenibile il costo dell'abitare grazie anche ad una redistribuzione controllata della rendita. In alcune declinazioni di questo abitare comunitario e cooperativo, i titoli proprietari sono ulteriormente redistribuiti o, meglio, attribuiti esclusivamente al soggetto collettivo, mentre ai singoli assegnatari delle abitazioni spetta soltanto un diritto d'uso. Il risultato perseguito è non soltanto quello di creare enclaves di *affordable housing* in grado di contrastare il diffondersi delle dinamiche di *gentrification*, ma anche di dar vita a comunità inclusive e fluide⁴².

Quest'ultimo è un punto nodale quando si parla di beni comuni urbani e, ancor più, della città stessa come *commons*, e impone di interrogarsi sulla consistenza degli effetti redistributivi che l'azione collettiva è in grado di generare in ambito urbano. La ricca gamma degli *urban commons* di cui la letteratura giuridica e sociologica, in particolare nordamericana, ci parla, sollecita qualche necessaria distinzione fra le diverse esperienze di *commoning*. È infatti importante riconoscere che non tutti i *commons* urbani hanno la medesima capacità trasformativa con riguardo alle relazioni di potere che attraversano la metropoli. Tuttavia una certa retorica della comunità si accompagna di frequente al discorso sui beni comuni tendendo a dipingere l'attivismo dei cittadini nei quartieri, il fai-da-te, le iniziative volte alla cura di porzioni di spazio o al *ripristino del decoro urbano* come buoni in sé. Le condizioni per un rilancio dell'azione delle comunità nella gestione dello spazio urbano sono in realtà poste dalle modalità stesse in cui si articola il governo neoliberale del territorio. Com'è noto, oggi la *governance* delle città è nei fatti affidata a *partnership* pubblico/privato che assumono

39. Du. Kennedy, *Property as Fetish and Tool*, lecture at the conference This Land is Your Land: Remaking Property After Neoliberalism, 5/04/2017, reperibile in <http://geo.coop/story/property-fetish-and-tool>. Ultima visita 16/05/2017.

40. A. Vercellone, *Urban Commons e Modelli di Governo: Il Community Land Trust*, in A. Quarta, M. Spanò (ed.), *Beni Comuni 2.0. Controegemonia, Nuove Istituzioni*, Mimesis, Milano, 2016.

41. Du. Kennedy, *The Limited Equity Coop model as a vehicle for affordable housing in a race and class divided society*, Howard Law Journal Vol. 46, n. 1, 2002.

42. È il caso del progetto Eva, con il quale un gruppo di abitanti di Pescomaggiore, frazione de L'Aquila, ha realizzato un villaggio "autocostruito e autofinanziato" per gestire in maniera partecipata l'emergenza post-terremoto e consentire al maggior numero di persone di non abbandonare la propria terra (si rimanda al sito ufficiale del progetto: www.pescomaggiore.org, ultima visita 16/05/2017).

coloriture e funzioni diverse a seconda degli obiettivi che perseguono e del tipo di spazio che di volta in volta gestiscono. In alcuni casi al ritirarsi del pubblico dal governo diretto del territorio corrisponde il profitto del gruppo privato e qui allora prevale la formalizzazione dell'affare in assetti giuridici adeguati che prevedono il trasferimento della proprietà del suolo urbano o invece soltanto un titolo formale di godimento. Dallo *shopping mall* a molti esempi di *common interest communities* (Cic) i meccanismi legali sottostanti sono più o meno di questo tenore. In altri casi, invece, i tagli al bilancio dei governi locali producono semplicemente l'affidamento di fatto della proprietà pubblica alla buona volontà dei cittadini, che talora si organizzano spontaneamente per prendersene cura con modalità che restano molto spesso nell'informalità. È questo il contesto in cui fioriscono ad es. i *community gardens*, gli orti urbani, ma anche le *park conservancies* come nel caso di Central Park, a Manhattan⁴³. In un sistema giuridico come il nostro, questa eventualità viene riconosciuta, se non incentivata, a livello costituzionale attraverso i meccanismi della cd. sussidiarietà orizzontale (art. 118, 4° co. Cost.); il che significa che la gestione spontanea e condivisa di un parco cittadino da parte di una comunità non si pone di per sé fuori dal modello gestionale basato sulla *partnership* pubblico/privato, ma ne rappresenta semmai una modalità meno costosa (per il pubblico).

Nel discorso dominante, del resto, l'attivismo delle comunità svolge comunque un ruolo salvifico rispetto al degrado e al malessere sociale che caratterizza certe aree, cosicché non è infrequente che i programmi pubblici di rigenerazione urbana individuino nelle comunità locali i *partner* ideali nel perseguimento del comune obiettivo di ripristinare il decoro di un quartiere. Quel che si trascura è che queste stesse dinamiche sono tali da contribuire alla creazione di aree di segregazione sociale (e razziale) e a sollecitare nelle comunità la tendenza a chiudersi e a escludere i non residenti. Anche perché il successo dei programmi di rigenerazione, tanto pubblici quanto gestiti in *partnership* dal governo locale e dall'iniziativa dei cittadini, è molto spesso affidato al livello reddituale dei residenti. In molti casi, dunque, la partecipazione e il *commoning* non producono alcun effetto redistributivo; al contrario rafforzano le disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza fra quartiere e quartiere. Ciò anche per effetto della capacità "naturale" della proprietà di assorbire le esternalità positive trasformandole in rendita: un parco pubblico più bello aumenterà ulteriormente il valore di mercato degli immobili privati circostanti tenendo ben lontani i gruppi sociali meno abbienti che non posso-

no permettersi di acquistarli o prenderli in locazione. Il che dimostra una volta di più che le comunità non sono tutte uguali e la retorica comunitaria non è di per sé capace di innescare il cambiamento. Al contrario l'organizzazione delle comunità può talora dar luogo a nuove "recinzioni" dello spazio urbano favorendo l'omogeneità sociale al loro interno e disincentivando mobilità e scambi.

Il progetto trasformativo che sta dietro il pensare lo spazio urbano come bene comune trova invece rispondenza laddove l'attivismo sociale si traduca in azioni che si propongano come obiettivo la restituzione alla collettività di risorse urbane sottratte all'accesso pubblico e siano in grado di generare *commons* urbani aperti alla moltitudine delle singolarità a prescindere da legami di carattere proprietario o associativo, dunque risorse comuni capaci di redistribuire utilità, soddisfare bisogni essenziali e creare legami sociali oltre gli angusti confini del singolo comitato o della piccola comunità.

Infatti, le dinamiche redistributive fra aree urbane diverse possono innestarsi solo in una dimensione collettiva dinamica, fluida e inclusiva nella quale alla cura dei beni comuni corrisponda innanzitutto il riconoscimento del diritto di ognuno di non essere escluso nei confronti di amministrazioni locali, comunità e gruppi. Questa prospettiva può essere autenticamente promettente purché siano soddisfatte alcune condizioni: sia garantita l'effettività della partecipazione ai processi decisionali includendo tutti i possibili interessati; la produzione e distribuzione di *welfare* "dal basso" legata alla gestione dei beni comuni trovi riconoscimento sociale e possibilmente giuridico; sia preservata, infine, l'informalità delle occupazioni urbane e delle gestioni in comune ove ciò maggiormente convenga, e, per converso, sia data loro adeguata veste giuridica, ove vi siano le condizioni di fattibilità e opportunità.

Due "regole di chiusura" sono poste a salvaguardia dell'accesso e dell'uso dello spazio urbano a vantaggio di tutti: il rispetto dei diritti fondamentali di chi voglia abitarlo o attraversarlo, e la funzione sociale della proprietà che – come recita la Costituzione brasiliana – diventa funzione sociale della città stessa.

4. Beni comuni urbani e accesso alla giustizia: il ruolo della Clinica legale «Salute, Ambiente e Territorio»

La salvaguardia dei beni comuni e del carattere inclusivo dello spazio urbano deve fare i conti, a ben

43. S. Foster, op.cit.; S. Foster, C. Iaione, *The City as a Commons*, 34 Yale L. & Pol'y Rev. 281, 2016, reperibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2653084> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2653084>.

vedere, oltre che con gli intenti ‘esclusivi’ di certe politiche economiche e urbanistiche, anche con le difficoltà incontrate dai singoli e dalle comunità nell’avvicinarsi alla giustizia per rivendicare i loro diritti di accesso ed uso. Da una parte, tali diritti si collocano su terreni esplorati raramente dai professionisti del diritto e dagli amministratori pubblici, sottendendo istanze non distintamente ancorate agli istituti classici dell’ordinamento civile; dall’altra, la disomogeneità dei soggetti cui i diritti si riferiscono impedisce spesso una loro efficace difesa sul piano giuridico o sociale.

A questa e altre intrinseche difficoltà cerca di ovviare l’attività di un’istituzione come la Clinica legale⁴⁴ «Salute, Ambiente e Territorio» di Perugia, la quale ha – in questo unica nel panorama nazionale – fra gli scopi primari proprio quello di ampliare l’accesso alla giustizia in materia di *commons* urbani e rurali. Dopo una lunga fase di progettazione, la Clinica è stata introdotta nel *curriculum* del Corso di laurea magistrale in giurisprudenza nel 2013. Da allora si è confrontata con diversi casi concernenti il diritto di accesso su beni privati e la *governance* dello spazio urbano, fornendo articolati pareri giuridici ai propri clienti e talvolta contribuendo alla loro assistenza in giudizio. L’attività della clinica è votata alla collaborazione paritaria fra studenti e docenti e ad un approccio necessariamente interdisciplinare, laddove coinvolge competenze di natura privatistica, pubblicistica, comparatistica, amministrativistica e internazionalistica⁴⁵. A voler riportare alcuni casi esemplari trattati dalla Clinica legale di Perugia, si può cominciare dalla richiesta di consulenza proveniente dal Comune di Umbertide e relativa alla disciplina delle strade vicinali, ovvero le strade di proprietà privata sottoposte ad un particolare regime di accesso pubblico. Il Comune si trovava a fare i conti con la crescente prassi, perpetuata da proprietari privati, di chiudere dette strade al libero accesso adducendo motivi legati alla sicurezza o alla perdita del carattere di vicinalità. La circostanza stava provocando gravi incomodi alla popolazione, impedendo l’accesso a fonti d’acqua o a siti di interesse storico-archeologico (su tutti una tomba etrusca) e mortificando anche la fruibilità turistica del territorio. La clinica ha dunque licenziato un parere che ben manifesta la sua propensione alla sperimentazione e la sua vicinanza al valore dell’inclusività. Partendo dalla già citata sentenza della Cassazione di Roma sul caso Villa Borghese (1887), gli studenti hanno ripercorso un *iter* – per lo più neglet-

to dalla visione dominante – lungo il quale una parte della giurisprudenza e della dottrina ha costruito il diritto collettivo di accesso a taluni beni privati. Più in generale, poi, si è esaminata la genealogia del diritto di proprietà al fine di porne in rilievo la funzione sociale, i limiti e il rapporto con i diritti fondamentali, guardando allo *ius excludendi* non più come valore assoluto collegato alla proprietà, ma bensì come una facoltà dominicale a intensità variabile. Soddisfatto per la consulenza ricevuta, il Comune di Umbertide è tornato a chiedere il supporto giuridico della Clinica anche nell’anno corrente, questa volta in relazione agli usi civici del fungatico e del tartufatico e alla possibilità per i privati di limitarne la prosecuzione. Nel 2015 la Clinica legale ha avuto l’opportunità di cimentarsi anche nella produzione di un *draft* normativo, allorché la Commissione permanente Affari istituzionali del Consiglio comunale di Perugia le ha chiesto di contribuire alla stesura del Regolamento comunale sui Beni Comuni.

Il gruppo incaricato si è dato come obiettivo quello di affiancare ad una virtuosa imitazione dei regolamenti già approvati da altri Comuni (in particolare Bologna, Siena, Ivrea, Chieri e Orvieto), alcuni elementi di originalità necessari ad un maggiore ancoraggio alle peculiarità della città di Perugia, sede universitaria nonché notevole borgo medievale. L’impegno del gruppo di lavoro ha voluto attribuire particolare valore (e legittimazione) a quelle “pratiche del comune” con cui i cittadini, dal basso, difendono il patrimonio infrastrutturale, naturalistico e culturale del proprio territorio, in ciò identificando un elemento costitutivo dei propri diritti fondamentali e sociali. Per fare ciò gli studenti hanno approfondito le problematiche relative allo spazio urbano e le norme nazionali e internazionali relative alla gestione e alla tutela dei beni culturali.

In linea con la volontà del cliente, la proposta finale ha dunque tenuto conto dell’esigenza di favorire una più attiva partecipazione dei cittadini alla gestione e alla fruizione dei beni comuni urbani, anche prendendo a modello alcuni testi normativi particolarmente avanzati in fatto di democrazia partecipativa. Si sono dunque disciplinate, in definitiva, le proposte di collaborazione dei cittadini alla gestione, alla cura e alla valorizzazione dei beni comuni e degli spazi pubblici.

La proposta di Regolamento è stata presentata da alcuni componenti della *Law clinic* in una seduta speciale della commissione Affari istituzionali del

44. Le cliniche legali sono istituzioni accademiche in cui studenti di diritto sono chiamati ad affiancare docenti e ricercatori nella risoluzione di casi reali. Lo scopo è arricchire l’esperienza formativa degli studenti e perseguire insieme valori di ordine sociale e ambientale.

45. Per informazioni e materiali relativi alla Clinica legale «Salute, Ambiente e Territorio» si rimanda all’apposita sezione del sito *web* del Dipartimento di giurisprudenza di Perugia: www.giurisprudenza.unipg.it/didattica/cliniche-legali/law-clinic-salute-ambiente-e-territorio/35-generale/import/ricerca (ultima visita 17/05/17).

Consiglio comunale di Perugia, ed è attualmente nel suo *iter* di approvazione.

È ancora del 2015 il parere che la Clinica legale ha prodotto, su richiesta del Sindaco di Perugia, riguardo la possibilità di porre in essere interventi di sostegno al diritto all'abitare tramite il recupero di immobili di proprietà pubblica. In generale, il Sindaco lamentava l'aggravarsi dell'emergenza abitativa nel capoluogo umbro, causa di una crescente tensione sociale fra quegli strati di popolazione che non riescono né a sostenere i costi del mercato privato né ad accedere all'edilizia residenziale pubblica. Nel documento finale, particolarmente elaborato, la Clinica ha allora prospettato sia interventi da attuare nel breve periodo (illustrando le caratteristiche tecnico-giuridiche di congegni quali *Social housing*, Sponsorizzazione e Albergo diffuso) sia soluzioni di medio e lungo periodo (tra cui gli strumenti del *Community Land Trust* e delle *Limited Equity Coop*).

Il tema dello spazio urbano come bene comune, infine, è emerso prepotente nel delicato caso riguardante la *Piazza Nuccitelli Persiani*, sita nel noto quartiere Pigneto di Roma. In tale circostanza la Clinica legale sta provando ad affiancarsi alle rivendicazioni di un comitato di quartiere impegnato a scongiurare l'ennesima apertura (stavolta nel vero cuore della piazza) di un esercizio commerciale di somministrazione di alimenti e bevande. L'iniziativa imprenditoriale, infatti, rischia di compromettere l'effettiva e piena fruibilità della Piazza da parte dei residenti, i quali, già da anni, si fanno carico della gestione e della manutenzione dell'area urbana, organizzandovi tra l'altro numerose attività di aggregazione sociale.

La resistenza alla *gentrification*, la tutela contro le immissioni e il doveroso contingentamento delle licenze sono allora fra gli argomenti che la Clinica sta utilizzando per incoraggiare un più equo bilanciamento fra libertà di impresa e diritto alla città, e quindi diritto alla tutela di quei (già limitati) spazi urbani accessibili dal cittadino in maniera non condizionata dall'obbligo del consumo o del soddisfacimento di standard di natura censitaria.

Se la Clinica legale «Salute, Ambiente e Territorio» si inserisce fra gli attori che, per nulla senza difficoltà, cercano di ridisegnare la gestione e la fruizione degli spazi per reagire alla crescente tendenza allo spossessamento, essa può ben essere considerata a sua volta un bene comune, impegnata com'è a diffondere il sapere giuridico oltre i suoi classici confini. La Clinica legale, così come sperimentata nelle esperienze ora descritte, attualizza la nozione di bene comune più aggiornata e militante proprio perché la sua funzione non sta semplicemente nel garantire l'uso e la gestione collettiva delle risorse immateriali che la individuano, ma redistribuisce quelle risorse al di fuori della comunità di riferimento, rafforzando o creando *ex novo* legami di solidarietà sociale (e politica) fra la comunità studentesca e gli attori sociali al di fuori di essa. L'attività delle cliniche legali da una parte redistribuisce potere sociale e simbolico consentendo a soggetti, in vario senso definiti marginali, di divenire attori sulla scena della giustizia; dall'altra crea vere e proprie forme di reddito indiretto e si iscrive nei processi di produzione di *welfare* dal basso attraverso cui prendono forma le istituzioni del comune.

The dark side of the moon.

Internet, ricerca scientifica e la sfida degli open commons

di *Elisa Contu*

La dimensione globale di internet presenta uno scenario particolarmente favorevole per una ri-considerazione del rapporto tra beni e persone, che si ponga come alternativo al modello proprietario classico, attraverso la valorizzazione del profilo relazionale in luogo di quello individuale. Il presente scritto intende analizzare la teoria dei beni comuni con riferimento al sapere prodotto in ambito accademico e diffuso online in formato digitale. In particolare, si vuole riflettere sulla sua configurazione in termini di open access commons, quale presupposto per una valorizzazione di processi di produzione e diffusione della conoscenza maggiormente inclusivi e democratici.

1. La circolazione della conoscenza attraverso le nuove tecnologie

Nel giro di qualche decina di anni, internet ha rivoluzionato il nostro modo di rapportarci con la realtà e di interagire con gli altri. Se originariamente si trattava principalmente di un sistema evoluto di comunicazione e di circolazione di informazioni, in tempi più recenti si è trasformato in un fondamentale strumento di socializzazione, ma anche di produzione, diffusione e conservazione della conoscenza, nell'ambito del quale l'utente abbandona la veste di mero fruitore, per assumere un ruolo progressivamente più attivo¹.

La possibilità di scambiare idee, opinioni, informazioni diviene sempre più importante ai fini delle relazioni intersoggettive e della stessa costruzione dell'identità personale², mentre il fatto di poter fruire delle risorse distribuite in rete si pone come presup-

posto per la partecipazione in società in condizioni di eguaglianza e libertà.

In tale scenario, non è solo la rete di per sé a venire in rilievo, ma sono soprattutto le risorse che in essa circolano ad aver acquisito importanza strategica: le nuove tecnologie hanno contribuito significativamente al passaggio da una "società industriale" ad una "società della conoscenza".

Certamente, l'accesso alle informazioni era una questione rilevante già prima dell'avvento di internet, tuttavia, il modo in cui esse vengono ora prodotte, conservate e diffuse pone diversi interrogativi e determina il sovrapporsi di nuovi interessi, spesso contrastanti.

Man mano che la conoscenza ha acquisito maggior rilievo dal punto di vista sociale, politico ed economico, sono aumentate le tensioni per esercitare un controllo sulla stessa e la fervida adesione alle logiche del mercato, quale meccanismo in grado di contemperare costi e benefici del singolo e della collettività³,

1. Il riferimento non è tanto alle prime versioni di internet che consentivano di effettuare ricerche in rete, ma a scopi prettamente individuali, quanto al cd *web 2.0* e *web 3.0*. Tali accezioni richiamano la nascita dei social network, di sistemi di diffusione di contenuti multimediali e del cloud computing e il conseguente progressivo utilizzo di internet come strumento di socializzazione e di raccolta di dati e informazioni.

2. G. Marini, *Diritto alla privacy*, in A. Barba, S. Pagliantini (cur.), *Commentario del codice civile*, Diretto da E. Gabrielli, Utet, 2013, pp. 250 ss.

3. A. Pradi, *I beni comuni digitali nell'era della proprietà intellettuale*, in A. Pradi, A. Rossato (curr.) *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino*, Law and Technology Research Group Research Paper, Trento, 2014, p. 13.

ha fatto sì che la proprietà intellettuale si imponesse come modello egemonico, identificativo del rapporto tra beni e persone.

Così, le stesse tecnologie che consentono la più ampia fruizione del sapere sono state ripensate dalle imprese commerciali e utilizzate al fine di circoscrivere l'accesso a risorse precedentemente nella disponibilità comune⁴.

Dal punto di vista giuridico, il web si presenta come il più ampio spazio pubblico e al tempo stesso come il luogo in cui trovano espressione una molteplicità di diritti individuali, con la conseguente necessità di una costante opera di bilanciamento tra istanze di esclusione, accesso, gestione e appropriazione⁵. Occorre inoltre considerare come la dimensione globale della rete, la difficoltà di esercitare un controllo effettivo sulla e nella stessa e la dematerializzazione dei contenuti che vi circolano abbiano contribuito a determinare una profonda disarticolazione di due concetti fondamentali della tradizione giuridica occidentale, quello di sovranità e quello di proprietà. Si tratta di due capisaldi della modernità, in ragione dei quali, sin dal *Code civil* francese, gli ordinamenti giuridici europei sono stati organizzati secondo il binomio pubblico-privato⁶: «*Au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'empire*»⁷.

Proprio in ragione di tali aspetti, la rete si presenta come uno degli scenari più stimolanti per una lettura del rapporto tra il “mondo delle persone” e il “mondo dei beni” secondo la logica dei beni comuni⁸.

In questa analisi, l'attenzione si concentrerà su una specifica risorsa, il sapere prodotto nell'ambito della ricerca scientifica e diffuso *online* in formato digitale, il quale non solo assume rilevanza strategica

rispetto alla distribuzione di potere tra gli attori sociali, ma risulta particolarmente interessante anche in considerazione del delicato atteggiarsi del binomio pubblico-privato.

2. Internet, proprietà intellettuale e beni comuni

La configurazione della proprietà individuale come necessario modello di regolazione del rapporto beni-persone, tipica del pensiero giuridico classico⁹, ha trovato piena consolidazione nelle prime codificazioni, per divenire poi un elemento cardine dello stesso diritto privato europeo. Ciò emerge chiaramente dalle parole di Cambacérès, secondo il quale «*la législation civile règle les rapports individuels et assigne à chacun ses droits, quant à la propriété*»¹⁰.

Tale impostazione ha ricevuto ampia legittimazione nel contesto sociale, economico, politico e culturale e, accompagnata dalla retorica della inevitabile inefficienza delle risorse lasciate in comune (*the tragedy of the commons*¹¹), ha determinato l'imporre della proprietà individuale come modello naturale e neutrale di gestione, trascurando gli effetti che ad essa conseguono sul piano della distribuzione di potere e nella determinazione di precise relazioni gerarchiche tra i soggetti¹².

Nel momento in cui i beni immateriali hanno iniziato ad acquisire rilevanza come potenziale fonte di profitto, ha preso il via quello che Boyle ha definito «*The second enclosure movement*»¹³ e cioè la riproduzione del fenomeno che, a partire dal Quindicesimo secolo, ha visto la progressiva recinzione delle ter-

4. C. Hess, E. Ostrom, *Ideas, Artifacts and Facilities: Information as a Common-Pool Resource*, in *Law and Contemporary Problems*, 66, 2003, pp. 111 ss.

5. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 108, 110 ss.

6. S. Rodotà, *Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au xxi siècle*, in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2016, disponibile on line: <http://traces.revues.org/6632>.

7. J.É.M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, 1844, p. 215.

8. U. Mattei, *The State, the Market, and some Preliminary Question about the Commons (French and English Version)*, 2011, disponibile on line: https://works.bepress.com/ugo_mattei/40.

9. J. Locke, *Capitolo V. Della proprietà*, in *Due trattati sul governo. Secondo Trattato*, 1690, Utet, pp. 254-273.

10. J.J.R. Cambacérès, in P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, vol. I, Paris, 1836, p. 141.

11. G. Hardin, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, pp. 1243-1248.

12. Sul punto si vedano M.R. Marella, *The Commons as a Legal Concept*, in *Law & Critique*, 2016, pp. 1-26; S. Rodotà, *op. cit.*, 2016.

13. J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and Contemporary Problems*, 66, 2003, pp. 33.

re un tempo coltivate in comune¹⁴. Contestualmente, man mano che le tecnologie hanno aperto nuovi scenari e possibilità di sfruttamento delle risorse, si è posta l'esigenza di definire i diritti e i poteri di controllo sulle stesse ed è sembrato ovvio ricorrere al modello della proprietà individuale, attraverso la coniazione del termine «proprietà intellettuale»¹⁵. Un'analisi critica di tale elaborazione non può non tener conto dei presupposti storici che erano alla base di quell'istituto e delle caratteristiche specifiche dei beni cui fa riferimento, così da mettere in luce il carattere più simbolico che effettivo dell'assimilazione.

Almeno nell'impostazione di *civil law*, il concetto di proprietà è strettamente correlato a quello di possesso e i suoi elementi identificativi debbono essere individuati da un lato nella disponibilità diretta e immediata della risorsa, in virtù della sua materialità e, dall'altro, nell'esercizio dello *jus excludendi alios*. È evidente come, con riferimento alle risorse intangibili, il primo dei due elementi non sia configurabile, mentre il secondo presupponga una recinzione che può essere tracciata solo per via giuridica¹⁶.

Quanto all'esigenza di prevenire la tragedia dei beni comuni, invocata tra le principali giustificazioni dell'istituto, occorre considerare come questa poggi le proprie basi su la scarsità, l'esauribilità e la rivalità dei beni materiali, caratteristiche che non assumono invece rilievo determinante con riferimento a quelli intangibili. Quest'ultimi possono essere riprodotti con facilità a costi trascurabili e più soggetti possono beneficiarne contemporaneamente senza che la risorsa si consumi e quindi senza pregiudicare un'analoga prerogativa in capo ai terzi; il riconoscimento di diritti esclusivi non può trovare allora la propria *ratio* nel

rischio di un sovra-sfruttamento: nel caso della conoscenza è semmai il suo scarso utilizzo che ne inibisce le potenzialità, determinando effetti negativi per l'economia e per la società.

Secondo la retorica generale, l'attribuzione di «diritti forti» rappresenterebbe il necessario presupposto per incentivare il lavoro intellettuale, garantire il progresso e un'efficiente gestione delle utilità¹⁷. È questo il modello adottato dal Wipo Copyright Treaty del 1996¹⁸, cui hanno fatto seguito negli Stati Uniti il Digital Millennium Copyright Act (Dmca)¹⁹ del 1998 e la Direttiva 2001/29/Ce²⁰, in cui si afferma che «la protezione [del diritto d'autore e dei diritti connessi] contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale» e la proprietà intellettuale viene riconosciuta come «parte integrante del diritto di proprietà»²¹.

Eppure, proprio il richiamo ad uno dei campioni dell'individualismo proprietario, John Locke, permette di analizzare in chiave critica tale assunto. Se è vero che attraverso il lavoro il soggetto imprime sul bene le sue energie, trasformandolo in qualcosa di altro rispetto a come si presenta in natura e rendendolo suscettibile di appropriazione, nell'ambito della conoscenza non è possibile capire dove il contributo dell'uno finisca e quello dell'altro inizi. Ormai accantonato, se mai sia esistito, il mito dell'autore romantico²² e quindi l'idea della creazione solitaria e individuale del sapere, occorre considerare come questo sia il frutto di un lavoro collettivo, di un processo consequenziale di *input* e *output*. In tale contesto, un sistema proprietario troppo stringente e l'eccessiva proliferazio-

14. Il termine «enclosure» è stato introdotto da Karl Polany, che descrive tale fenomeno in *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, Beacon Press, Boston, 1944.

15. L'idea stessa di proprietà intellettuale è relativamente recente, essendosi delineata intorno al Quindicesimo secolo, quando alcune scoperte tecnologiche, in particolare l'invenzione della stampa ad opera di Gutenberg, hanno determinato la riproducibilità dell'opera in un numero indefinito di copie, con conseguente difficoltà per l'autore di mantenerne un controllo. Sulle origini e l'evoluzione storica della proprietà intellettuale si veda M. Xifaras, *Copyleft and the Theory of Property*, in *Eurozine* (precedentemente pubblicato in francese in *Multitudes* 41, 2010), disponibile online: www.eurozine.com/articles/2010-09-16-xifaras-en.html.

16. A. Gambaro, *Ontologia dei beni e jus excludendi*, in *Comparazione e diritto civile*, disponibile on line: www.comparazionediritto.civile.it/prova/files/rav_gambaro_ontologia.pdf, 2010; M. Xifaras, *op. cit.*

17. A. Rossato, *Sulla natura dei beni comuni digitali*, in A. Pradi, A. Rossato (curr.), *op. cit.*, p. 25.

18. World Intellectual Property Organization: Copyright Treaty, Dec. 20, 1996, p. 36 I.L.M. 65, WIPO (1997).

19. Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

20. Direttiva 2001/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione - Gazzetta ufficiale n. L 167 del 22/06/2001.

21. Considerando n. 9 della Direttiva 2001/29/Ce.

22. M. Rose, *Authors and Owners: the Invention of Copyright*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, pp. 125-128.

ne di meccanismi escludenti possono determinare un sottoutilizzo delle risorse, un incremento dei costi per la produzione di nuove informazioni e causare così la cd. «*tragedy of anti-commons*»²³.

Tali considerazioni invitano allora a interrogarsi in merito alla configurabilità e idoneità di un modello di gestione distinto dalla proprietà classica.

Una delle analisi che ha contribuito maggiormente ad intaccare il predominio di quel sistema è stata sviluppata da Elinor Ostrom con riferimento alle *Common Property Resources*. Attraverso studi empirici, la premio Nobel dell'economia ha dimostrato che i membri di un gruppo possono gestire in modo efficiente una risorsa, senza il necessario intervento pubblico o il ricorso alla proprietà privata. Presupposto di tale teoria, almeno nelle sue prime elaborazioni, è un contesto ristretto, nell'ambito del quale riconoscere ad una comunità ben definita una serie di diritti, tra cui quello di escludere l'accesso e l'utilizzo di terzi²⁴.

Vi è in ciò il superamento dell'approccio individualistico tipico del modello classico di proprietà, ma continua ad esservi il riferimento a beni suscettibili di uso rivale e rispetto ai quali mantiene una funzione centrale lo *jus excludendi alios*, seppur ad esserne titolare sia un gruppo e non un singolo.

La conoscenza e in particolare la sua diffusione in uno scenario globale come quello offerto da internet, in cui non esistono confini, né una comunità ben definita, invitano a ripensare anche questo modello. Fondamentali in tal senso, sono state le elaborazioni di Rose in reazione ai «*network goods*»²⁵ e quelle di Frishmann in termini di «*infrastructure*»²⁶. Partendo dalla configurazione giuridica delle strade o dei

fiumi, per arrivare a internet e all'informazione, tali autori hanno posto le basi per riconoscere la sostenibilità sociale ed economica degli *open commons*: beni rispetto ai quali le esternalità positive derivanti dal libero accesso superano i costi necessari per garantirlo²⁷.

Con riferimento alla conoscenza, è proprio nel bilanciamento tra l'esigenza di incentivare il progresso e la fruizione della scienza da un lato e la remunerazione del lavoro cognitivo dall'altro che si colloca il difficile equilibrio tra *open access* e diritto d'autore.

Si tratta di una soluzione che non può essere individuata una volta per tutte, ma che richiede una certa flessibilità e la capacità di adattarsi all'evolversi delle tecnologie e alla specificità del contesto di riferimento.

3. La ricerca scientifica e la sfida dell'*open access*

Un esempio particolarmente rilevante di *open commons* è rappresentato dalle pubblicazioni accademiche distribuite online in *open access*.

La diffusione della conoscenza attraverso le nuove tecnologie rende oggi ancor più rilevante la questione che poneva Boyle qualche anno fa e cioè se la proprietà intellettuale assolva ancora il compito di «*promoting the ideal of progress, a transparent marketplace, easy and cheap access to information, decentralized and iconoclastic cultural production self-correcting innovation policy*», o se invece «*the system that was supposed to harness the genius of*

23. M.A. Heller, *The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets*, in *Harvard Law Review*, 1998, pp. 621-688. Con specifico riferimento alla diffusione della conoscenza, si veda anche L. Fekete, *The Production, Use and Dissemination of Knowledge and Information in the Global Communications Network*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 3, 2009, pp. 239-258.

24. C. Hess, E. Ostrom, *op. cit.*, 2003, pp. 121 ss. Le AA. chiariscono la differenza tra *Common Property* e *Open Access Regimes* in relazione alla sussistenza o meno dello *jus excludendi alios* in capo a un determinato gruppo. Pur non riconoscendo un sistema o l'altro come necessariamente efficiente o inefficiente, ritengono che la sussistenza di tale diritto renda la gestione delle risorse più idonea al conseguimento di un risultato utile.

25. C. Rose, *The Comedy of the Commons. Commerce, Custom, and Inherently Public Property*, in *The University of Chicago Law Review*, 53, 1986, p. 711; Id. *Romans, Roads and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age*, in *Law and Contemporary Problems*, 66, 2003, p. 89. L'A. evidenzia un'analogia tra internet e beni quali le strade o i ponti, risorse che secondo il diritto romano potevano essere qualificate come *res publicae*. Il fattore che incide maggiormente nella loro considerazione come beni pubblici a libero accesso è il «*network effect*»: le linee di trasporto rendono il commercio sostenibile e in tal modo incrementano il valore di tutte le proprietà ad esse connesse, assicurando un beneficio sociale. Alla base di tale costruzione vi è una sinergia e non un antagonismo con la proprietà privata.

26. B.M. Frishmann, *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, in *Minnesota Law Review*, 89, 2005, p. 917; Id. *Infrastructure. The Social Value of Shared Resources*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2012. Il riferimento è a beni essenziali per la produzione di altri beni, per lo più con particolare rilievo pubblico o sociale.

27. Y. Benkler, *Commons and Growth: The Essential Role of Open Commons in Market Economies*, in *The University of Chicago Law Review*, 80, 2013, p. 1499; Id. *Open Access and Information Commons*, in F. Parisi (cur.), *Oxford Handbook of Law and Economics: Private and Commercial Law*, 2016.

both the market and democracy sometimes subverts both»²⁸.

I diritti di privativa non ostacolano di per sé le interazioni, si può anzi affermare che, se ben definiti, possano incentivare la cooperazione e il lavoro intellettuale²⁹. Il problema è la loro proliferazione incontrollata e la tendenza a generalizzare tale modello, senza tener conto degli specifici contesti di riferimento.

Nell'ambito della ricerca accademica internet può rappresentare uno strumento di grande apertura e condivisione, così come lo scenario entro cui porre in essere meccanismi di *enclosure* della conoscenza. L'*open access* cerca di valorizzare il primo aspetto, enfatizzando le caratteristiche che rendono possibile il superamento delle barriere che, a livello giuridico, economico e tecnologico, ostacolano la fruizione delle risorse³⁰. Al di là delle sue diverse declinazioni, l'*open access* può essere definito come quel sistema in virtù del quale un'opera in formato digitale è resa liberamente accessibile *online*, gratuitamente e senza bisogno di autorizzazioni per un numero indeterminato di soggetti, con il limite del riconoscimento della paternità dell'opera e del diritto dell'autore di mantenere un controllo sulla stessa³¹.

Se i recenti sviluppi della proprietà intellettuale hanno determinato un progressivo spostamento dell'asse degli interessi a scapito della collettività, il nuovo approccio sembrerebbe pregiudicare l'autore, vanificando la possibilità di ottenere una congrua remunerazione per il lavoro svolto.

Tale conclusione non tiene conto delle peculiarità della risorsa cui si intende fare riferimento e cioè che la letteratura scientifica diffusa sul *web* è una produzione intellettuale esente da *royalty* e che, in quanto digitalizzata, è anche non rivale³².

Occorre allora considerare le specificità del mondo accademico e delle dinamiche dell'editoria scientifica. A differenza di altri settori in cui opera il *copyright* (musicale, cinematografico o anche della manualistica scientifica), generalmente l'autore cede gratuitamente e in via esclusiva i propri diritti economici agli editori, con la sola condizione che siano tutelati i suoi diritti morali.

Come evidenziato da Suber, si tratta di un fenomeno strettamente collegato alla libertà scientifica dei ricercatori³³: questi possono prestare minore attenzione ai diritti patrimoniali perché, grazie al sostegno economico loro garantito dai centri di appartenenza, dovrebbero essere sottratti alle leggi di mercato³⁴.

L'*open access* potrebbe allora rappresentare la soluzione idonea a garantire il più elevato soddisfacimento delle prerogative dei soggetti coinvolti: non solo l'interesse generale ad avere un accesso diffuso alla conoscenza, ma anche quello degli autori ad acquisire visibilità e incrementare la propria reputazione. Eppure, l'idea della recinzione o del riconoscimento di diritti individuali come presupposto di efficienza costituiscono ancora un *topos* ricorrente e l'editoria accademica continua ad incrementare i profitti e innalzare le barriere d'accesso.

A parte le reticenze dello stesso mondo accademico, in ragione di quelli che Suber definisce "stalli tragici"³⁵, uno dei fattori che permette agli editori di conservare tale posizione oligopolistica è rappresentato dall'attuale sistema di valutazione delle pubblicazioni scientifiche e delle carriere accademiche. Tra i principali parametri di analisi vi è il "prestigio" delle sedi editoriali in cui vengono pubblicate le opere, con la conseguenza che la decisione relativa a come, quando e dove diffondere

28. J. Boyle, *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, New Haven & London, 2008, pp. 8-9.

29. C. Rose, *op. cit.*, 2003, p. 103.

30. P. Suber, *Creare un bene comune attraverso il libero accesso*, in C. Hess, E. Ostrom (cur.), *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*. Ed. italiana a cura di P. Ferri, Mondadori, Milano, 2009, pp. 177 ss.; R. Caso, *La via legislativa all'Open Access: prospettive comparate*, Trento Law and Technology Research Group Research Paper, 2014, p. 5.

31. P. Suber, *op. cit.*

32. L'*Open Access* è strettamente correlato alla portata globale di internet. Per avere un bene comune *Open Access* non è sufficiente che il titolare dei diritti acconsenta ad abbattere le barriere che ostacolano il libero accesso, ma è altresì necessario che l'opera sia digitalizzata e distribuita *online*. P. Suber, *op. cit.*, p. 193.

33. Il riferimento è a chi, a prescindere dal titolo accademico, svolge ricerca all'interno dell'Università o altro istituto di ricerca.

34. P. Suber, *op. cit.*, p. 184.

35. Con "stallo tragico" si intende fare riferimento alla situazione in cui diversi soggetti sono accomunati dall'intento di raggiungere un determinato risultato, ma sono portati ad attendere o rimandare e nessuno vuole agire per primo per paura di veder ricadere su di sé i costi iniziali che lo stesso richiede. P. Suber, *op. cit.* pp. 196 ss.

i risultati delle ricerche diviene sempre meno una prerogativa dell'autore.

Questo meccanismo, legato alla classificazione delle riviste, si presta a produrre effetti egemonici sulla conoscenza, poiché il desiderio-necessità di veder accettato il proprio *paper* da una rivista cd. di "classe A" può indurre i ricercatori ad adeguarsi a determinati *standard* e preferire argomenti e approcci maggiormente "condivisi". Così, se il fatto di non dipendere economicamente dai guadagni derivanti dalla vendita degli articoli dovrebbe consentire di scegliere il proprio campo d'indagine e, eventualmente, anche argomenti di "nicchia", senza i condizionamenti delle aspettative del pubblico, gli attuali sistemi di valutazione finiscono con il riprodurre logiche estranee al mondo accademico, incidendo non solo sull'accesso ai risultati scientifici, ma sulla stessa libertà ed eterogeneità della ricerca.

D'altro canto, la diminuzione dei fondi pubblici, il costante incremento dei prezzi dei periodici scientifici e il comporsi di interessi economici e sociali che insistono sulla creazione e diffusione del sapere³⁶ sono idonei a generare effetti pregiudizievoli anche in termini di *human divide*: a livello locale, le biblioteche pubbliche assumono una posizione sempre più marginale e solo quelle con maggiori finanziamenti sono in grado di garantire ai "propri utenti" un ampio bacino di risorse; a livello globale si accentua il divario, in termini di accesso e di visibilità, nei confronti degli scienziati dei Paesi

in via di sviluppo³⁷. La disponibilità *online* dei prodotti scientifici permetterebbe non solo una maggiore fruibilità degli stessi, al di là delle barriere spaziali, ma anche di superare modelli di diffusione della conoscenza che, attraverso i principali canali di comunicazione, tendono a consolidare determinate egemonie culturali.

Non è un caso allora che anche a livello di politiche europee, le strategie di *open access* siano legate all'esigenza di rendere più trasparenti gli accordi conclusi con gli editori e all'obiettivo di favorire meccanismi di valutazione delle carriere accademiche che incentivino "una cultura di condivisione"³⁸. Al tempo stesso, si mira a valorizzare la dimensione comunitaria dell'accademia e a riconoscere un ruolo attivo agli stessi ricercatori, ad esempio attraverso il potenziamento degli archivi istituzionali³⁹.

Tali approcci non vanno necessariamente visti in contrapposizione alla proprietà, quanto piuttosto come una riconsiderazione della stessa in relazione a finalità differenti da quelle classiche. La scelta di rendere la propria opera disponibile in *open access* non implica una rinuncia al diritto d'autore, così come quest'ultimo non ha come presupposto un comportamento egoistico. L'autore continua ad essere titolare dell'opera, ma esercita le proprie facoltà in modo compatibile con un'ampia fruizione della risorsa⁴⁰. La tradizione giuridica ha dato prova dell'esistenza di diversi tipi di proprietà⁴¹ e sebbene si sia affermato come predominante un modello escluden-

36. Il riferimento non è solo al potere contrattuale nella distribuzione delle licenze, generalmente in forma di *bundling*, ma anche al ruolo sempre più rilevante di alcuni operatori in merito alla "selezione" della conoscenza, attraverso l'indicizzazione e la catalogazione delle riviste scientifiche. C. Hess, E. Ostrom, *op. cit.*, 2003, pp. 136-137; R. Caso, *op. cit.*, 2014, pp. 3-4.

37. Il sistema di valutazione dei prodotti accademici ha reso centrale il ruolo di alcuni strumenti di analisi quale il *Science Citation Index*. Secondo un sondaggio condotto nel 1995 e che nell'arco dei successivi dieci anni non sembra aver subito modifiche sostanziali, meno del 2% delle riviste indicizzate proviene da Paesi in via di sviluppo. W.W. Gibbs, *Lost Science in the Third World*, in *Scientific American*, 1995, pp. 92-99, cit. in C. Hess, E. Ostrom, *Un Framework per l'analisi dei beni comuni della conoscenza*, in C. Hess, E. Ostrom (cur.), *op. cit.*, nota n. 14, p. 63.

38. Art. 1 Raccomandazione della Commissione del 17 luglio 2012 sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione (2012/417/Ue).

39. In dottrina è stata messa in luce la differenza con i *social network* scientifici. Sebbene entrambi consentano un'ampia diffusione dei risultati della ricerca, quest'ultimi sono organizzazioni *for profit* e il libero accesso è mediato da enti con un significativo potere economico e commerciale, interessati alla raccolta e all'analisi dei dati gratuitamente offerti dai ricercatori. Essi offrono minori garanzie in termini di trasparenza, conservazione dei dati nel tempo, *privacy* e gestione dei diritti di proprietà intellettuale e, a differenza dei *repository* istituzionali, tendono a privilegiare gli individualismi dell'autore in luogo della dimensione collettiva della ricerca. R. Caso, *La scienza aperta contro la mercificazione della ricerca?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2016, pp. 243 ss.; L. Svantesson, *Open Access - Making Research Available via the EUI Repository*, *Cadmus*, in *EUI Review*, 2011, pp. 22-24; G. Hall, *What does Academia.edu's Success Mean for Open Access? The Data-Driven Worlds of Search Engines and Social Networking*, disponibile online: <http://blogs.lse.ac.uk/impactofsocialsciences/2015/10/22/does-academia-edu-mean-open-access-is-becoming-irrelevant>, 2015; C. Hess, E. Ostrom, *op. cit.*, 2009, pp. 61 ss.

40. G. Donadio, *Open Access, Europa e modelli contrattuali: alcune prospettive sui beni comuni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2013, pp. 116 ss.

41. S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*. In *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 159.

te, non vi è motivo per non ammettere la configurabilità di una proprietà inclusiva. In tal senso, un ruolo fondamentale può essere assunto proprio dai beni comuni i quali, ponendosi “oltre il pubblico e il privato”⁴², offrono le basi per una rimodulazione del rapporto tra titolarità e accesso⁴³.

4. I beni comuni come approccio contro-egemonico alla produzione e diffusione della conoscenza

Alla luce di quanto detto, ci si potrebbe interrogare in merito all'apporto degli *open commons* nell'ambito della produzione scientifica e, in particolare, in relazione alla loro capacità di porsi come presupposto per un approccio contro-egemonico alla diffusione della conoscenza; in contrapposizione a quelle dinamiche che, attraverso la configurazione della proprietà intellettuale come sistema neutrale di gestione delle risorse immateriali e il consolidamento degli attuali meccanismi di valutazione, hanno determinato un progressivo accentramento di potere nelle mani di pochi soggetti.

Sebbene la qualificazione di una risorsa come *open commons* non abbia di per sé una specifica connotazione valoriale⁴⁴, non possono trascurarsi le differenze rispetto al modello proprietario individuale, legate in primo luogo al fatto di fornire «*symmetric use privileges to an open general class of users*»⁴⁵.

Garantendo la partecipazione di un più ampio numero di soggetti, la logica dei beni comuni risulta idonea a favorire lo sviluppo di processi economici e

di elaborazione della conoscenza maggiormente inclusivi e democratici. Ciò assume un rilievo particolarmente significativo in ragione del ruolo strategico rivestito dalla scienza e dalla ricerca sia a livello sociale, che politico ed economico: «*freedom of action in the commons provides room for experimentation not only in productive, material, and intellectual innovation, but in social relations and political action*»⁴⁶. Un accesso libero alla conoscenza consentirebbe non solo di mettere in discussione i centri egemonici di controllo del sapere, ma si porrebbe altresì come presupposto per una partecipazione consapevole e democratica nella società, per l'affermazione di una cittadinanza globale⁴⁷.

Una conferma della loro importanza è data dal fatto che le nuove forme di *open access* sono emerse dal basso, in contesti in cui si erano già consolidati modelli proprietari e nell'ambito delle economie e dei settori economici più avanzati. Come sottolinea Benkler, il passaggio «*from asymmetric exclusive rights to symmetric use privileges underwrote a decentralization of innovation, creativity, production and exchange, and thereby permitted greater experimentation and diversity*»⁴⁸.

In uno scenario caratterizzato da rapida crescita e trasformazione, l'innovazione è strettamente legata alla libertà di agire, sperimentare, esplorare e ciò diviene ancor più rilevante con riferimento alla ricerca scientifica⁴⁹, in ragione del processo di *input-output* e del cd. “*shoulders of giants effect*”⁵⁰.

I beni comuni implicano un cambio di rotta rispetto a un sistema in cui la regolazione dei rapporti, non solo economici ma anche sociali, è demandata

42. M.R. Marella, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre Corte, 2012. Si tratta di un aspetto centrale della proposta di riforma del Codice civile elaborata nel 2007 dalla Commissione Rodotà.

43. S. Rodotà, *op. cit.*, 2013; A. Rossato, *op. cit.*, 33; M.R. Marella, *op. cit.*, 2012 e 2016.

44. C. Hess, E. Ostrom, *Introduzione. Panoramica sui beni comuni della conoscenza*, in C. Hess, E. Ostrom, *op. cit.*, 2009, pp. 17 ss. Sottolineano le AA. come alla base della scelta di un modello giuridico vi sia la composizione di una molteplicità di interessi, in relazione ai quali gli esiti delle interazioni tra beni e persone potrebbero essere i più vari.

45. Y. Benkler, *op. cit.*, 2016.

46. Y. Benkler, *op. cit.*, 2013, p. 1546.

47. S. Rodotà, *op. cit.*, 2013, pp. 130 ss.

48. Y. Benkler, *op. cit.*, 2016.

49. Y. Benkler, *op. cit.*, 2013 e 2016.

50. Il richiamo è all'aforisma attribuito a Newton e ripreso da Bernard de Chartres: «If I have seen further, it is by standing upon the shoulders of giants» e si riferisce a quanto si è detto circa il carattere inevitabilmente cumulativo della conoscenza e della produzione intellettuale.

alle logiche dell'efficienza economica⁵¹. Essi consentono un ripensamento del rapporto persone/beni che, attraverso una progressiva dispersione del potere e la

valorizzazione di un approccio inclusivo e relazionale⁵², sia idoneo a produrre effetti redistributivi su un piano di eguaglianza⁵³.

51. A. Pradi, *op. cit.*

52. U. Mattei, *op. cit.*

53. U. Mattei, *op. cit.*; M.R. Marella, *op. cit.*, 2016.

Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni

di Antonello Ciervo

L'obiettivo del saggio è quello di individuare quale tipologia di interesse, meritevole di tutela giudiziaria, sia sotteso alla categoria dei beni comuni. A partire dalla recente traduzione in italiano di un importante saggio di Yan Thomas, l'autore ritiene che la tutela processuale dei beni comuni potrebbe essere accostata a quella dei cd. "interessi diffusi", sebbene tale tipologia di interessi non si adatti perfettamente alla particolare specificità dei beni comuni. In attesa di una presa di posizione da parte del legislatore sul punto, tuttavia, già la magistratura potrebbe dare riconoscimento giuridico a questa ulteriore *species* di interessi processuali, anche in continuità con la ormai consolidata giurisprudenza in materia di "interessi diffusi".

«Hoc ius: nullum in his quae transeunt ius habere»
Ugo di Digne

1. Che cos'è una cosa?

La recente traduzione in italiano di un importante saggio dello storico del diritto francese Yan Thomas, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*¹, ha aperto un nuovo spazio di ricerca per gli studi (non soltanto giuridici) in materia di beni comuni. Nonostante il lavoro di Thomas appaia, a prima lettura, molto distante dai temi oggetto di questo vivace dibattito scientifico – si tratta di un saggio sullo *status* giuridico dei beni nel diritto romano –, tuttavia, esso appare estremamente utile per provare a rileggere la questione dello statuto concettuale dei beni comuni in una prospettiva più articolata, che tenga conto cioè anche della possibilità di far valere

in sede processuale le istanze dal basso che provengono dai cittadini, singoli o associati, a tutela di questa particolare tipologia di beni.

Una delle questioni che, in effetti, ha reso estremamente vivace, nel corso degli ultimi anni, il dibattito italiano sui beni comuni, è stata senz'altro quella della loro definizione giuridica che la *Commissione Rodotà* aveva provato ad introdurre nel codice civile, purtroppo senza successo².

In breve, le domande che ci si è posti, nel dibattito sui beni comuni, possono essere sintetizzabili nel modo seguente: una volta individuata l'esistenza di un bene comune – questione, in verità, di non semplice risoluzione, non soltanto teoricamente, ma anche praticamente – chi sarebbero poi i legittimi ti-

1. Il saggio, originariamente pubblicato negli *Annales. Histoire, Sciences sociales*, n. 6, novembre-décembre 2002, pp. 1431-1462, è stato tradotto in italiano da Michele Spanò, con un saggio introduttivo di Giorgio Agamben. Nel corso delle prossime pagine farò riferimento alla versione italiana del testo, ossia Y. Thomas, *Il valore delle cose*, Quodlibet, Macerata, 2015.

2. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale italiano in materia di beni comuni e sui lavori della *Commissione Rodotà*, si vedano, rispettivamente, E. Vitale, *Distinguendo. Un'applicazione alla dottrina dei beni comuni*, in *Diritto e Società*, 2016, pp. 399 ss. e I. Ciolli, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, *ivi*, pp. 460-465. Si rinvia anche all'approfondito dossier in M. R. Marella, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, Verona, 2012, pp. 161-168.

tolari di un simile bene giuridico? Meglio, quali soggetti sarebbero legittimati giuridicamente ad agire in giudizio per tutelare questa particolare tipologia di beni? Quale tipo di interesse giuridico sarebbe sotteso all'esercizio di un'azione giudiziaria volta a tutelare i beni comuni? Tale interesse, inoltre, assumerebbe una forma individuale oppure, come sembrerebbe più logico – in ragione della caratteristica strutturale di questa particolare categoria di beni –, collettiva³?

Questi interrogativi – che indubbiamente hanno dato (e continuano a dare) molto da riflettere alla dottrina – non sono di facile soluzione teorica, anche perché risentono di un'impostazione permeata da una visione individualista della proprietà, pubblica o privata che sia. Il giurista, infatti, una volta individuata l'esistenza di un bene, subito si pone il problema della sua titolarità e, contemporaneamente, si pone il problema di come attivare una tutela giuridica, individuale e/o collettiva. Affinché il bene stesso non sia oggetto di lesioni e/o turbative – nella sua gestione, come nel suo godimento – da parte di un altro soggetto non titolato.

Si tratta, a ben vedere, dello schema giuridico classico che discende da secoli di utilizzo della categoria individualista-proprietaria nella legislazione privatistica e pubblicistica occidentale, uno schema mentale da cui difficilmente il giurista contemporaneo riesce ad affrancarsi⁴. Anche per questo motivo, è importante leggere con attenzione il saggio di Yan Thomas sul valore delle cose nell'esperienza giuridica romana: il nostro autore, infatti, ci ricorda come nell'antica Roma, «*Il carattere patrimoniale e commerciale delle "res" non è mai stato formulato esplicitamente se non in modo negativo*»⁵.

Una volta qualificate le cose a partire da quello che esse non sono, infatti, si tratta di concepire l'idea stessa di una costituzione – ma io direi, meglio, di una “costruzione” – di tipo procedurale più che sostanziale dei beni giuridici, una costruzione che parta dall'assunto teorico che il giurista, da sempre, si serve di tecniche e strumenti per forgiare le categorie astratte con cui poi interpreta la propria realtà sociale⁶, categorie che spesso sono delle vere e proprie finzioni⁷.

Ancor prima, quindi, di domandarsi a chi appartengano le cose, bisogna chiedersi quante *species* di beni conosce un ordinamento giuridico: si trattava, nell'antica Roma, di una sorta di “finzione tassonomica” da cui obbligatoriamente doveva partire l'indagine del giurista, il quale distingueva tra cose che afferivano al diritto divino, cose che attenevano al diritto umano e – a loro volta, rispettivamente – al sacro, al religioso e al santo, da un lato, al pubblico e al privato, dall'altro.

Ed è proprio questo, a mio avviso, lo snodo teorico che differenzia l'esperienza giuridica romana da quella codicistica moderna (e contemporanea), ossia che le cinque *species* di *res* che i giuristi di lingua latina riconoscevano – a ciascuna delle quali corrispondeva uno statuto giuridico ontologicamente ben definito –, si ponevano tutte su un piano di “opposizione univoca” tra loro, non riconducibile alla dicotomia beni patrimoniali/beni extrapatrimoniali – o per lo meno non in prima battuta – e che obbligava «... *a classificare il pubblico insieme con il privato, la città con gli individui, la divisione tra divino e umano, cosa che permette[va] di classificare [...] il pubblico con il sacro*»⁸.

Da questo snodo teorico è possibile desumere un tratto, per così dire, quasi antropologico che carat-

3. Il termine collettivo viene qui utilizzato, per il momento, in maniera a-tecnica. Interrogativi simili a quelli esposti nel testo, mi sembra siano sottesi, seppur in una prospettiva teorica differente, con particolare riferimento al diritto all'immagine, all'interessante lavoro di G. Resta, *Chi è proprietario delle piramidi? L'immagine dei beni tra «property» e «commons»*, in *Politica del diritto*, 2009, pp. 567 ss.

4. Sulla radicalizzazione dell'individualismo proprietario che ha permeato di sé tutta la riflessione giuridica moderna e contemporanea, si rinvia a P. Barcellona, *L'individualismo proprietario*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 40 ss.; sempre dello stesso autore, si veda anche Id., *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996. Osserva R. Messinetti, *Nuovi diritti della persona e beni comuni*, in N. Genga, M. Prospero, G. Teodoro (a cura di), *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 88, nota 3, come «... nel sistema del diritto privato, la nozione di bene in senso giuridico non appare tributaria delle qualificazioni economicistiche, ma è costruita sul modello del diritto di proprietà attraverso il riferimento all'idea dell'oggetto del diritto». Non è un caso, allora, se la proposta di legge della Commissione Rodotà ponesse come punto di partenza della riforma del codice civile proprio la riscrittura dell'art. 810, con l'obiettivo esplicito di riformulare i criteri di qualificazione dei beni giuridici prevista dal Codice in privati, pubblici e comuni.

5. Così Y. Thomas, *Il valore delle cose*, op. cit., p. 22.

6. Ivi, pp. 24-25.

7. Sul ruolo delle finzioni nell'esperienza giuridica romana e medievale, si veda sempre Y. Thomas, *Fictio legis. La finzione romana e i suoi limiti medievali*, trad. it. a cura di M. Spanò, Quodlibet, Macerata, 2016, *passim*; è tornata su questi temi, da ultimo, anche E. Olivito, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 2013, in particolare pp. 34 ss. Specificamente sul punto, si veda M. Barcellona, *La metafora dei “beni comuni”: l'Impero, lo Stato e la democrazia nel tempo del capitalismo cognitivo*, in *Democrazia e diritto*, 2016, pp. 7 ss.

8. Così Y. Thomas, *Il valore delle cose*, op. cit., p. 27.

terizzava l'esperienza giuridica romana rispetto alla nostra: si trattava, in breve, di una particolare impostazione giuridica il cui obiettivo era quello di formulare una definizione dogmatica del diritto di proprietà meno curiosa di conoscere chi fosse il soggetto titolare di un determinato bene, ma più interessata ad inquadrare correttamente lo *status* giuridico delle cose⁹. Siamo di fronte, allora, ad un diritto che desumeva la possibilità della tutela giuridica di una “*res*” a partire dalla natura e dalle caratteristiche intrinseche del bene stesso, piuttosto che dal soggetto – pubblico, sacro o privato che fosse – che ne avrebbe dovuto tutelare le sue caratteristiche, oltre che goderne della disponibilità ovvero dei frutti.

La conclusione a cui giunge Yan Thomas è molto importante, non soltanto perché ci invita a guardare il diritto romano con occhi nuovi, ma perché ci consente di guardare anche alle categorie contemporanee che utilizziamo quotidianamente con maggiore consapevolezza – se si vuole relativizzandone la presunta pretesa di generalità ed astrattezza storica –, consentendo così al giurista di aprire uno squarcio sul loro effettivo statuto epistemico¹⁰.

Thomas, infatti, ci insegna che, nell'esperienza giuridica romana, «*Ogni ricerca inscritta in una prospettiva ontologica, a partire dalla questione “che cos'è una cosa?”*, bloccherebbe la possibilità di accedere alle cose del diritto o piuttosto al concetto di “cosa” che le coglie astrattamente»¹¹.

La nozione di “*res*”, quindi, era concepita come una “qualificazione giuridica” in senso stretto, poiché in quella particolare esperienza storica si chiamavano semplicemente “*res*” tutte le cose con cui si aveva a che fare o, per meglio dire, restando fedeli al pensiero del nostro autore, tutte le cose venivano intese «... come “affare”, come processo (*res*) che comporta qualificazione e valutazione della cosa oggetto di controversia (*res*)»¹².

Seguendo lo stile argomentativo di Yan Thomas – sempre in bilico sul filo del paradosso –, si potrebbe

affermare, in estrema sintesi, che «la *res* è la *res*», un gioco di parole questo che potrebbe tradursi nel senso che nel diritto romano «la cosa è il processo». Non a caso è sempre Thomas a ricordarci che l'unica cosa che avevano in comune le “*res*” pubbliche, le “*res*” sacre, quelle religiose e quelle private, era il fatto di essere prese nel circuito della “*res*” procedurale, sebbene soltanto le cose private potessero essere apprezzate – diremmo noi oggi – economicamente, in una controversia davanti al giudice¹³.

2. L'ossessione del soggetto

Ad avviso di Paolo Napoli, la riflessione di Yan Thomas sulla tipizzazione dell'uso dei beni all'interno dell'esperienza giuridica romana risulta assai feconda per il dibattito attuale sui beni comuni, in quanto l'intuizione che siano storicamente esistite determinate categorie di beni indisponibili e “fuori commercio” – in quanto funzionalmente connesse alle esigenze della città ovvero del culto sacro –, destituisce di interesse la soluzione del problema sulla titolarità di tali beni che, invece, possono essere considerati anche alla luce della loro funzione sociale.

In breve, nell'esperienza giuridica romana, si può affermare che esistessero delle cose “pubbliche” – ma anche “sacre”, «... protette non come oggetti di proprietà pubblica, bensì come zone di uso pubblico e come tali assolutamente indisponibili a titolo particolare: piazze, mercati, teatri, strade, fiumi, condotte d'acqua, ecc. Una volta isolata, questa area d'indisponibilità assoluta non concerne solo i privati cittadini ma anche la città; a prevalere, quindi, non è l'istituzione di diritto pubblico sulla libertà del privato, bensì il procedimento in sé che scaturisce dalla combinazione tra un vincolo istituzionale e un uso di cui beneficia una moltitudine di soggetti»¹⁴.

Ad avviso di Paolo Napoli, quindi, è proprio in questo iato concettuale, in questo spazio che si apre ad una

9. Tuttavia, per una diversa impostazione teorica della questione, sempre in una prospettiva storico-giuridica, si rinvia al celebre lavoro di R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto: linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, pp. 161 ss.

10. Su questo punto si considerino anche le osservazioni di E. Betti, *Storia e dogmatica del diritto*, in Id., *Diritto, Metodo, Ermeneutica. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 585, dove il grande giurista camerte rifletteva sul ruolo delle categorie dogmatiche, spesso utilizzate dai giuristi contemporanei senza alcuna prospettiva diacronica. In questo senso, per Betti, le categorie dogmatiche sono da intendersi come delle funzioni logiche della nostra mentalità giuridica, acquisite ed educate con la tradizione e con l'esperienza e, quindi, storicamente contingenti, scientificamente controvertibili, ma non per questo meno necessarie per comprendere il diritto presente (e passato).

11. Così Y. Thomas, *Il valore delle cose*, op. cit., p. 57.

12. *Ivi*, p. 58.

13. *Ivi*, p. 82.

14. Così, diffusamente, P. Napoli, *Indisponibilità, servizio pubblico, uso. Concetti orientativi su comune e beni comuni*, in *Politica & Società*, 2013, p. 418.

nuova immaginazione classificatoria dei beni giuridici che si dà lo “spazio del «comune»”, quello spazio cioè che «... *delimita il raggio dell'azione di ciascuno e il contenuto dell'azione stessa, visto che quest'ultima si può realizzare tanto nell'accesso e nel godimento del bene, quanto in una procedura giudiziaria volta a proteggerne il vincolo di destinazione*»¹⁵.

Ma, allora, se è proprio questo lo spazio del “comune” – lo spazio cioè dell'inappropriabilità e della specifica destinazione all'uso sociale di un determinato bene –, dovrà essere proprio all'interno di questo iato concettuale che dovremo posizionarci per provare a coglierne le conseguenze processuali, ossia la possibilità di elaborare un approdo giudiziario per la tutela dei beni comuni.

In questa prospettiva, sarebbe utile provare a ripensare anche i diritti sociali o, più correttamente, l'erogazione dei servizi pubblici da parte dello “Stato persona”, in una prospettiva diversa da quella a cui tradizionalmente siamo stati abituati a concepirli. Al riguardo, allora, può essere strategico recuperare la dottrina istituzionalista francese di fine Ottocento che aveva provato a pensare il diritto non soltanto in una accezione positivista e statualistica, ma soprattutto in chiave funzionalista.

Seguendo la recente ricostruzione teorica di due autorevoli studiosi transalpini¹⁶, è possibile provare a rileggere la teoria del “servizio pubblico” elaborata da Léon Duguit nella seconda metà del XIX secolo, così da riconsiderare questa categoria giuridica non soltanto come una mera obbligazione positiva dello Stato nei confronti dei propri cittadini¹⁷, come tradizionalmente intesa dal costituzionalismo del secondo Novecento, bensì come una funzione necessaria alla generale interdipendenza che caratterizza ogni organizzazione sociale complessa, in una prospettiva – se

si vuole – organicistica della società e del rapporto di quest'ultima con il Potere politico¹⁸.

Ad emergere, dal recupero di questa tradizione giuridica poco considerata nel dibattito odierno *mainstream*, sarà un paradigma pubblico-regolativo funzionale ad una maggiore coesione economico-sociale delle comunità territoriali, un paradigma che non è certo improntato sulle tradizionali dicotomie “libertà/solidarietà”, “pubblico/privato”, ma che, invece, risulta «... *implementato attraverso i valori contenuti nel principio di eguaglianza sostanziale e della giustizia sociale, con l'adozione di specifiche politiche di perequazione in settori dall'alto impatto economico-sociale*», attraverso cioè un intervento pubblico in deroga alla regola della concorrenza e all'approccio economicistico “costi/benefici”¹⁹.

In questa prospettiva, l'azione dei Pubblici poteri risulta molto più attenta alle esigenze della società nel suo complesso, andando al di là del binomio “sovranità/proprietà” che ha caratterizzato l'intera esperienza giuridica della prima modernità borghese, approdando così ad un recupero della dimensione sociale anche del diritto di proprietà, pubblico o privato che sia, per far emergere gli interessi collettivi e diffusi ad esso sottesi, oltre che alla funzione di garanzia dei diritti fondamentali riferibile ad una specifica comunità umana²⁰.

Ed è proprio a partire da questa funzionalizzazione nel godimento dei beni e dall'emersione di un *tertium genus* di interessi di natura collettiva e/o diffusa, che si può provare a costruire un approccio istituzionale e giudiziario ai beni comuni, al fine di ricomprendere anche la loro garanzia nelle maglie del processo²¹. Si tratta, a ben vedere, di inquadrare questo *tertium genus* in quello spazio proprio del comune di cui si diceva in precedenza, in quello spazio

15. *Ibidem*.

16. Cfr. P. Dardot, C. Laval, *Del Comune, o della Rivoluzione nel XXI secolo*, con una prefazione di S. Rodotà, trad. it. a cura di A. Ciervo, L. Coccoli e F. Zappino, Deriveapprodi, Roma, 2015, in particolare pp. 405 ss. Per uno sviluppo della prospettiva neo-istituzionalista dei beni comuni, si rinvia al saggio di M. Fioravanti, E. I. Mineo, L. Nivarra, *Dai beni comuni al comune. Diritto, Stato e storia*, in *Storia del pensiero politico*, 2016, pp. 89 ss.

17. Cfr. L. Duguit, *L'État, le Droit objectif et la Loi positive*, Dalloz, Paris, 2003 pp. 2 ss.

18. Si veda, al riguardo, sempre L. Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel. Théorie général de l'État*, IV ed., E. de Boccard, Paris, 1923, p. 73, dove il servizio pubblico viene definito come «... *ogni attività il cui adempimento deve essere regolato, assicurato e controllato dai governanti, poiché tale adempimento è indispensabile alla realizzazione e allo sviluppo dell'interdipendenza sociale, la quale, per sua natura, non può essere assicurata completamente se non con l'intervento di chi governa*».

19. Così A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 114.

20. Cfr. L. Duguit, *Les transformations du Droit public*, 1950 [1912], A. Colin, Paris, pp. 52 ss.; sulla stessa scia A. Lucarelli, *op. ult. cit.*, pp. 28 ss.

21. Sul punto, per approfondimenti, si veda V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, Cedam, Padova, 2014, in particolare pp. 16 ss.

cioè in cui l'uso di un bene e la sua funzione giuridica sono pensati insieme a partire dalle sue caratteristiche intrinseche oggettive, andando al di là dell'imputazione individualistico-proprietaria, da un lato, ma anche spingendosi oltre quella di derivazione pubblicistico-collettiva, per recuperare così una valenza più genuinamente sociale ed inter-individuale del "terribile" diritto.

Come la "finzione tassonomica" di Thomas ci sollecita a superare la concezione individualistico-proprietaria propria del diritto privato codicistico, allo stesso modo il recupero delle teorie istituzionaliste francesi in materia di "servizio pubblico", ci spinge a concepire i diritti sociali in una prospettiva funzionale alla tutela delle esigenze concrete di specifiche comunità di cittadini, andando oltre una visione collettiva e verticale, tipica del costituzionalismo moderno e contemporaneo, per approdare ad una concezione inter-individuale, orizzontale e "diffusa", dell'erogazione e della tutela dei diritti sociali.

3. Quello che (ancora) non c'è: la legittimazione processuale ad agire a tutela dei beni comuni

Come ho avuto modo di evidenziare in precedenza, uno dei problemi teorici presupposti alla definizione giuridica dei beni comuni consiste nel fatto che, in generale, come è stato puntualmente evidenziato in dottrina, «... la ricezione di nuovi diritti ed interessi incontra il primo ostacolo nelle categorie fondamentali della dogmatica giuridica, in cui si è educato il giurista continentale: basti pensare alla stessa nozione di diritto soggettivo, costruita per situazioni connesse allo scambio economico»²².

Se questo è vero per quanto concerne la qualificazione giuridica dei beni comuni sotto il profilo sostanziale,

lo stesso ragionamento deve essere fatto anche per l'azionabilità in sede processuale della tutela di questa particolare tipologia di beni. Anche il diritto processuale, infatti, come il diritto sostanziale, è permeato da una dicotomia consolidatasi nel corso della modernità giuridica, ossia quella "diritto soggettivo/interesse legittimo" che, a dire il vero, più che permeare l'intero assetto processuale europeo, può essere considerata una peculiarità specifica dell'ordinamento italiano e transalpino, visto che l'interesse legittimo, in quanto tale, non è una categoria dogmatica individuabile in tutti i sistemi di *civil law*²³.

Come che sia, resta il dato di fatto che il nostro ordinamento processuale appare in tutto e per tutto plasmato sull'idea di diritto soggettivo, per quanto concerne il processo civile, e sulla dialettica "Stato-individuo", invece, per quanto concerne la tutela degli interessi legittimi. Ciò ha determinato, anche nel più recente passato, un cortocircuito teorico (oltre che pratico), se solo si pensa all'emersione e al riconoscimento, in sede giurisprudenziale, dei cd. "interessi collettivi" e "diffusi".

Un simile riconoscimento, infatti, non trova alcun fondamento costituzionale esplicito nell'art. 24 Cost., anche se in dottrina si è lungamente discusso sulla "riscoperta" di una implicita complessità strutturale del nostro sistema giuridico con riferimento alle situazioni soggettive meritevoli di tutela, in ragione di una «dimensione collettiva [...] pesantemente sacrificata dal progetto individualista» borghese, che si trova a fondamento della modernità giuridica²⁴.

Al riguardo, mi sembra interessante evidenziare come, con il prepotente emergere della necessità di tutelare una serie di interessi aventi natura intrinsecamente collettiva in sede processuale²⁵, la dottrina più attenta abbia parlato dell'emersione di interessi collettivi e diffusi come una sorta di *tertium genus* rispetto alle tradizionali situazioni giuridiche azio-

22. Così A. Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 174.

23. Sulle trasformazioni strutturali e contenutistiche dell'interesse legittimo, si vedano, per tutti, F.G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, pp. 379 ss. e S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in Id., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 151 ss. Cassese, in particolare, individua nella supremazia della pubblica amministrazione, nella sussistenza di un régime administratif, concettualmente separato dal diritto privato e nell'istituzione di un regime giurisdizionale speciale – quale è quello, per l'appunto, del giudice amministrativo –, i presupposti teorico-pratici per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, in una prospettiva teorico-pratica speculare a quella sottesa alla tutela dei diritti soggettivi. Tali pre-condizioni sono comunque state messe in crisi, a livello continentale, dal processo di integrazione europea, come rilevato, sin dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, da E. Klein, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo degli Stati membri*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1993, pp. 683 ss.

24. Così P. Grossi, *Le mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 43 ss. Sul fatto che l'art. 24 Cost. non contempli altre situazioni giuridiche tutelabili processualmente, oltre i diritti soggettivi e gli interessi legittimi, si veda V. Vigoriti, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milano, 1979.

25. Il "leading case", al riguardo, resta la sentenza n. 253 del 9 marzo 1973 del Consiglio di Stato, reperibile in *Foro italiano*, 1974, III, c. 33 ss., con cui la Suprema Corte amministrativa valutò ammissibile l'azione intentata dall'associazione Italia Nostra a tutela di un "interesse pubblico diffuso", finalizzato alla salvaguardia del lago di Tovel, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 26 del Rd. n. 1054/1924,

nabili in giudizio che, proprio per la loro strutturazione teoretica individualistico-soggettiva, non erano in grado di assorbire le specifiche istanze processuali azionate da quelle formazioni sociali che pretendevano di essere legittimate ad agire in giudizio a tutela di determinati beni²⁶.

Non è un caso allora – e il parallelismo tra l'emersione di questi nuovi interessi e la categoria dei beni comuni risulta, a me pare, del tutto evidente –, se si è parlato al riguardo di nuovi interessi di natura adespota (quali sono più specificamente gli interessi diffusi) che appartengono a tutti ma, allo stesso tempo, a nessuno in particolare²⁷.

Certo, in quegli anni i due termini – “collettivo” e “diffuso” – venivano impiegati nel dibattito scientifico come se fossero sinonimi, mentre oggi gli interessi diffusi hanno ormai assunto una loro autonomia teoretica, in quanto interessi che, pur differenziandosi dal generale ed indifferenziato interesse pubblico, sono da intendersi come «... *adespoti, privi di un titolare individuato ma tuttavia meritevoli di protezione e di attenzione; protezione assicurata dalle associazioni o dai comitati portatori di tali esigenze*»²⁸.

Anche per questa particolare categoria di interessi azionabili in giudizio, inoltre, così come oggi avviene per i beni comuni, la dottrina del tempo ebbe modo di parlare di una «*nebulosa dai contorni vaghi e oscillanti*»²⁹, in quanto l'azionabilità processuale di tali interessi sarebbe stata indeterminatamente imputabile «... *alla formazione sociale che agisce per il tramite dei soggetti portatori degli interessi diffusi e, che è lo stesso, questi soggetti operano (per conto) dell'intera formazione sociale*»³⁰.

Ma ciò che distingue gli interessi collettivi da quelli diffusi, più specificamente, dal punto di vista oggettivo, consiste proprio nel fatto che mentre nel caso degli interessi collettivi «... *il gruppo attraverso il quale l'interesse si esprime, presenta una ben*

precisa struttura organizzativa (ad es. un sindacato, un'associazione, ecc.) e quindi dell'interesse sono titolari tutti coloro che fanno parte di quel determinato gruppo [...], nel caso degli interessi diffusi, al contrario, il gruppo non presenta affatto una struttura organizzativa e dunque gli individui che si rifanno a detti interessi non rivestono la qualità di associati o comunque un particolare “status”»³¹.

Non si può dimenticare, inoltre, che mentre un interesse collettivo tende ad avere come oggetto beni divisibili fra tutti i propri potenziali fruitori, l'interesse diffuso appare correlato, invece, alla fruizione di beni per loro natura “indivisibili” e, proprio per questo motivo, insuscettibili di appropriazione in via esclusiva da parte di un singolo, persona fisica o giuridica che sia, in questo modo avvicinandosi la categoria dell'interesse diffuso a quella più “generica” dell'interesse generale.

Il richiamo alla strutturazione teoretica degli interessi diffusi da parte della dottrina, a mio avviso, inoltre, torna utile anche per individuare quella categoria di interessi già riconosciuti dall'ordinamento positivo, oltre che dalla giurisprudenza, e che più facilmente consentirebbero di agire in giudizio a tutela dei beni comuni: in questa prospettiva, pertanto, un simile interesse ad agire troverebbe un proprio fondamento nella lettura in combinato disposto degli artt. 2, 3 (primo, ma soprattutto secondo comma), 24 e 43 della Costituzione.

Del resto, come è stato opportunamente evidenziato, una tutela effettiva degli interessi diffusi appare ancora, nel nostro ordinamento processuale, un ossimoro, poiché resta il dato di fatto che atti della pubblica amministrazione o comportamenti dei privati assunti in violazione di interessi ragguardevoli per la comunità, «... *possano andare esenti dal controllo giurisdizionale, per il sol fatto di non potersi individuare un soggetto legittimato a far valere, in*

allora vigente. Sulla vicenda storica della distinzione fra interessi collettivi e diffusi da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione e dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, si veda A. Carratta, *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in L. Lanfranchi (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 88 ss.

26. Così M. Cappelletti, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Rivista di Diritto processuale*, 1979, pp. 361 ss.

27. Così ancora M. Cappelletti, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in AA. VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, pp. 191 ss.

28. Così, per tutti, G. Alpa, voce *Interessi diffusi*, in *Digesto civile*, IX, Utet Torino, 1993, p. 609.

29. La definizione nel testo è di R. Pardolesi, *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi*, in AA. VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, op. ult. cit., p. 241.

30. Così M. Nigro, *Le due facce dell'«interesse diffuso»: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro italiano*, 1987, V, c. 7.

31. In una prospettiva teorica condivisibile, si veda ancora A. Carratta, *Profili processuali della tutela degli interessi*, op. cit., p. 87.

loro difesa, una posizione di vantaggio personale e differenziata»³².

Ed è a partire da questo rilievo, dalla necessità cioè di trovare nuovi strumenti giuridici a fronte di situazioni nuove e non tassonomicamente ancora individuate dal nostro ordinamento giuridico (ma comunque meritevoli di tutela), che si potrebbero leggere in combinato disposto tra di loro i parametri costituzionali citati, per provare a riconoscere una nuova tipologia di azione processuale a tutela dei beni comuni.

L'idea di tutela, del resto, da sempre si pone al crocevia tra fatto e norma, tra realtà ed ordinamento giuridico: in qualche modo essa è una categoria che si pone «... *aldilà del diritto e al di là del processo; essa sempre ri-media e perciò, indeterminando diritto soggettivo e actio, addita quello spazio sempre*

eccepito in cui un soggetto (singolare comune) può avere luogo»³³.

Si tratta, ancora una volta, quindi, di partire dal dato costituzionale per leggere in combinato disposto tra di loro parametri positivi già esistenti, utilizzando l'immaginazione che, come ci insegna la nostra tradizione giurisprudenziale, è forse la qualità migliore del giurista, il quale è sempre stato capace, da un lato, di presentire le novità che nascono a livello sociale e, dall'altro, di piegare in funzione di queste nuove esigenze sociali, strumenti giuridici che già sono presenti nel proprio ordinamento positivo³⁴.

Nulla di nuovo sotto il sole, quindi, ma passare dal piano dell'immaginazione sociale a quello della realtà giuridica, soprattutto in sede processuale, non è affatto un'operazione così semplice e scontata come sembra.

32. Così il consigliere di Stato N. Durante, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi, lectio magistralis* svolta presso l'Università della Calabria, Cosenza, il 29 aprile 2015, dattiloscritto dell'intervento, reperibile online al seguente link: http://cds.sentenzeitalia.it/uploads/news_attachment/file/673/673/DURANTE_30_4_2015.pdf. Segue questa stessa linea teorica, anche D. Bonetto, *Beni comuni, interessi comuni, rimedi individuali*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Mimesis, 2016, Milano-Udine, pp. 118 ss.

33. In questo senso, condivisibilmente, M. Spanò, *Il comune rimedio. Un'apologia minima della tutela*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 143.

34. Insistono sulla riattivazione di una dimensione immaginifica dello strumentario giuridico-istituzionale in materia di beni comuni, L. Cocoli, *Al cuore del possibile. Comune e immaginazione istituzionale nella letteratura utopistica*, in A. Quarta, M. Spanò, *cit.*, pp. 23 ss.; G. Micciarelli, *Le teorie dei beni comuni al banco di prova del diritto. La soglia di un nuovo immaginario istituzionale*, in *Politica & Società*, 2014, pp. 123 ss.

Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela

di Rocco Alessio Albanese

Questo scritto ha due obiettivi. In primo luogo si riassumerà sommariamente la sensibilità che la giurisprudenza civile italiana ha mostrato verso le situazioni collettive di appartenenza. Una attenzione carsica ma costante, quella dei giudici, che culmina nella cd. giurisprudenza di San Valentino, con cui le Sezioni Unite della Cassazione accolsero nel 2011 la nozione di “beni comuni” nel diritto vivente italiano; ma che prende le mosse da pronunce relative ai diritti d'uso pubblico di poco successive all'unificazione.

In secondo luogo, detto itinerario giurisprudenziale consentirà di mostrare che l'omologia tra cose in uso pubblico e *commons* è stata offuscata dal crescente ruolo teorico della tecnica proprietaria. Al fine di suggerire l'opportunità di rivisitare l'organizzazione tassonomica del diritto italiano dei beni si adotterà allora la prospettiva rimediale, ossia un punto di vista particolarmente affine alla posizione degli operatori pratici del diritto e dei giudici.

1. Dai beni comuni all'uso pubblico: una costante sensibilità giurisprudenziale

Una sommaria ricostruzione delle linee evolutive della giurisprudenza italiana in materia di beni comuni è operazione culturale complessa ma entusiasmante.

Ai “beni comuni”, infatti, fa esplicito riferimento solo una, sia pur significativa, vicenda giurisprudenziale. Trattasi, naturalmente, delle sentenze gemelle, cosiddette di San Valentino, grazie alle quali la nozione di beni comuni – nella ormai celebre definizione data dalla *Commissione Rodotà*¹ – è oggi parte del diritto vivente italiano. Utilizzando la tecnica dell'*obiter dictum* e così operando un “ampliamento di mo-

tivazione” rispetto ai giudizi d'appello ad esse rimessi, con questa giurisprudenza le Sezioni Unite civili della Cassazione qualificarono le valli da pesca della laguna di Venezia come beni comuni². A ben vedere, già con le decisioni impugnate la Corte d'appello veneziana aveva rigettato domande di accertamento della proprietà proposte da privati in merito a diverse valli che erano state a lungo possedute dai ricorrenti complice l'inerzia dei pubblici poteri. Ma la Cassazione aveva mostrato di ritenere insufficienti le motivazioni di appello, del resto opinabili sotto due profili: il richiamo apodittico a una “natura delle cose” che una volta aderente alle previsioni legislative sarebbe stata, secondo una datata concezione normativista del sillogismo giuridico, necessaria premessa della demanialità; una

1. Sono beni comuni «le cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona». Circa la commissione ministeriale che, presieduta da Stefano Rodotà, studiò proposte di riforma del diritto dei beni pubblici, v. U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010.

2. Si può richiamare la sentenza n. 3665, al cui riguardo v. E. Pellicchia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro It.*, 2012, I, pp. 564 ss.. È però da rammentare la contraria sentenza resa dalla Seconda sezione della Corte Edu il 23 settembre 2014. Per un commento della decisione, v. T. Greco - M. Greco, *Valli da pesca, demanialità marittima ed espérance légitime del privato nella giurisprudenza Cedu*, in *Danno e responsabilità*, 2/2015, pp. 134 ss.. V. anche C. Angiolini, *L'interpretazione estensiva dell'art. 1, prot. 1, Cedu: fra tutele proprietarie e beni comuni*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2/2016, pp. 328-336.

certa confusione, nella ricostruzione dello statuto dei beni, tra il profilo degli assetti proprietari e il differente problema degli aspetti funzionali.

Così, le argomentazioni delle Sezioni Unite circa la “demanialità” delle valli da pesca avevano seguito due binari: la diretta applicazione di norme costituzionali (*in primis* gli articoli 2, 9, 42) che venivano collocate in un sistema pluralistico di fonti; un recupero della nozione di Stato-collettività, opposta e “preferita” a una troppo pervasiva visione dello Stato come mero apparato/persona giuridica³. L’esito del percorso ermeneutico è ormai celebre: «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell’ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, “comune” vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini».

La giurisprudenza di San Valentino, innestandosi come ha fatto in un diritto codicistico dei beni pubblici che sarebbe eufemistico definire insoddisfacente⁴, è risultata uno spartiacque in grado di suscitare reazioni vivide⁵. A risaltare particolarmente sono due profili nodali, quali la dialettica tra tutela e titolarità e la parallela tensione tra soggetto e oggetto: seguendo questi spunti di riflessione è possibile contestualizzare l’approdo delle Sezioni Unite nel 2011 e restituire spessore storico a un discorso sui beni comuni attento al diritto vivente. In tal senso il diritto antecedente delle sentenze sui beni comuni può individuarsi nel ricco filone giurisprudenziale relativo alle situazioni giuridiche collettive, e in particolare ai diritti d’uso pubblico. Non è certo questa la sede per ripetere indagini autorevolmente svolte in dottrina⁶. Sarà pertanto sufficiente e necessario soffermarsi su poche tappe, utili a discutere i punti teorici sopra evidenziati e rappresentative di un itinerario lungo e complesso.

Per semplicità di esposizione, conviene isolare tre fasi: un primo periodo dall’entrata in vigore del codice del 1865 sino agli anni ‘30 del Novecento; una seconda fase di transizione, tra gli anni ‘40 e i ‘60 del secolo scorso; un terzo e ultimo periodo, cominciato negli anni ‘70 per giungere sostanzialmente sino ai giorni nostri.

2. Il primo periodo

Gli anni a cavallo dei secoli XIX e XX sono fondamentali per la definizione di un diritto giurisprudenziale in materia di uso pubblico. Furono infatti le Corti a sopperire, con attenta attività ermeneutica, a un dato positivo senz’altro insufficiente. Vero e proprio *leading case*, in proposito, è la celebre sentenza resa nel 1887 dalla Cassazione romana con riguardo a Villa Borghese. Combinando diversi dati testuali, desunti dal codice civile del 1865 e dalla legislazione speciale, con la pronuncia la Corte giudicante cominciò a delineare la ricostruzione dei diritti d’uso pubblico. In questo istituto si scorgevano situazioni giuridiche collettive *sui generis* e di natura reale, aventi ad oggetto utilità che non è scorretto definire paesaggistiche, fornite dalla Villa e ricondotte ad un interesse soggettivo riassunto nella fortunata formula “*jus deambulandi*”. Titolari di questi diritti erano non le autorità pubbliche, individualizzate nella persona giuridica dell’ente, ma i singoli componenti della comunità costituente il popolo romano. Oltre al profilo soggettivo appena menzionato, su cui si tornerà, tra gli snodi argomentativi della sentenza tre passaggi meritano attenzione: la decisione di tutelare non tanto l’ambito delle necessità di sopravvivenza, bensì «tra i bisogni di un popolo, specialmente civile, lo spaziare in un luogo ameno»⁷; l’estensione ai diritti d’uso pubblico della tutela possessoria dallo spoglio, elemento centrale, questo, che verrà ripreso in seguito; la consapevolezza di avere a che fare con una ca-

3. All’idea di Stato-collettività si fa corrispondere una impostazione sostanzialistica e funzionale, contrapposta ad una ricostruzione dello Stato-persona ritenuta formalistica e schiacciata su una nozione astratta di titolarità. Eppure, tale *divisio* era stata autorevolmente ritenuta portatrice di contraddizioni strutturali: v. G. Berti, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11/12 (1982-1983), *Itinerari moderni della persona giuridica*, II, Accademia Nazionale dei Lincei, pp. 1001-1033.

4. Già in tal senso v. M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963, p. 52.

5. Contrario a un orientamento reputato ultroneo e fuori luogo C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 188. Di segno opposto le aperture di N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 132.

6. È d’obbligo, a riguardo, il rinvio a A. Di Porto, *Res in usu publico e “beni comuni”. Il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 43-73. V. anche P. Colombo, *I diritti di uso pubblico. Struttura e funzione*, Giuffrè, Milano, 1991.

7. Al netto del riferimento ai “popoli civili”, si riconosceva con questa sentenza il fatto che utilità di “mero diletto” potessero porsi alla base di situazioni giuridiche di uso pubblico. Si superava così ogni limitazione derivante dalla presunta, necessaria implicazione tra uso pubblico e necessità.

tegoria esuberante rispetto alla tradizione romanistica, tanto da osservare che «è fatto nuovo, rispetto al diritto classico, l'uso pubblico che si sovrappone alla privata proprietà (...). Questo spezzare il dominio in quote ideali non solo, ma in varie categorie di diritti per quante fossero le utilità di un fondo (...)».

Sul solco segnato dalla Cassazione romana si sviluppò un filone giurisprudenziale che a cavallo dei due secoli doveva risultare fiorente per una semplice ragione: in un Paese che aveva da poco raggiunto i traguardi dell'unificazione e della codificazione molti erano i nodi che, venendo al pettine, erano sottoposti ai giudici con riguardo alle situazioni collettive di appartenenza⁸. Un importante passaggio, ad esempio, è da individuarsi in una decisione del 1917 con cui la Cassazione romana, a Sezioni Unite, portò a maturazione gli spunti presenti nella giurisprudenza di trent'anni prima⁹. Di grande rilievo sono i tre principali contributi di questa sentenza: anzitutto, la natura *sui generis* dei diritti d'uso pubblico è riferita alla comunità utente – i cui *singuli* componenti sono i titolari dei diritti d'uso – e non alle persone giuridiche pubbliche; di conseguenza la figura dell'uso pubblico è emancipata dall'ambito teorico delle servitù, tanto reali quanto personali, per essere ricondotta «in gran parte al diritto pubblico»¹⁰; infine, è affermato che «i diritti d'uso pubblico spettanti agli abitanti di un Comune non sono disciplinati dal codice civile, ma trovano il loro regolamento negli usi osservati come diritto pubblico, che l'art. 2 cod. civ. riconosce esser fonte di diritto (...)».

Compimento di questa sedimentazione sono le pronunce che, nei primi anni '30, affrontarono il cruciale problema delle modalità di tutela dei diritti d'uso pubblico. Tale elaborazione giurisprudenziale è davvero degna di nota, poiché testimonia della centralità del ruolo del giudice/interprete e della complessità

dell'esperienza giuridica¹¹. Una testimonianza tanto più preziosa, in quanto formatasi al culmine del Ventesimo e in un clima culturale che celebrava l'operoso individualismo piccolo-borghese per fagocitarlo in una ideologia organicista, legalistica e statalista.

Negli anni '30 la giurisprudenza, trattando dei diritti d'uso pubblico, delinea una ricostruzione «originale» delle relazioni giuridiche tra interessi soggettivi e utilità dei beni; tra proprietà privata e altre situazioni reali; tra singolo, comunità e autorità pubblica. In una sentenza del 1931 la Cassazione può perfino ritenere «*ius receptum*» l'orientamento sopra descritto¹². E nel 1934 la Suprema corte rigetta con forza le teoriche stataliste per qualificare *ante litteram* come diffusa la legittimazione alla tutela giudiziale dell'uso pubblico: «(...) deve riconoscersi che ciascun partecipante, per tale sua qualità, in quanto spetta al suo interesse, abbia diritto ed azione per la tutela del suo diritto civico individuale sia in via possessoria che petitoria, se si ritenga danneggiato dalla illegittima perturbazione dell'uso pubblico»¹³.

3. Il dibattito a partire dagli anni '40. La cesura degli anni '70: il caso della “comunità cristiana di S. Rocco”

A fine anni '30, dunque, poteva dirsi assestata la ricostruzione giurisprudenziale dei diritti d'uso pubblico. La loro peculiarità poteva essere osservata, in particolare, dal punto di vista rimediabile, con la distinzione tra le azioni a tutela dell'uso pubblico e il modello della azione popolare: possibile, questa e non le prime, solo se autorizzata poiché ritenuta una sostituzione processuale, posta in essere dal singolo con riguardo a un interesse esclusivamente in capo alla persona pubblica¹⁴.

8. V. il classico P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977.

9. V. *Foro It.*, 1917, Parte Prima, pp. 751 ss.

10. La confusione circa la categoria delle servitù, reali ovvero personali, è comprensibile: infatti, nell'*ancien régime* il pluralismo delle forme di appartenenza aveva portato sia a ritenere servitù personali l'usufrutto e i diritti affini, sia all'emersione di svariate figure di servitù irregolari. Sotto altro profilo, il richiamo al diritto pubblico deve ritenersi il passaggio argomentativo che abilitava l'interprete a svincolare i diritti d'uso pubblico dalle strettoie di un diritto privato che, nella codificazione, aveva adottato quali cardini il numero chiuso e la tipicità legale dei diritti reali.

11. Non è certo casuale che al rapporto tra “il giudice e la legge” sia dedicato l'importante fascicolo n. 4/2016 di questa *Rivista*, www.questionegiustizia.it/rivista/2016-4.php. Sul tema v., da ultimo, N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

12. V. Cass. del Regno, sez. II civ., ud. 24 aprile 1931, in *Giurisprudenza It.*, 1931, I, p. 1295.

13. V. Cass. del Regno, sez. II civ., 4 luglio 1934, in *Giurisprudenza It.*, 1934, Parte Prima, I, pp. 1228-1229. La pronuncia precisa anche la differenza tra tutela giurisdizionale dell'uso pubblico e azione popolare.

14. V., a commento di Cass. del Regno, sez. II, n. 2463 del 1939, R. Resta, *Gli usi pubblici e la loro tutela giurisdizionale*, in *Il diritto dei beni pubblici*, 1940, p. 288.

La seconda fase dell'itinerario sopra individuato è caratterizzata invece, nel periodo dagli anni '40 alla fine degli anni '60, da due profili di transizione: da un lato, l'avvento del nuovo codice civile fu occasione per i primi mutamenti negli orientamenti giurisprudenziali; dall'altro lato, la dottrina cominciò a manifestare un disagio sempre più esplicito nei confronti di un certo diritto vivente, ponendo le basi per l'affermazione di una diversa sensibilità teorica. Val la pena, in proposito, di menzionare due pronunce esemplari della Suprema Corte: la sentenza n. 33 del 1949; la decisione n. 718 del 1964¹⁵.

Con il primo arresto la Cassazione sembrava dimenticare la differenza tra ambito delle servitù e situazioni d'uso pubblico, pur rilevando che «(...) esse sfuggono evidentemente, per la loro stessa natura, ad ogni classificazione, secondo gli schemi fissi del codice civile (...)». Tale confusione terminologica e categoriale era rafforzata da due elementi: l'impiego – in luogo dell'art. 11, erede dell'art. 2 cc 1865 – dell'art. 825 del codice del 1942, quale riferimento positivo per la disciplina dei diritti d'uso pubblico; la connessa valorizzazione della «volontà della pubblica Amministrazione, titolare del diritto», ai fini della sdemanializzazione di beni interessati da uso pubblico. Ne risultava un quadro ben più contraddittorio di quanto non fosse solo dieci anni prima. E infatti autorevole dottrina poteva puntualmente osservare, circa la dialettica tra visioni «comunitarie» e «stataliste» dell'uso pubblico, che «un esempio tipico dell'oscillazione fra i due opposti poli si ha nella sentenza annotata»¹⁶.

A fronte di tale oscillazione, con la seconda delle sentenze richiamate il Supremo collegio dimostrava come la concezione «tradizionale» restasse prevalente. In particolare la pronuncia in commento riconduceva – «secondo la costante giurisprudenza» – le cosiddette servitù d'uso pubblico alla titolarità di comunità, i cui profili essenziali erano l'informalità e l'assenza di personificazione nell'ente pubblico. In proposito, ruolo centrale era assunto dai riferimenti alla sfera di bisogni e necessità collettive: «ed è evi-

dente che, nel quadro necessariamente vario e complesso di tali finalità e del loro atteggiarsi in relazione alla configurazione dei luoghi, non possano valere criteri di giudizio meramente quantitativi (...)». Non è casuale che simili accenti fossero accolti in maniera tiepida dalla dottrina, che proprio puntando sull'art. 825 cc individuava nelle persone pubbliche – e non nei componenti delle comunità – gli unici titolari dei diritti d'uso pubblico: salvo accordare anche al singolo utente la legittimazione attiva per la tutela di quello che era qualificato solo come «il proprio diritto di libertà»¹⁷.

Come si è segnalato i semi piantati dalla dottrina, specie pubblicistica, dovevano dare i propri frutti nel periodo, il cui inizio può convenzionalmente fissarsi negli anni '70. Ad avviso di chi scrive, infatti, è in questa terza fase – e non prima, come pur ipotizzato – che anche sul terreno giurisprudenziale si registrano maggiori chiusure verso le «vecchie» ricostruzioni dei diritti d'uso pubblico¹⁸.

È sufficiente evocare una sola vicenda per asseverare quanto rilevato: ci si riferisce al noto caso della «comunità cristiana di S. Rocco» della cittadina calabrese di Gioiosa Jonica¹⁹. In particolare tra il 1973 e il 1975 si sviluppava attorno a una parrocchia un movimento religioso «di base» che, dopo aver affisso al frontone dell'edificio la scritta «la Chiesa è del Popolo», dava vita a una esperienza di autogestione. Il sacerdote preposto alla parrocchia litigiosa manifestava – così nella sentenza del 5 aprile 1976 del Tribunale di Locri – «(...) aperta adesione a movimenti in contrasto con la dottrina della Chiesa cattolica, partecipando in misura sempre maggiore alle attività di essi». La rimozione ad opera delle gerarchie ecclesiastiche non tardava ad arrivare. Tuttavia, non potendo rientrare «in possesso» del beneficio parrocchiale, il vescovo di Gerace avviava una causa sostenendo: che la rimozione del sacerdote avesse comportato la cessazione della detenzione qualificata prima in capo allo stesso; che tale vicenda estintiva avesse fatto sorgere un'obbligazione restitutiva rimasta inadempita nei confronti della diocesi. Nella causa principale gli organi

15. Quanto a Cass., sez II, n. 33 del 1949, v. *Foro It.*, 1949, Parte Prima, pp. 579 ss., con nota di G. Pugliese, *Questioni sull'acquisto e l'estinzione delle servitù di uso pubblico*. Quanto a Cass., sez. II, n. 718 del 1964, v. *Giurisprudenza It.*, 1965, Parte Prima, I, pp. 88 ss., con nota di L. Orusa, *Riflessioni in materia di diritti di uso pubblico*.

16. G. Pugliese, *Questioni*, cit., p. 584.

17. L. Orusa, *Riflessioni*, cit., p. 93.

18. Il mutamento di sensibilità è collocato negli anni '40 e '50 da A. Di Porto, *Res*, cit., pp. 65 ss.

19. Le decisioni giudiziarie sul caso presentato nel testo sono facilmente reperibili, proprio per l'interesse che la vicenda aveva suscitato. V. *Il Foro It.*, 1979, I, pp. 506 ss. e pp. 2758 ss.; nonché, per la sentenza di Cassazione, *Il Foro It.*, 1982, I, pp. 1038 ss. V. anche M. Liotta, *Violazione ex art. 1170 cc della libertà religiosa a causa della richiesta di rilascio di chiesa aperta al culto?*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1980, pp. 1187-1197.

giudicanti davano ragione alla diocesi, condannando il già parroco al rilascio della parrocchia.

Sennonché al tentativo di esecuzione forzata per consegna e rilascio dovevano reagire i componenti della “comunità di San Rocco”. Questi davano corso a diverse azioni “collaterali”, tra le quali risultava inaspettatamente vittoriosa quella possessoria proposta ai sensi dell’art. 1170 cc dinanzi al pretore di Gioiosa Jonica. In particolare, secondo la sentenza del 24 agosto 1979 «il possesso (continuo e ininterrotto, acquistato in buona fede da oltre un anno) da parte di una comunità di fedeli, corrispondente alla servitù di uso pubblico consistente nel diritto di assistere e partecipare alle pratiche di culto che si svolgono in una chiesa, è tutelabile tramite azione di manutenzione contro la turbativa concretata dalla notificazione di un avviso di rilascio della chiesa, eseguita su istanza del vescovo al parroco da lui revocato, sulla base di una sentenza non pronunciata in contraddittorio dei fedeli».

La decisione del pretore veniva ribaltata dalla sentenza della Suprema corte che, all’inizio del 1982, rappresentò l’ultimo atto della storia della “comunità di San Rocco”. La Cassazione reputava dirimente che le chiavi degli armadi, gli arredi sacri e i registri di contabilità fossero rimasti a disposizione, ossia “nel possesso”, del parroco rimosso. Questo accertamento consentiva alla Corte di rigettare i motivi di ricorso proposti dai componenti della comunità ma anche, di riflesso, di ribadire la legittimazione passiva del sacerdote. È tuttavia da rilevare come nel giudizio principale quest’ultimo avesse appunto eccepito il difetto di legittimazione passiva, ritenendo di aver abbandonato i beni in propria detenzione per partecipare al movimento religioso.

Proprio l’asserito abbandono del sacerdote risultava il “motore” della vicenda processuale riportata. Tale atto, facendo venire meno la detenzione del parroco e quindi il rapporto bilaterale tra questi e la diocesi proprietaria, doveva consentire di porre il problema giuridico più articolato dell’interferenza delle posizioni della comunità dei fedeli e del sacerdote rimosso con le ragioni della proprietà. In altri termini, sarebbe risultato – così, ancora, la sentenza del Tribunale citata – «(...) notorio che la comunità già da prima si riuniva nel tempio di San Rocco del quale era pertanto divenuta detentrica. (...) si dovrebbe pervenire alla conclusione che la legittimazione passiva spetti alla comunità, la quale non è certamente dotata di personalità giuridica e non può essere considerata

come associazione non riconosciuta o come comitato, ai sensi rispettivamente degli art. 36 e 39 cod. civile».

Insomma, il nodo della vicenda dell’esperienza “eretica” di Gioiosa Jonica va individuato nella fisiologia della posizione giuridica ravvisabile in capo ai singoli in quanto componenti della comunità. A fronte della complessità della questione, l’impiego della locuzione “servitù di uso pubblico” è senz’altro poco perspicuo²⁰. D’altra parte le argomentazioni del pretore, valorizzando una lettura congiunta dell’art. 831 comma 2 cc e dell’art. 19 Cost., fornirono dell’uso pubblico una ricostruzione convincente poiché caratterizzata: dalla configurazione reale *sui generis*; dal rilievo conferito al momento dell’uso; dalla riconduzione di posizione soggettiva e legittimazione attiva alla tutela ai *singuli* quali componenti della comunità non entificata.

Un simile approccio ricostruttivo – erede dell’itinerario culturale descritto – fu disconosciuto dagli organi giudicanti del giudizio principale e dalla pronuncia con cui la Cassazione chiuse nel 1982 il parallelo rito possessorio. I primi premiarono *in toto* le ragioni della diocesi proprietaria e relegarono nella giuridica irrilevanza la posizione della “comunità di San Rocco”, additandola come «una associazione di mero fatto, specie se riguardata sotto il profilo dei rapporti con le cose appartenenti al beneficio parrocchiale (...)». Nella sentenza della seconda, invece, può cogliersi l’eco di precomprensioni di matrice individualistica. Nello specifico la Suprema corte “aggravava” le questioni poste dal pretore adottando una *distinctio*, e riqualificando la situazione della comunità da possesso di servitù di uso pubblico a possesso pieno della parrocchia: neppure così, però, poteva negarsi che «questo possesso pieno è correlato dai ricorrenti ad un diverso modo di intendere la posizione della comunità parrocchiale rispetto all’edificio e a un diverso modo di strutturare la partecipazione della comunità stessa alle pratiche di culto»²¹.

4. La cattura cognitiva dell’uso pubblico. Cose di cui non si può acquistare la proprietà. Il “possesso dell’uso”

La vicenda narrata è gravida di implicazioni, rilevate da quella dottrina secondo cui «la singolare commistione tra lo schema del passato (il possesso della

20. V. *retro*, nt. 10.

21. Nella specie, quindi, la Suprema corte negava l’effettiva sussistenza del possesso pieno della parrocchia in capo ai ricorrenti, considerando invece provata la persistenza del possesso presso il parroco revocato.

servitù pubblica) e l'utopia comunitaria del futuro è tanto palese da sembrare persino stridente. Eppure sarebbe arbitrario eludere la sostanza dei problemi con l'unico argomento che gli stessi non trovano risposta nel quadro del giudizio possessorio»²².

In effetti il disconoscimento delle istanze della comunità, che aveva una relazione d'uso pubblico con la parrocchia, può ritenersi un indice dell'affermazione delle ricostruzioni individualistiche e statalistiche dei diritti d'uso pubblico. Protagonista del ribaltamento di prospettiva, tanto importante da potersi definire una "cattura cognitiva", fu senz'altro la dottrina pubblicistica, operando su due fronti principali. Da un lato emergevano argomenti atti a "strumentalizzare" la confusione dovuta al lemma «servitù»: «quando si ammette che il diritto di servitù spetta all'ente, non si può nello stesso tempo riconoscere a favore dei singoli un diritto per sé stante, individuale, che limiti quello dell'ente, e perciò di natura reale (...), poiché in tale modo si verrebbe ad urtare la regola *nemini res sua servit*»²³. Dall'altro lato il problema dell'imputazione soggettiva doveva costituire uno spartiacque teorico. Infatti l'interpretazione formalista dell'art. 825 cc – ritenuto il riferimento per i diritti d'uso pubblico nel codice – fu occasione per mutare la prospettiva ricostruttiva in materia, transitando da una dimensione comunitaria riferita al momento dell'uso ad un approccio individualistico attento soltanto alla "persona" del titolare e, in ultima analisi, alla "logica proprietaria"²⁴.

All'esito di questo processo, la rilevanza della posizione soggettiva dei singoli, utenti e componenti delle comunità non entificate, era marginale tanto con riguardo all'uso pubblico di beni in proprietà

privata, quanto in ordine all'uso pubblico di beni in proprietà pubblica²⁵. Il nuovo assetto teorico e istituzionale doveva risaltare, ad esempio, nei richiami – vero *leitmotiv* della dottrina pubblicistica italiana – alla nozione di duplice appartenenza²⁶. Ma a rilievi non differenti si presta pure la giurisprudenza, anche recente, che ha riguardato l'art. 825 cc. Ben inteso, non mancano pronunce ispirate ai più aperti orientamenti tradizionali: è il caso di Cassazione, sez. II, 19 settembre 1995, n. 9903; ovvero di Cassazione, sez. II, 10 gennaio 2011, n. 333²⁷.

Tuttavia la sensibilità maggioritaria sembra sintetizzata in un giudizio di merito, per cui «è appena il caso di rammentare che le servitù di uso pubblico sono diritti reali di godimento – spettanti ad Enti pubblici – costituiti su beni immobili di proprietà privata a vantaggio di una collettività ivi insediata per il conseguimento di fini di pubblico interesse coincidenti con quelli derivanti dai beni demaniali»²⁸. E non è certo secondario che perfino la giurisprudenza di San Valentino, da cui si sono prese le mosse, abbia operato richiami all'art. 825 cc che appaiono fugaci e nel complesso apodittici.

Allora ritornare al problema dei beni comuni, dopo aver sommariamente percorso il lungo itinerario della giurisprudenza in materia di uso pubblico, significa chiedersi cosa significhi porsi «al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico», nonché prendere sul serio i profili giuridici attinenti alla tutela. In altri termini, ad avviso di chi scrive sono oggi maturi i tempi per appianare il "solco", che tra *res in usu publico* e *res communes* è stato scavato dalla modernità giuridica per il tramite di tecnica e linguaggio proprietari.

22. Così, con il consueto acume, U. Breccia, *Possesso e denunce nel quadro della tutela civile dei diritti*, in *Giurisprudenza It.*, 1989 - parte IV, p. 184.

23. L. Orusa, *Riflessioni*, cit., pp. 93-94.

24. Per una analisi più approfondita su questo punto, davvero centrale, sia consentito il rinvio a R.A. Albanese, *L'uso pubblico e il diritto privato. Una relazione da ripensare*, in U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti, C. Marchetti (a cura di), *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, pp. 531-548 (in corso di pubblicazione).

25. V. A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, 1959. Per una significativa evoluzione di sensibilità v. V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; Id., *Uso pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992.

26. Duplice è l'appartenenza riferibile "sostanzialmente" alla collettività, nonché all'ente pubblico a titolo "formale e di gestione". Ma in tale contesto ad essere in concreto decisiva – circa le utilità generabili con l'uso dei beni – è la volontà autoritativa delle persone pubbliche. A riguardo, è qui sufficiente osservare come questa teoria possa condurre a esiti compatibili con impostazioni critiche nei confronti dei beni comuni: v. N. Irti, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle "appartenenze")*, in *Diritto e Società*, 3/2013, pp. 381-390.

27. Valorizza la sentenza del 2011 A. Di Porto, *Res*, cit., pp. 69-71. Per un commento della sentenza del 1995 v. F. Caggia, *Giurisprudenza It.*, 1996, Parte Prima, I, p. 1095.

28. Così Trib. Monza, sez. II, 21 novembre 2007. In termini, soprattutto con riguardo al pubblico passaggio su strade private, Cass., sez. II, 10 ottobre 2007, n. 21245; Cass., sez. II, 3 agosto 2007, n. 17037; Cass., sez. II, 14 dicembre 2005, n. 27567; Cass., sez. II, 12 novembre 1996, n. 9891.

Tale innovazione di paradigma si muove su due livelli. Sul piano storico, occorre rammentare che queste due categorie di beni sono specie del più ampio *genus* costituito dalle *res extra commercium*²⁹. Dal punto di vista teorico-generale, è necessario: superare il mito dell'illimitatezza delle *res communes*, che aveva supportato l'esclusione di esse dal novero dei "beni"; emancipare la nozione di bene dal ruolo della proprietà quale referente logico primario in grado di ordinare le relazioni tra interessi dei soggetti e utilità delle cose³⁰.

La *divisio* su cui il giurista è chiamato a concentrare una rinnovata attenzione corre, quindi, tra cose in commercio e cose fuori commercio. Né appare sufficiente rilevare che «[L]a distinzione tra *res in commercio* e *res extra commercium* è tradizionale, ma ormai ha perduto importanza»³¹. Al contrario, emancipare la teoria dei beni da un riferimento *a priori* a proprietà e mercato³² significa da un lato restituire centralità alla categoria di uso, dall'altro lato ricercare sofisticati strumenti giuridici per governare la fruizione di utilità e la tutela dei beni che queste utilità offrano. Risultano illuminanti, allora, gli insegnamenti che sottolineano la costitutiva «mobilità del diritto», nonché la determinante influenza dei rimedi sul regime giuridico delle cose – dunque sul corrispettivo riconoscimento di interessi soggettivi – e persino sulla possibilità di quantificare il valore delle stesse³³.

In termini più espliciti, occorre riconoscere che rischia di non cogliere nel segno la pur significativa previsione della cd *Commissione Rodotà*, a mente della quale (art. 1 comma 3 lett. c della proposta di articolato) «Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio». Nonostante l'impiego del meno stringente lemma "titolarità", infatti, questa conclusione – non fosse altro per effetto dei limiti della delega ministeriale ricevuta – pare

ancora legata al riferimento al medio della proprietà. Eppure, ribaltando la prospettiva, può scoprirsi che diventano fuori commercio, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto cui sia imputata la proprietà, i beni per i quali giuridicamente prioritario sia non il dominio, bensì l'uso pubblico di certe utilità. Lungi dalla pertinenza di qualsiasi richiamo all'ambito delle servitù, è la legittimazione diffusa alla tutela di tale uso pubblico il meccanismo giuridico che tende a impedire – perché poco o niente lucrativa – la formazione di un ordinario mercato di diritti esclusivi sul bene, a riguardo del quale diventa dunque impossibile configurare un prezzo.

Per tale ragione il valore delle *res in usu publico* è inestimabile. E per la medesima ragione la tradizione, influenzata dalla priorità categoriale della proprietà, doveva coniare la fuorviante espressione «cose di cui non si può acquistare la proprietà», di cui all'odierno art. 1145 cc. Detta disposizione, rubricata "possesso di cose fuori commercio", priva di effetti il possesso di tali *res* (comma 1) e accorda, nei rapporti tra privati, «l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico» (comma 2).

Nella trama codicistica emergono le contraddizioni di cui sopra si è discusso, e infatti l'interpretazione del non felice dettato dell'art. 1145 è stata sempre fonte di incertezze. Tuttavia non sembra casuale la circostanza, riferita dalla Relazione al codice civile, per cui il progetto originario di codice, redatto dalla Commissione reale, impiegasse una locuzione come "*possesso dell'uso*". A tal proposito, all'esito della trattazione svolta non pare peregrino ipotizzare la possibilità di riscoprire la portata del rimedio possessorio ex art. 1145 comma 2 cc. In altri termini, se il possesso "a vocazione proprietaria" non ha effetto, ciò significa che il potere di fatto esclusivo sui beni *extra commercium* è privato di conseguenze poiché

29. V. G. Astuti, *Cosa in senso giuridico. a) Diritto romano e intermedio*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, pp. 3-5. Ma v. già F. Vassalli, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano* (1908), in Id., *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, pp. 3-8.

30. V. ex multis S. Pugliatti, *Cosa in senso giuridico. b) Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962; A. Gambaro, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012; F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, San Sepolcro, 2015.

31. S. Pugliatti, *Cosa*, cit., p. 89.

32. Proprio dall'analisi di questi problemi di fondo muove – nei primi due capitoli – la trattazione di U. Mattei, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2015.

33. V. U. Breccia, *Beni immobili e mobilità del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, pp. 179-207. V., inoltre, il fondamentale Y. Thomas, *Il valore delle cose*, Quodlibet, Macerata, 2015, a cura di M. Spanò. Sui rimedi, v. da ultimo M. Spanò, *Il comune rimedio. Un'apologia minima della tutela*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Mimesis, Milano-Udine, 2016, pp. 133-144. Prende ispirazione dal lavoro di Thomas, sia pur muovendosi in altre direzioni, A. Ciervo, *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, nel presente fascicolo di questa *Rivista*, pag. 97.

sanzionato negativamente sul piano sistematico. Ma allora, se l'uso delle cose fuori commercio accettato dall'ordinamento consiste in una relazione inclusiva e non proprietaria tra mondo delle persone e mondo dei beni, è possibile arguire che è data azione contro lo spoglio non a colui che, usando in via esclusiva una *res extra commercium*, sia privato di tale relazione materiale, bensì in prospettiva opposta contro il soggetto che, instaurando sul bene un potere esclusivo,

tolga a chiunque altro – “chiunque” può quindi essere titolare dell'azione – la possibilità di usarne³⁴.

Col che, in conclusione, sembra potersi constatare – persino nell'impianto legalistico del codice italiano del 1942 – l'esistenza di quei rimedi possessori, così spesso impiegati a tutela dei diritti d'uso pubblico, e così promettenti con riguardo ai prossimi sviluppi dell'itinerario che va dai beni comuni all'uso pubblico, dall'uso pubblico ai beni comuni.

34. A queste conclusioni perveniva già G. Branca, *Sulla detenzione rispetto a beni demaniali*, in *Foro it.*, 1958, I, pp. 1148. In giurisprudenza solo nel 2001 v'era un'apertura con la sentenza n. 15289, resa a Sezioni Unite dalla Suprema corte. Ma v., *contra*, Cass., sez. II, 15 giugno 2012, n. 9873.

L'evoluzione della disciplina internazionale in materia di terrorismo: qualche spunto recente fra Onu ed Europa

di Luigi Marini *

A partire dal 2014 la disciplina internazionale in materia di terrorismo ha conosciuto una importante opera di aggiornamento. Evoluzioni significative si registrano anche rispetto al mio intervento in occasione del seminario tenutosi a Pisa nel mese di marzo 2016, i cui atti sono stati pubblicati da questa *Rivista*. In effetti, alle nuove risoluzioni emanate dalle Nazioni Unite si aggiunge la Direttiva 2017/541 del Parlamento e del Consiglio del marzo 2017.

Il presente intervento intende, innanzitutto, fornire un aggiornamento rispetto ai contenuti resi disponibili un anno fa, concentrando adesso l'attenzione su quelle tematiche che ritengo di più diretto interesse per l'interprete e il pratico che operano nel nostro Paese. Intende, poi, far emergere come in materia di terrorismo l'azione e la disciplina messe in campo dalle Nazioni Unite presentino una incidenza diretta sulla normativa e sull'azione delle istituzioni a livello nazionale e diano vita a categorie interpretative essenziali per l'attività di coloro che quelle norme sono chiamati ad applicare.

Nel corso del seminario tenutosi a Pisa nella primavera del 2016¹ cercai di offrire un quadro generale dell'azione che le Nazioni Unite stanno conducendo per rispondere al terrorismo internazionale. Nell'arco di un anno sono intervenute importanti decisioni sia dell'Assemblea Generale sia del Consiglio di Sicurezza. Ma anche le istituzioni europee hanno dato vita a una importante novità: la Direttiva 2017/541 del Parlamento e del Consiglio, datata 15 marzo 2017 e pubblicata in GU il successivo 31 marzo.

Muovendo dal testo pubblicato un anno fa, a cui rinvio, nelle pagine seguenti² procederò a un breve aggiornamento del processo che ha preso avvio con il *Piano d'Azione* del Segretario generale (di seguito Sg)

in materia di prevenzione dell'estremismo violento (Pve) per poi esaminare, dopo un cenno alla rilevanza specifica delle diciannove Convenzioni internazionali, quattro grandi temi su cui vorrei concentrare l'attenzione: il finanziamento del terrorismo; la propaganda e l'incitamento a commettere reati; il tema dei *foreign terrorist fighter* e dei *returnee*; la cooperazione internazionale.

Ognuna di queste sezioni è strutturata affinché i principali aspetti esaminati possano essere messi in relazione alle disposizioni normative adottate in sede nazionale, *in primis* le nuove disposizioni che il legislatore italiano emanò nella primavera del 2015 anche al fine di corrispondere alle previsioni della ri-

(*) Le opinioni contenute nel presente intervento sono espresse a titolo personale e non impegnano l'Amministrazione di appartenenza.

1. L. Marini, *Le minacce del terrorismo, la comunità internazionale, le Nazioni Unite*, in *Speciali di Questione Giustizia*, settembre 2016, Terrorismo Internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali, www.questionegiustizia.it/speciale/pdf/QG-Speciali-2016-1_16.pdf.

2. Il presente intervento contiene aggiornamenti anche rispetto alla relazione che ho effettuato nell'ambito del corso di formazione in materia di terrorismo (P17034) tenutosi a Castel Pulci nei giorni 19-21 aprile 2017. I materiali del corso includono anche due documenti allegati alla mia relazione: un sintetico schema comparativo dei principali e più recenti strumenti normativi europei; un elenco dei gruppi inclusi al 31 marzo 2017 nelle liste del Comitato sanzioni 1267 delle Nazioni Unite in quanto qualificati come «entità» terroriste (diverso e assai meno interessante sarebbe l'elenco degli individui listati).

soluzione 2178 (2014) del Consiglio di Sicurezza Onu (di seguito CdS).

1. Il tema dell'estremismo violento, il Piano d'Azione del Segretario generale, l'aggiornamento della Strategia Globale anti-terrorismo

Ricordavo un anno fa come il *Piano d'Azione* presentato dal Sg il 15 gennaio 2016 non facesse mistero di rinunciare a ogni tentativo di definizione generale sia del concetto di «estremismo violento» sia del concetto di «terrorismo» e cercasse di intervenire sulle situazioni e condotte di «estremismo» che possono sfociare in atti terroristici. Ricordavo, ancora, come questa impostazione avesse trovato forte sostegno da parte di molti Stati, ma anche critiche severe e reazioni negative. Tutto questo non avrebbe potuto non incidere sui negoziati della quinta revisione biennale della «Strategia globale anti-terrorismo» adottata dall'Assemblea generale con la risoluzione 60/288 del 2006, revisione che ha poi avuto luogo con la risoluzione dell'Assemblea generale 70/291 adottata il primo luglio 2016. Tale risoluzione ha affrontato anche una tematica profondamente legata alla visione complessiva delle politiche anti-terrorismo: la struttura organizzativa Onu in questo settore. La generale insoddisfazione per il livello di coordinamento esistente tra gli organismi delle Nazioni Unite ha aperto da tempo un dibattito complesso sulla possibile creazione di una nuova figura o struttura di coordinamento, maggiormente efficace e a un più alto livello organizzativo. La risoluzione 70/291 ha dato mandato al (allora futuro) Sg a produrre una proposta entro mese di maggio 2017.

Il nuovo Sg ha presentato una proposta a tutti i Paesi nel febbraio scorso e, al termine di un complesso percorso negoziale, ha avanzato al Presidente dell'Assemblea generale un testo che prevede la cre-

azione di un nuovo ufficio, affidato alla direzione di una figura di altissimo profilo istituzionale (*Under Secretary General*) che coordini tutti gli organismi che a vario titolo operano nel settore anti-terrorismo, con l'eccezione degli organismi dipendenti dal CdS, che resterebbero al di fuori delle competenze del nuovo direttore. Si tratta di un intervento che modifica radicalmente la struttura attuale e che, superati i profili di ordine finanziario, dovrebbe trovare approvazione da parte dell'Assemblea generale nel mese di giugno prossimo.

Questo nuovo assetto presenta alcune incoerenze e criticità, ma nondimeno potrebbe consentire una risposta significativa al bisogno di rendere l'azione delle Nazioni Unite più coesa al proprio interno e in grado di meglio coordinarsi anche con le organizzazioni internazionali e regionali che operano nel settore del contrasto al terrorismo. Per gli stessi Stati membri, infine, una politica e un'azione maggiormente coerente delle Nazioni Unite costituirebbero un riferimento importante tanto per la definizione e lo sviluppo dei piani d'azione nazionali quanto per gli interventi di assistenza che molti di loro effettuano in favore di Paesi meno attrezzati e meno dotati di risorse.

2. Le Convenzioni internazionali in materia di terrorismo

Prima di passare ai paragrafi tematici che seguono, ritengo utile ricordare che delle diciannove convenzioni internazionali e protocolli aggiuntivi che hanno ad oggetto specifico il contrasto al terrorismo, solo una parte contiene contengono una espressa richiesta agli Stati di qualificare come reato specifiche condotte³. Fra queste va evidenziata per la sua attuale rilevanza la Convenzione del 1999 per il contrasto al finanziamento del terrorismo. Questa invita gli Stati a criminalizzare una serie di condotte che includono ogni forma diretta o indiretta, contra-

3. 1) La Convenzione del 1970 per il contrasto al sequestro illegale di aeromobili, con riferimento al sequestro o presa di controllo di un aereo da parte di persona che si trova a bordo. 2) La Convenzione del 1971 per il contrasto agli atti illegali contro la sicurezza dell'aviazione civile, con riferimento a condotte come quelle sopra menzionate, nonché alla previsione di sanzioni severe in caso di dirottamento e alla concreta applicazione del principio «*extradite or prosecute*» e delle forme di assistenza internazionale. 3) Il Protocollo del 1988 per il contrasto agli atti illegali di violenza presso gli aeroporti civili, con riferimento alle condotte di aggressione contro una persona (con conseguenti lesioni gravi o morte) e alle condotte di danneggiamento in grado di mettere in pericolo la sicurezza dell'aeroporto. 4) La Convenzione del 2010 per il contrasto alle condotte illegali in danno dell'aviazione civile internazionale, con riferimento all'uso criminale di aeromobili, all'utilizzo o trasporto di armi di distruzione o materiali pericolosi, oppure, infine, ai *cyberattck*. 5) Il Protocollo supplementare del 2010 alla Convenzione del 1970 sul sequestro di aeromobili, con riferimento al dirottamento commesso con strumenti tecnologici. 6) Il Protocollo del 2014 che modifica la Convenzione sugli atti commessi a bordo di aeromobili. Che amplia al Paese di atterraggio dell'aereo la giurisdizione sui crimini commessi a bordo. 7) La Convenzione del 1973 sui reati in danno di persone protette, inclusi i diplomatici, con riferimento agli atti di violenza (attentato, omicidio, rapimento) contro persone protette o loro edifici o veicoli. 8) La Convenzione del 1979 contro la presa di ostaggi. 9) La Convenzione del 1980 sulla protezione fisica del materiale nucleare, con riferimento alle condotte illegali di ricezione, possesso, uso, trasferimento di materiale nucleare e altre condotte simili, nonché la minaccia di fare uso di quel materiale per finalità illegali. 11) La Convenzione del 2005 sul contrasto agli atti di terrorismo nucleare, con riferimento a condotte simili alle precedenti, nonché alla minaccia (credibile) di commettere atti criminali avvalendosi di materiale nucleare. 12) La Convenzione del 1988 sul contrasto

ria al diritto e internazionale, di raccolta e disposizione di fondi che si intende destinare, o comunque si sa saranno destinati, ad essere utilizzati in tutto o in parte per commettere un atto criminoso che rientra nell'ambito di applicazione dei trattati inclusi negli annessi alla Convenzione⁴ o qualsiasi altro atto che intenda provocare la morte o lesioni gravi a un civile o a persona che non prende parte alle ostilità in un contesto di conflitto armato, allorché lo scopo di tale atto sia, per la sua natura o per il contesto in cui è commesso, quello di intimidire la popolazione o costringere un Governo o un'organizzazione internazionale a fare o ad astenersi da fare un proprio atto⁵. A tali previsioni si aggiungono disposizioni che sollecitano la massima cooperazione internazionale in sede di investigazione e processo e in sede di raccolta delle prove necessarie.

Così inquadrare le obbligazioni che derivano per gli Stati dalle diciannove Convenzioni internazionali in materia di terrorismo, risulta ancora una volta chiaro come la comunità internazionale non abbia raggiunto un accordo sulla definizione generale di "terrorismo" e abbia, invece, concentrato l'attenzione sulla identificazione degli "atti di terrorismo", inclu-

se le specifiche situazioni che essi hanno assunto nel tempo.

Va, tuttavia, sottolineato che, come emerge anche dagli atti normativi che richiameremo in seguito, le risoluzioni del CdS fanno spesso riferimento alla necessità di dare risposta non solo ai singoli fatti reato, commessi o tentati, ma anche alla necessità di prevenirli. Nel fare questo, il CdS indica agli Stati la necessità di impedire una serie di condotte riferite non solo alle persone che operano stabilmente come terroristi e alle organizzazioni terroristiche, ma anche alle persone o entità (ad esempio persone giuridiche) che offrono protezione, sostegno o finanziamento alle prime categorie. Ciò comporta il riconoscimento di persone ed entità che possono essere qualificate come "terroriste" al di là dei singoli atti/crimini commessi⁶. Sul punto possiamo rinviare al paragrafo 17 della risoluzione 2253 (2015), che esamineremo in seguito. Riconoscere l'esistenza di gruppi (stabilmente) terroristi comporta il riconoscimento di una situazione di fatto che consente risposte penali del tutto simili a quelle che le autorità potrebbero mettere in campo ove esistesse una definizione di terrorismo internazionalmente accettata. Resta, tuttavia, tutta la com-

agli atti illegali contro la sicurezza del trasporto marittimo, con riferimento a condotte criminose corrispondenti a quelle in danno del trasporto aereo, con l'aggiunta della condotta di possesso di sostanze o apparati "distruttivi". 13) Il Protocollo aggiuntivo del 2005 alla Convenzione del 1988, con riferimento all'utilizzo di una nave a fini di commettere atti di terrorismo e al trasporto di materiali aventi la medesima finalità. 14) Il Protocollo del 1988 per il contrasto agli atti commessi contro le piattaforme continentali, con riferimento a una pluralità di condotte, e il successivo Protocollo del 2005 aggiuntivo al precedente. 15) La Convenzione del 1997 per il contrasto ai "terrorist bombings", con riferimento sia alle condotte di attentato mediante esplosivi sia alle corrispondenti condotte di tentativo.

4. L'elenco è il seguente: Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 1970; Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, 1971; Convention on the Prevention and punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, 1973; International Convention against the Taking of Hostages 1979; Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, 1980; Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, 1988; Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, done at Rome on 10 March 1988; Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms located on the Continental Shelf, 10 March 1988; International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, 1997.

5. Occorre qui riportare almeno il testo degli art.2-4:

«Art. 2:

1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person by any means, directly or indirectly, unlawfully and willfully, provides or collects funds with the intention that they should be used or in the knowledge that they are to be used, in full or in part, in order to carry out: (a) An act which constitutes an offence within the scope of and as defined in one of the treaties listed in the annex; or (b) Any other act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international organization to do or to abstain from doing any act.

2. (a) On depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, a State Party which is not a party to a treaty listed in the annex may declare that, in the application of this Convention to the State Party, the treaty shall be deemed not to be included in the annex referred to in paragraph 1, subparagraph (a). ... The declaration shall cease to have effect as soon as the treaty enters into force for the State Party, which shall notify the depositary of this fact; (b) When a State Party ceases to be a party to a treaty listed in the annex, it may make a declaration as provided for in this article, with respect to that treaty.».

«Art. 3. For an act to constitute an offence set forth in paragraph 1, it shall not be necessary that the funds were actually used to carry out an offence referred to in paragraph 1, subparagraph (a) or (b).».

«Art. 4. Any person also commits an offence if that person attempts to commit an offence as set forth in paragraph 1 of this article.».

6. Un importante riferimento in tale direzione può rinvenirsi nella Raccomandazione 5 (e relativa Nota Interpretativa) della Fatf, di cui si dirà tra breve, atteso il rinvio che alle raccomandazioni Fatf (o Gafi) operano la risoluzione 1617 (2005) in termini generali e le risoluzioni 2253 (2015) e 2322 (2016) in termini specifici.

plexità e l'incertezza del diritto internazionale sulla qualificazione di un gruppo come "terrorista"⁷: tema che assume connotati profondamente politici e chiama in causa le scelte dei singoli Stati, soprattutto in tutti i numerosi casi in cui difetta un accordo all'interno del CdS.

Il numero di risoluzioni del solo CdS che nel tempo hanno fornito agli Stati indicazioni rilevanti sul piano penale è molto elevato e progressivamente cresciuto. Ogni tentativo di fornire qui un panorama completo sarebbe impossibile e sembra preferibile appuntare l'attenzione su alcuni settori che risultano di maggior rilievo ai fini del presente corso di formazione.

Il nostro esame può iniziare da uno degli aspetti più complessi tra le tematiche che meritano oggi la nostra attenzione.

3. La propaganda e l'"incitamento" a commettere atti di terrorismo

Ho accennato nella parte espositiva generale all'attenzione che i lavori di Assemblea generale hanno dedicato e dedicano alla genesi delle condotte di terrorismo e al collante culturale che quelle condotte tiene insieme (il riferimento è alla strategia globale adottata nel 2006 e quindi biennialmente aggiornata). In modo parallelo, va sottolineato come nelle risoluzioni di AG e di CdS risultino ampiamente utilizzati termini come estremismo violento, radicalizzazione, reclutamento, propaganda. Pur con approcci diversi, l'assoluta maggioranza dei Paesi comprende oggi di non poter trascurare il percorso che conduce una persona ad assumere condotte illegali di assoluta gravità e a legarsi a gruppi terroristici, sposandone il messaggio, l'ideologia e i metodi. È, questo, un settore che, praticamente assente nelle risoluzioni 1373 (2001)⁸, ha assunto crescente rilevanza e attira l'attenzione di governi, analisti ed esperti, soprattutto a partire dal 2014 e dalle nuove forme di propaganda pubblica e di azione che caratterizzano la vita di Isil-Da'esh.

A questo proposito occorre formulare due osservazioni di ordine generale.

La prima: tutte le risoluzioni del CdS adottano, quando il tema viene in qualche modo chiamato in causa, una formula che esclude l'esistenza di qualsiasi collegamento fra terrorismo e cultura o religione. Tale precisazione è divenuta sempre più necessaria

quanto più è cresciuta l'attenzione verso il cd. "terrorismo islamico" e una serie di Paesi e di soggetti politici si sono sentiti chiamati in causa per ragioni legate al credo religioso.

La seconda: ciò non di meno, l'esistenza di un obiettivo richiamo a fondamenti religiosi effettuato da alcuni gruppi terroristi non può essere dimenticato, e sovvienne qui il paragrafo operativo 54 della Strategia Globale (risoluzione di AG 70/291 del 1° luglio 2016), che recita:

«54. *Notes that terrorists may craft distorted narratives that are based on the misinterpretation and misrepresentation of religion to justify violence, which are utilized to recruit supporters and foreign terrorist fighters, mobilize resources and garner support from sympathizers, in particular by exploiting information and communications technologies, including through the Internet and social media, and further notes in this regard the urgent need for the international community to globally counter such activities*».

Fatte queste premesse, possiamo dire che un passaggio di grande rilievo è rappresentato dalla risoluzione 1624 (2005) del Consiglio, che ancora oggi costituisce un punto di riferimento imprescindibile. Si tratta di una risoluzione in cui la parte preambolare assume rilevanza analoga a quella operativa. I paragrafi preambolari si muovono lungo una linea che esprime: a) condanna per "l'incitamento" a commettere atti di terrorismo; b) ripudio per ogni tentativo di "giustificare o glorificare (apologia)" atti terroristici che possa a sua volta incitare a commettere nuovi atti simili; c) condanna di ogni forma di incitamento che sia motivata da "estremismo e intolleranza"; d) attenzione al diritto di manifestazione del pensiero e ai limiti che ad esso sono consentiti per legge; e) rispetto per il diritto di asilo e per la relativa protezione; f) incoraggiamento per il dialogo fra civiltà e culture; g) attenzione al ruolo dei media e delle organizzazioni sociali; h) preoccupazione per l'abuso che i terroristi fanno dei mezzi di comunicazione e delle tecnologie al fine di incitare alla commissione di atti criminali.

Come si vede, la risoluzione già contiene in termini schematici ed essenziali tutti gli elementi che la comunità internazionale, comprese le successive risoluzioni Onu, hanno sviluppato e stanno sviluppando in modo più articolato. La risoluzione muove dalle forme di intolleranza ed estremismo, di per sé non riconducibili al terrorismo, che non consentono

7. Ad oggi le liste dei Comitati 1267 e 1988 includono un elenco significativo di "entità" (gruppi di persone o vere e proprie società, che possono essere qualificate "terroriste").

8. La risoluzione del 2001 rispondeva alla natura degli atti commessi da Al-Qaida e alle caratteristiche di quella organizzazione. È questo un elemento che ulteriormente dimostra quanto la risposta Onu al fenomeno terrorismo si sia evoluta seguendo i profondi cambiamenti che quel fenomeno ha conosciuto a livello globale.

quel dialogo fra civiltà e culture che sta alla base di una convivenza pacifica. Prende atto che intolleranza ed estremismo, anche attraverso l'abuso delle forme tradizionali e moderne di comunicazione, possono giustificare azioni violente e atti di terrorismo. Osserva, quindi, che tali giustificazioni si legano al vero e proprio "incitamento" e possono diventare ulteriore veicolo di violenza. Su tale base sono stati redatti i paragrafi operativi 1 e 3, che rappresentano il cuore della risoluzione e recitano:

«1. *Calls upon* all States to adopt such measures as may be necessary and appropriate and in accordance with their obligations under international law to:

(a) Prohibit by law incitement to commit a terrorist act or acts;

(b) Prevent such conduct;

(c) Deny safe haven to any persons with respect to whom there is credible and relevant information giving serious reasons for considering that they have been guilty of such conduct».

«3. *Calls upon* all States to continue international efforts to enhance dialogue and broaden understanding among civilizations, in an effort to prevent the indiscriminate targeting of different religions and cultures, and to take all measures as may be necessary and appropriate and in accordance with their obligations under international law to counter incitement of terrorist acts motivated by extremism and intolerance and to prevent the subversion of educational, cultural, and religious institutions by terrorists and their supporters».

Tali impegni devono (OP4) essere implementati dagli Stati nel rispetto degli obblighi internazionali, soprattutto legati al diritto umanitario, ai diritti umani in genere e ai diritti dei rifugiati.

Appare evidente che tale impostazione culturale e politica ha un profondo legame con l'impostazione che l'Assemblea Generale nel corso dell'anno successivo pose a base della propria «Strategia globale anti-terrorismo». Una strategia articolata su quattro pilastri⁹, che includono anche la prevenzione dell'estremismo violento e la tutela dei diritti umani, accanto alle tradizionali misure militari e di polizia e alla risposta punitiva. Di questo, e del Piano d'azione del Segretario generale per la prevenzione dell'estremismo violento, ho trattato poco sopra.

Ora, l'inclusione dei temi legati al rigetto di ogni forma di intolleranza ed estremismo chiama indirettamente in causa misure positive legate ai processi

educativi, alle questioni di genere, allo sviluppo sociale ed economico, alla rimozione delle situazioni di violenza (occupazione territoriale e conflitti in testa). Si tratta di temi che la comunità internazionale e le stesse Nazioni Unite hanno abbondantemente sviluppato negli anni successivi al 2005 e sono entrati in varie forme nelle risoluzioni di CdS. È sufficiente leggere le risoluzioni 2178 (2014) e 2242 (2015) per verificare come il Consiglio di sicurezza consideri rilevante il coinvolgimento delle comunità locali per prevenire le e rispondere alle azioni dei Ftf e dei terroristi, così come considera rilevante la partecipazione attiva delle donne e interventi mirati alle fasce giovanili.

Tutto ciò premesso, il cuore della risoluzione 1624 (2005) è rappresentato dal divieto di "incitare" alla commissione di atti di terrorismo, qualunque sia la ragione o giustificazione di tale condotta. La risoluzione stessa richiama il principio di libertà di espressione del pensiero, avvertendo come particolarmente delicati i divieti che impattano sull'esercizio di tale libertà. Altrettanto significative sono le forme che la risoluzione 2178 (2014) adotta allorché chiede agli Stati di prevenire «the radicalization to terrorism and recruitment of foreign terrorist fighters» e di contrastare le forme di supporto ai terroristi e ai gruppi terroristici «including through information and communications technologies, such as the internet, social media, or any other means».

Innumerevoli sono i materiali che affrontano queste tematiche, sia a livello di Assemblea generale e di Consiglio dei diritti umani, sia a livello di organismi ausiliari, accademia, organizzazioni non governative. Non è possibile qui darne conto, ma meriterebbe dedicare un'analisi *ad hoc* alle iniziative che in ambito Onu sono state destinate negli ultimi due anni al tema della propaganda terrorista operata mediante gli strumenti di comunicazione di massa. Innumerevoli gli incontri tematici organizzati dal Comitato anti-terrorismo (Ctc) del CdS e dal suo Direttorato operativo (Cted), con la partecipazione di giuristi, esperti, rappresentanti del mondo informatico e di quello degli "internet provider". Oggetto principale di tali incontri sono due aspetti complementari: a) come bloccare la propaganda terrorista; b) come diffondere messaggi di "contro-narrativa" e di "narrativa alternativa". Il primo aspetto include, come è ovvio, il tema dei limiti alla libera manifestazione del pensiero, quello della possibilità di oscurare i siti e quello della responsabilità penale connessa alla propaganda. Il secondo include il tema della individuazione dei soggetti in

9. Questi i titoli dei quattro paragrafi e dei relativi "pilastri": I. *Measures to address the conditions conducive to the spread of terrorism*; II. *Measures to prevent and combat terrorism*; III. *Measures to build States' capacity to prevent and combat terrorism and to strengthen the role of the United Nations system in this regard*; IV. *Measures to ensure respect for human rights for all and the rule of law as the fundamental basis of the fight against terrorism*.

qualche modo *legittimati* a determinare le *policies* di risposta alla propaganda, con correlato dibattito sulla cooperazione pubblico-privato e sul coinvolgimento delle comunità della società civile e di specifiche categorie sociali (in particolare donne e minori).

Con «Presidential Statement» del maggio 2016 il CdS, considerata l'importanza e la complessità del tema ha dato mandato al Comitato anti-terrorismo di effettuare un'analisi ampia e di predisporre una proposta per la creazione di un «comprehensive international framework», contenente un esame delle buone pratiche e un elenco di possibili linee guida di supporto all'azione che gli Stati e gli organismi internazionali possono mettere in campo in modo coordinato ed efficace. Sulla base di tale mandato il Comitato anti-terrorismo ha adottato un documento che effettua una ricognizione delle iniziative in atto a livello globale sul terreno della «contronarrativa». Si tratta di iniziative condotte sia da organismi regionali e statali sia da progetti avviati da organismi privati che operano su base di finanziamenti pubblici. Collegata a questo documento è la recentissima risoluzione 2354 (2017) che il CdS ha adottato il 24 maggio 2017. Nel riaffermare i principi che ho sopra ricordato, la risoluzione fa proprie una serie di linee guida che nascono dal lavoro tecnico del Cted e delle quali si sollecita l'attuazione da parte degli Stati membri¹⁰; la stessa risoluzione provvede quindi a chiarire e rafforzare il mandato degli organismi Onu rilevanti, a partire dal Ctitf per arrivare allo stesso Cted.

3.1. La Direttiva europea 2017/541

Inviando per un'analisi comparata dei principali strumenti del diritto europeo in materia di terrorismo

al documento comparativo allegato alla presente relazione, può essere utile fare subito un confronto con la disciplina introdotta in materia dalla Direttiva (Ue) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo scorso (Gue 31 marzo 2017).

L'art.5, *Pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo*, recita:

«Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuta intenzionalmente, la diffusione o qualunque altra forma di pubblica divulgazione di un messaggio, con qualsiasi mezzo, sia *online* che *offline*, con l'intento di istigare alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) a i), se tale comportamento, direttamente o indirettamente, ad esempio mediante l'apologia di atti terroristici, promuova il compimento di reati di terrorismo, creando in tal modo il pericolo che uno o più di tali reati possano essere commessi».

Il successivo art.21 affronta il tema delle risposte operative alla pubblicazione di contenuti vietati, e recita:

«Misure per contrastare i contenuti online riconducibili alla pubblica provocazione

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare la tempestiva rimozione dei contenuti online ospitati nel loro territorio che costituiscono una pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo come indicato all'articolo 5. Si adoperano inoltre per ottenere la rimozione di tali contenuti ospitati al di fuori del loro territorio.

2. Gli Stati membri possono, qualora non fosse possibile rimuoverli alla fonte i contenuti di cui al paragrafo 1, adottare misure per bloccare l'accesso a tali contenuti agli utenti di internet sul loro territorio.

10. (a) United Nations action in the field of countering terrorist narratives should be based on the United Nations Charter, including the principles of sovereignty, territorial integrity and political independence of all States;
(b) Member States have the primary responsibility in countering terrorist acts and violent extremism conducive to terrorism;
(c) Relevant United Nations entities should ensure greater coordination and coherence with donors and recipients of counter-terrorism capacity-building, taking into account national perspectives, and with a view to strengthening national ownership;
(d) To be more effective, counter-narrative measures and programs should be tailored to the specific circumstances of different contexts on all levels;
(e) All measures taken by Member States to counter terrorism, including to counter terrorist narratives, must comply with their obligations under international law, including international human rights law, international refugee law, and international humanitarian law;
(f) Efforts to counter terrorist narratives can benefit through engagement with a wide range of actors, including youth, families, women, religious, cultural, and education leaders, and other concerned groups of civil society;
(g) States should consider supporting the efforts aimed at raising public awareness regarding counter terrorist narratives through education and media, including through dedicated educational programs to pre-empt youth acceptance of terrorist narratives;
(h) The importance of promoting enhanced dialogue and broadened understanding among societies;
(i) States should consider engaging, where appropriate, with religious authorities and community leaders, that have relevant expertise in crafting and delivering effective counter-narratives, in countering narratives used by terrorists and their supporters;
(j) Counter-narratives should aim not only to rebut terrorists' messages, but also to amplify positive narratives, to provide credible alternatives and address issues of concern to vulnerable audiences who are subject to terrorist narratives;
(k) Counter-narratives should take into account the gender dimension, and narratives should be developed that address specific concerns and vulnerabilities of both men and women;
(l) Continued research into the drivers of terrorism and violent extremism is necessary in order to develop more focused counter-narrative programmes.

3. Le misure relative alla rimozione e al blocco devono essere stabilite secondo procedure trasparenti e fornire idonee garanzie, in particolare al fine di assicurare che tali misure siano limitate allo stretto necessario e proporzionate e che gli utenti siano informati del motivo di tali misure. Le garanzie connesse alla rimozione o al blocco includono anche la possibilità di ricorrere per via giudiziaria.».

Tali disposizioni si collocano in linea con le disposizioni Onu che abbiamo esaminato e possono essere meglio interpretate alla luce dei *consideranda*. Il riferimento è ai *consideranda* 31, 32 e 33 per quanto concerne i temi generali legati alla radicalizzazione, e, soprattutto, ai *consideranda* che si occupano della criminalizzazione delle condotte (sub 10)¹¹ e delle misure che possono essere adottate sul piano operativo (sub 21, 22 e 23)¹². Di particolare interesse le considerazioni in ordine alla rimozione dei contenuti dei siti online e all'esigenza che ciò avvenga con le più ampie forme di cooperazione fra Stati e di cooperazione con i fornitori dei servizi.

4. Il finanziamento del terrorismo

Abbiamo visto poco sopra in estrema sintesi cosa prevedesse la Convenzione del 1999 in materia di finanziamento. Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione 54/109 del 25 febbraio 2000, la Convenzione conta oggi 187 Stati parte. Non va dimenticato che all'art. 1 essa contiene la definizione di cosa debba intendersi per "fondi", nei termini seguenti:

«1. "Funds" means assets of every kind, whether tangible or intangible, movable or immovable, however acquired, and legal documents or instruments in any form, including electronic or digital, evidencing title to, or interest in, such assets, including, but not limited to, bank credits, travellers cheques, bank cheques, money orders, shares, securities, bonds, drafts and letters of credit.».

Fatte queste precisazioni, conviene adesso muovere dalla risoluzione 1373 (2001), che costituisce il primo importante riferimento per l'azione del CdS in questo settore, cui faranno seguito, in particola-

11.(10) I reati riconducibili alla pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo comprendono, tra l'altro, l'apologia e la giustificazione del terrorismo o la diffusione *online* e *offline* di messaggi o immagini, comprese quelle riguardanti le vittime del terrorismo, quale mezzo per raccogliere sostegno alle cause dei terroristi o intimidire gravemente la popolazione. Tale condotta dovrebbe essere punibile qualora comporti il pericolo che possano essere commessi atti terroristici. Per ogni caso concreto, nell'esaminare se sussista un siffatto pericolo, si dovrebbe tenere conto delle specifiche circostanze del caso, come l'autore e il destinatario del messaggio, nonché del contesto in cui l'atto è commesso. Nell'applicare la presente disposizione sulla pubblica provocazione conformemente al diritto nazionale, è opportuno tenere conto altresì dell'entità e della natura verosimile del pericolo.

12. (21) Per garantire il buon esito delle indagini e dell'azione penale avverso i reati di terrorismo, i reati riconducibili a un gruppo terroristico o i reati connessi ad attività terroristiche, è opportuno che i responsabili delle indagini o del perseguimento di tali reati abbiano la possibilità di ricorrere a strumenti di indagine efficaci, quali quelli utilizzati nella lotta contro la criminalità organizzata o altre forme gravi di criminalità. Il ricorso a tali strumenti, conformemente al diritto nazionale, dovrebbe essere mirato e tenere conto del principio di proporzionalità nonché della natura e della gravità dei reati oggetto d'indagine, e dovrebbe rispettare il diritto alla protezione dei dati personali. Ove opportuno, detti strumenti dovrebbero comprendere, ad esempio, la perquisizione di beni personali, l'intercettazione di comunicazioni, la sorveglianza discreta, compresa la sorveglianza elettronica, la captazione, la registrazione e la conservazione di audio all'interno di veicoli o di luoghi privati o pubblici, nonché di immagini di persone all'interno di veicoli e luoghi pubblici, e indagini finanziarie. (22) Un mezzo efficace per combattere il terrorismo su internet consiste nel rimuovere alla fonte i contenuti online che costituiscono una pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo. Gli Stati membri dovrebbero adoperarsi con ogni mezzo per cooperare con i Paesi terzi nell'intento di assicurare la rimozione dai *server* nel loro territorio, dei contenuti *online* che costituiscono una pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo. Tuttavia, qualora non fosse possibile rimuovere tali contenuti alla fonte, potrebbero anche essere predisposti meccanismi volti a bloccare l'accesso agli stessi dal territorio dell'Unione. Le misure adottate dagli Stati membri in conformità della presente direttiva al fine di rimuovere i contenuti online che costituiscono una pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo o, qualora ciò non sia possibile, bloccare l'accesso a tali contenuti, potrebbero fondarsi su un'azione pubblica, comprese azioni legislative, non legislative o giudiziarie. In tale contesto, la presente direttiva non pregiudica l'azione volontaria avviata dal settore di internet per evitare abusi dei suoi servizi, o qualsiasi sostegno da parte degli Stati membri a favore di tale azione, quali ad esempio l'individuazione e la segnalazione di contenuti terroristici. Qualunque siano la base su cui si fonda l'azione o il metodo prescelti, gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché sia garantito agli utenti e ai fornitori di servizi un adeguato livello di certezza e prevedibilità del diritto nonché la possibilità di ricorrere per via giudiziaria conformemente al diritto nazionale. Tutte le suddette misure devono tenere conto dei diritti dell'utente finale e rispettare le procedure giuridiche e giudiziarie vigenti, nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»).

(23) La rimozione di contenuti *online* che costituiscono una pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo o, ove non sia possibile, il blocco dell'accesso a tali contenuti a norma della presente direttiva, non dovrebbe pregiudicare le disposizioni della direttiva 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio (1). In particolare, non dovrebbe essere imposto ai fornitori di servizi alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Inoltre, i fornitori di servizi di *hosting* non dovrebbero essere considerati responsabili a condizione che non siano effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e non siano al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione.

re, le risoluzioni 2178 (2014)¹³, 2199 (2015) e 2253 (2015).

Il primo paragrafo operativo della risoluzione 1373 afferma che il CdS:

«Decides that all States shall:

(a) Prevent and suppress the financing of terrorist acts;

(b) Criminalize the willful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts;

(c) Freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities;

(d) Prohibit their nationals or any persons and entities within their territories from making any funds, financial assets or economic resources or financial or other related services available, directly or indirectly, for the benefit of persons who commit or attempt to commit or facilitate or participate in the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled, directly or indirectly, by such persons and of persons and entities acting on behalf of or at the direction of such persons».

Il successivo paragrafo 3 chiede agli Stati di:

«3. Calls upon all States to:

(a) ... ;

(b) Exchange information in accordance with international and domestic law and cooperate on administrative and judicial matters to prevent the commission of terrorist acts;

(c) ... ;

(d) Become parties as soon as possible to the relevant international conventions and protocols relating to terrorism, including the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism of 9 December 1999; ... ».

I paragrafi appena ricordati rappresentano il riferimento essenziale a cui si sono appoggiate le risoluzioni successive che hanno sviluppato il tema del finanziamento al terrorismo sulla base delle esigenze progressivamente emerse.

Ad esempio, la risoluzione 1617 (2005), concentrata sul contrasto alle azioni di Usama bin Laden,

Al-Qaida e i Talebani, tra le altre previsioni, include i seguenti paragrafi:

«1. Decides that all States shall take the measures as previously imposed by paragraph 4 (b) of resolution 1267 (1999), paragraph 8 (c) of resolution 1333 (2000), and paragraphs 1 and 2 of resolution 1390 (2002) with respect to Al-Qaida, Usama bin Laden, and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them, as referred to in the list created pursuant to resolutions 1267 (1999) and 1333 (2000) (the “Consolidated List”): (a) Freeze without delay the funds and other financial assets or economic resources of these individuals, groups, undertakings and entities, including funds derived from property owned or controlled, directly or indirectly, by them or by persons acting on their behalf or at their direction, and ensure that neither these nor any other funds, financial assets or economic resources are made available, directly or indirectly, for such persons’ benefit, by their nationals or by any persons within their territory; (b) Prevent the entry into or the transit ...; (c) Prevent the direct or indirect supply, sale or transfer, ... ;

2. Further decides that acts or activities indicating that an individual, group, undertaking, or entity is “associated with” Al-Qaida, Usama bin Laden or the Taliban include: – participating in the financing, planning, facilitating, preparing, or perpetrating of acts or activities by, in conjunction with, under the name of, on behalf of, or in support of; – supplying, selling or transferring arms and related materiel to; – recruiting for; or – otherwise supporting acts or activities of; Al-Qaida, Usama bin Laden or the Taliban, or any cell, affiliate, splinter group or derivative thereof;...

7. Strongly urges all Member States to implement the comprehensive, international standards embodied in the Financial Action Task Force’s (Fatf) Forty Recommendations on Money Laundering and the Fatf Nine Special Recommendations on Terrorist Financing; ...».

Come si vede, per quanto riferito alla disciplina delle sanzioni e alla inclusione nelle relative liste, il paragrafo 1 (a) rafforza la comprensione di quali siano le condotte di sostegno finanziario a persone o gruppi terroristi che il CdS considera illegali. E tale previsione trova un ulteriore rafforzamento nel paragrafo 7, che invita gli Stati a dare piena applicazione nei propri ordinamenti agli standard e alla raccomandazioni elaborati dalla «Financial Action Task Force’s (Fatf)» (nota anche come Gafi). Tale

13. La risoluzione 2178 (2014) sarà più compiutamente esaminata in seguito nel paragrafo dedicato al fenomeno dei “foreign terrorist fighter”.

disposizione ha indubbia rilevanza anche ai fini penali e costituisce un possibile principio interpretativo della disciplina nazionale da parte dell'autorità giudiziaria. Un rilievo generale in tema di finanziamento al terrorismo riveste la Raccomandazione 6, che affronta gli aspetti relativi alle misure e alle sanzioni finanziarie che devono essere adottate dagli Stati.

Può essere utile, poi, richiamare subito la rilevanza della Raccomandazione 5 della Fatf, e relativa Nota interpretativa. Rivista nell'ottobre 2016, tale Raccomandazione chiede agli Stati di criminalizzare il finanziamento al terrorismo su basi più ampie di quelle previste dalla convenzione del 1999. In particolare, la condotta può essere criminalizzata anche in assenza di un legame con uno specifico atto terroristico.

La Risoluzione 2199 (2015) costituisce un ulteriore importante tassello nella lotta al finanziamento del terrorismo. Richiamata la disciplina internazionale esistente, la Risoluzione intende concentrare l'attenzione sulle quattro maggiori forme di finanziamento dei gruppi terroristi che operano in Medio Oriente, in particolare Siria e Iraq: traffico di prodotti petroliferi; traffico di beni culturali; rapimenti a fini di riscatto; donazioni. Una enfasi particolare viene dedicata alle due prime forme che costituiscono la vera novità della Risoluzione¹⁴.

Merita segnalare come la Risoluzione sia chiara nell'affermare che, al di là della illegalità e punibilità delle singole condotte di finanziamento connesse al commercio dei prodotti petroliferi, le relative attività di finanziamento poste in essere consapevolmente costituiscono una forma di supporto che deve essere considerato illegale in quanto tale. La rilevanza di tale disposizione anche ai fini interpretativi della disciplina positiva, internazionale e nazionale, appare evidente.

La Risoluzione 2253 (2015) è una delle più complesse e complete che il CdS ha adottato in tema di terrorismo. La sola parte operativa si compone di 99

paragrafi ed è arricchita da due "annessi" di grande importanza. Si tratta di un documento che riassume e sintetizza l'intero sistema sanzionatorio relativo ad Isil e Al-Qaida e che, per la sua impostazione, rappresenta un punto di riferimento imprescindibile per l'intera disciplina anti-terrorismo.

Riporto di seguito i paragrafi che più direttamente hanno riferimento al tema del finanziamento al terrorismo, seppure con una destinazione alle "sanzioni" di natura preventiva applicate dal Comitato 1267.

«2. Decides that all States shall take the following measures as previously imposed by paragraph 8 (c) of resolution 1333 (2000), paragraphs 1 and 2 of resolution 1390 (2002), and paragraphs 1 and 4 of resolution 1989 (2011), with respect to ISIL (also known as Da'esh), Al-Qaida, and associated individuals, groups, undertakings and entities:

Asset Freeze (a) Freeze without delay the funds and other financial assets or economic resources of these individuals, groups, undertakings and entities, including funds derived from property owned or controlled directly or indirectly, by them or by persons acting on their behalf or at their direction, and ensure that neither these nor any other funds, financial assets or economic resources are made available, directly or indirectly for such persons' benefit, by their nationals or by persons within their territory;...

4. Notes that such means of financing or support include but are not limited to the use of proceeds derived from crime, including the illicit cultivation, production and trafficking of narcotic drugs and their precursors;

5. Confirms that any individual, group, undertaking or entity either owned or controlled, directly or indirectly, by, or otherwise supporting, any individual, group, undertaking or entity associated with Al-Qaida or Isil, including on the Isil (Da'esh) & Al-Qaida Sanctions List, shall be eligible for listing;

6. Confirms that the requirements in paragraph

14. Oil Trade.

«10. Condemns any engagement in direct or indirect trade, in particular of oil and oil products, and modular refineries and related material, with Isil, Anf and any other individuals, groups, undertakings and entities designated as associated with Al-Qaida by the Committee pursuant to resolutions 1267 (1999) and 1989 (2011), and reiterates that such engagement would constitute support for such individuals, groups, undertakings and entities and may lead to further listings by the Committee;...

11. Reaffirms that all States shall ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice and ensure that such terrorist acts are established as serious criminal offenses in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts, and emphasizes that such support may be provided through trade in oil and refined oil products, modular refineries and related material with Isil, Anf and all other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al-Qaida;...».

«Cultural Heritage

... 16. Notes with concern that Isil, Anf and other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al-Qaida, are generating income from engaging directly or indirectly in the looting and smuggling of cultural heritage items from archaeological sites, museums, libraries, archives, and other sites in Iraq and Syria, which is being used to support their recruitment efforts and strengthen their operational capability to organize and carry out terrorist attacks;....».

2 (a) above apply to financial and economic resources of every kind, including but not limited to those used for the provision of Internet hosting and related services, used for the support of Al-Qaida, ISIL, and other individuals, groups, undertakings or entities included on the ISIL (Da'esh) & Al-Qaida Sanctions List;

7. Confirms that the requirements in paragraph 2 (a) above apply to funds, financial assets or economic resources that may be made available, directly or indirectly, to or for the benefit of listed individuals in connection with their travel, including costs incurred with respect to transportation and lodging, and that such travel-related funds, other financial assets or economic resources may only be provided in accordance with the exemption procedures set out in paragraphs 1 and 2 of resolution 1452 (2002), as amended by resolution 1735 (2006), and in paragraphs 10, 74 and 75 below;

8. Confirms further that the requirements in paragraph 2 (a) above shall also apply to the payment of ransoms to individuals, groups, undertakings or entities on the ISIL (Da'esh) & Al-Qaida Sanctions List, regardless of how or by whom the ransom is paid;...

16. Strongly urges all Member States to implement the comprehensive international standards embodied in the Financial Action Task Force's (Fatf) revised Forty Recommendations on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation, particularly Recommendation 6 on targeted financial sanctions related to terrorism and terrorist financing; to apply the elements in Fatf's Interpretive Note to Recommendation 6, with the final objective of effectively preventing terrorists from raising, moving and using funds, in line with the objectives of Immediate Outcome 10 of the Faft methodology; to take note of, inter alia, related best practices for effective implementation of targeted financial sanctions related to terrorism and terrorist financing and the need to have appropriate legal authorities and procedures to apply and enforce targeted financial sanctions that are not conditional upon the existence of criminal proceedings; and to apply an evidentiary standard of proof of "reasonable grounds" or "reasonable basis", as well as the ability to collect or solicit as much information as possible from all relevant sources;

17. Welcomes the recent Fatf reports on the Financing of the Terrorist Organization ISIL (published February 2015) and Emerging Terrorist Financing Risks (published October 2015) that includes discussion of the ISIL threat, welcomes further the Fatf clarifications to Interpretive Note to Recommendation 5 on the criminalization of

terrorist financing to incorporate the relevant element of resolution 2178 (2014), specifically clarifying that terrorist financing includes the financing of the travel of individuals who travel or attempt to travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, and highlights that Fatf Recommendation 5 applies to the financing of terrorist organizations or individual terrorists for any purpose, including but not limited to recruitment, training, or travel, even in the absence of a link to a specific terrorist act;

18. Encourages Fatf to continue its efforts to prioritize countering terrorist financing, in particular identifying and working with Member States with strategic anti-money laundering and countering terrorist financing (Aml/Cft) deficiencies that have hindered Member States from effectively countering the financing of terrorism, including by ISIL, Al-Qaida, and associated individuals, group, entities and undertakings, and in this regard, reiterates that the provision of economic resources to such groups is a clear violation of this and other relevant resolutions and is not acceptable;

19. Clarifies that the obligation in paragraph 1 (d) of resolution 1373 (2001) applies to making funds, financial assets or economic resources or financial or other related services available, directly or indirectly, for the benefit of terrorist organizations or individual terrorists for any purpose, including but not limited to recruitment, training, or travel, even in the absence of a link to a specific terrorist act;

20. Calls upon States to ensure that they have established as a serious criminal offence in their domestic laws and regulations the wilful violation of the prohibition described in paragraph 1 (d) of resolution 1373 (2001);

21. Calls upon Member States to move vigorously and decisively to cut the flows of funds and other financial assets and economic resources to individuals and entities on the ISIL (Da'esh) & Al-Qaida Sanctions List, as required by paragraph 2 (a), and taking into account relevant Fatf Recommendations and international standards designed to prevent the abuse of non-profit organizations, formal as well as informal/alternative remittance systems and the physical trans-border movement of currency, while working to mitigate the impact on legitimate activities through these mediums;»

Ho ritenuto utile riportare qui più di un paragrafo, compresi alcuni che solo indirettamente si riferiscono ai profili penali, in quanto il contesto introdotto dalla risoluzione 2253 assume una grande importanza nella lettura della complessiva disciplina Onu

e nella interpretazione delle normative che, a livello nazionale, danno attuazione alla prima¹⁵.

4.1. La Direttiva europea 2017/541

Il tema del finanziamento al terrorismo è affrontato specificamente dall'art.11, che recita:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punibili come reato, se compiute intenzionalmente, la fornitura o la raccolta di capitali, in qualsiasi modo, direttamente o indirettamente, con l'intenzione che tali capitali siano utilizzati, o nella consapevolezza che saranno utilizzati, in tutto o in parte, per commettere o per contribuire alla commissione di uno dei reati di cui agli articoli da 3 a 10.

2. Qualora il finanziamento del terrorismo di cui al paragrafo 1 del presente articolo riguardi uno dei reati di cui agli articoli 3, 4 e 9, non è necessario che i capitali siano effettivamente utilizzati, in tutto o in parte, per commettere o per contribuire alla commissione di uno di tali reati, né occorre che l'autore sia a conoscenza del reato o dei reati specifici per i quali saranno utilizzati.»

Anche in questo caso è utile affiancare la lettura della disposizione normativa con i relativi *consideranda 14 e 15*¹⁶.

5. I foreign terrorist fighter

Per un esame della figura di *foreign terrorist fighter* (di seguito Ftf) rinvio al mio intervento del 2016 sopra ricordato. Va adesso evidenziato che le Risoluzioni Onu in materia contengono un numero

rilevante di paragrafi e previsioni che rivestono diretta incidenza sulle legislazioni nazionali.

La Risoluzione che affronta questo tema in modo specifico è la 2178 (2014) e ad essa dovremo dedicare una particolare attenzione. Tuttavia, per comprendere il senso e le ragioni dell'intervento che il CdS ha effettuato nel 2014 con tale risoluzione, non possiamo dimenticare che la Risoluzione 1373 (2001) fissava due principi fondamentali in materia di contrasto all'azione dei terroristi.

Il primo di tali principi riguarda il divieto di garantire ai terroristi ogni *safe heaven* o zona franca. E tale divieto opera con riferimento al concetto di "harbouring" e ad alcune specifiche condotte. In particolare si fa divieto di: «(intentionally) a) concealing; b) hiding; c) hindering or preventing the apprehension of the person». Sono condotte rientranti nel concetto italiano di favoreggiamento personale e possono essere tradotte come nascondere una persona, favorire l'anonimato, sottrarla alla cattura.

Il secondo di tali principi è che lo Stato deve impedire che propri concittadini o persone presenti sul proprio territorio sfruttino tale presenza per favorire azioni terroristiche in danno di altro Stato o di cittadini di quest'ultimo.

Con l'esplosione nel 2013 e, soprattutto 2014, del fenomeno dei combattenti che da numerosi Paesi si recavano in Siria ed Iraq per aggregarsi alle milizie dell'Isil, il CdS ha ritenuto necessario sviluppare e aggiornare la disciplina esistente. Lo ha fatto, innanzitutto, nel mese di agosto con la risoluzione 2170 (2014), che, nel condannare le azioni di Isil in Iraq e Siria e nell'estendere in modo corrispondente il regime sanzioni, dedica ai Ftf alcuni paragrafi specifici¹⁷.

15. Si può qui solo rinviare alle attività delle "Financial Intelligence Units" (Fiu), che il paragrafo 5 della risoluzione 2331 (2016) conferma essere uno strumento indispensabile nel contrasto al finanziamento al terrorismo, incoraggiando gli Stati a istituirle, ove non lo abbiano fatto, e a rafforzarne l'azione, gli strumenti e le competenze.

16. (14) La Direttiva (Ue) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio (1) stabilisce norme comuni sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario dell'Unione a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo. In aggiunta a questo approccio preventivo, il finanziamento del terrorismo dovrebbe essere punibile negli Stati membri. La qualificazione come reato dovrebbe comprendere non solo il finanziamento di atti terroristici, ma anche il finanziamento di un gruppo terroristico come pure altri reati connessi ad attività terroristiche, quali il reclutamento e l'addestramento, o i viaggi a fini terroristici, allo scopo di smantellare le strutture di supporto che agevolano la commissione di reati di terrorismo.

(15) La fornitura di sostegno materiale al terrorismo tramite persone impegnate, o che fungono da intermediari, nella fornitura o nella circolazione di servizi, capitali e beni, comprese le operazioni commerciali che comportano un'entrata o uscita dall'Unione, quali la vendita, l'acquisizione o lo scambio di beni culturali di interesse archeologico, artistico, storico o scientifico asportati illegalmente da una zona che, al momento dell'asportazione, era controllata da un gruppo terroristico, dovrebbe essere punibile negli Stati membri come concorso in reati di terrorismo o come finanziamento del terrorismo, se i reati sono compiuti nella consapevolezza che tali operazioni o i loro proventi sono destinati ad essere utilizzati, in tutto o in parte, a fini terroristici o andranno a beneficio di gruppi terroristici. Possono essere necessarie ulteriori misure al fine di contrastare efficacemente il commercio illegale di beni culturali come fonte di reddito per i gruppi terroristici.

17. «Foreign Terrorist Fighters

7. *Condemns* the recruitment by Isil, Anf and all other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al-Qaida of foreign terrorist fighters, whose presence is exacerbating conflict and contributing to violent radicalisation, *demand*s that all foreign terrorist fighters associated with Isil and other terrorist groups withdraw immediately, and *expresses its readiness* to consider listing those recruiting for or participating in the activities of Isil, Anf and all other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al-Qaida

Ma è soprattutto con la Risoluzione 2178 del successivo mese di settembre che il tema trova una più completa disciplina.

Innanzitutto la risoluzione pone con chiarezza un allarme che collega i Ftf alle forme di intolleranza, radicalizzazione ed estremismo violento che possono condurre al terrorismo e favorire le scelte di coloro che si recano in Medio Oriente per unirsi ai gruppi terroristici (paragrafo preambolare 13).

In secondo luogo, la Risoluzione contiene una definizione di Ftf, nei termini seguenti: «... namely individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, including in connection with armed conflict ...» (paragrafo preambolare 8).

In terzo luogo, la Risoluzione esprime preoccupazione per la natura organizzata del fenomeno, che si avvale di reti internazionali e richiede specifiche risposte¹⁸. Come si comprende, l'illegalità delle condotte dei Ftf e di chi in qualche modo li sostiene non viene messa in relazione soltanto a singoli atti di terrorismo, ma all'adesione alle condotte criminose dei gruppi terroristici che reclutano e si avvalgono di coloro che lasciano i Paesi di origine per unirsi loro. Sul punto rinvio al paragrafo preambolare 10, dove si richiama il pericolo di diffusione della cultura "estremista" al fine di ulteriormente promuovere condotte di terrorismo.

Fatte queste premesse, e richiamati gli obblighi che gli Stati hanno contratto a livello internazionale, la Risoluzione fissa al paragrafo 6 alcuni obblighi specifici di nostro interesse:

«6. *Recalls* its decision, in resolution 1373 (2001), that all Member States shall ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice, and *decides* that all States shall ensure that their domestic laws and regulations establish serious criminal offenses sufficient to provide the ability to prosecute and to penalize in a manner duly reflecting the seriousness of the offense:

(a) their nationals who travel or attempt to travel to a State other than their States of residence or nationality, and other individuals who travel or attempt to travel from their territories to a State other than their States of residence or nationality, for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts, or the providing or receiving of terrorist training;

(b) the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to finance the travel of individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training; and,

(c) the wilful organization, or other facilitation, including acts of recruitment, by their nationals or in their territories, of the travel of individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training».

under the Al-Qaida sanctions regime, including through financing or facilitating, for Isil or Anf, of travel of foreign terrorist fighters;

8. *Calls upon* all Member States to take national measures to suppress the flow of foreign terrorist fighters to, and bring to justice, in accordance with applicable international law, foreign terrorist fighters of, Isil, Anf and all other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al-Qaida, reiterates further the obligation of Member States to prevent the movement of terrorists or terrorist groups, in accordance with applicable international law, by, inter alia, effective border controls, and, in this context, to exchange information expeditiously, improve cooperation among competent authorities to prevent the movement of terrorists and terrorist groups to and from their territories, the supply of weapons for terrorists and financing that would support terrorists;

9. *Encourages* all Member States to engage with those within their territories at risk of recruitment and violent radicalisation to discourage travel to Syria and Iraq for the purposes of supporting or fighting for Isil, Anf and all other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al-Qaida;

10. *Reaffirms* its decision that States shall prevent the direct or indirect supply, sale, or transfer to Isil, Anf and all other individuals, groups, undertakings and entities associated with Al-Qaida from their territories or by their nationals outside their territories, or using their flag vessels or aircraft, of arms and related materiel of all types including weapons and ammunition, military vehicles and equipment, paramilitary equipment, and spare parts for the aforementioned, and technical advice, assistance or training related to military activities, as well as its calls for States to find ways of intensifying and accelerating the exchange of operational information regarding traffic in arms, and to enhance coordination of efforts on national, subregional, regional and international levels;».

18. «*Concerned* that foreign terrorist fighters increase the intensity, duration and intractability of conflicts, and also may pose a serious threat to their States of origin, the States they transit and the States to which they travel, as well as States neighbouring zones of armed conflict in which foreign terrorist fighters are active and that are affected by serious security burdens, and *noting* that the threat of foreign terrorist fighters may affect all regions and Member States, even those far from conflict zones, and *expressing* grave concern that foreign terrorist fighters are using their extremist ideology to promote terrorism,

Expressing concern that international networks have been established by terrorists and terrorist entities among States of origin, transit and destination through which foreign terrorist fighters and the resources to support them have been channelled back and forth».

Come si vede, le condotte che vengono considerate illegali e meritevoli di essere perseguite dai singoli Stati riguardano, qualora commesse per finalità di terrorismo, il viaggiare verso Stati stranieri, il fornire e ricevere addestramento, il procurare/procurarsi fondi in modo diretto o indiretto al fine di sostenere le spese di viaggio, le diverse forme di organizzazione e facilitazione, compreso il reclutamento, dei viaggi.

Si tratta di condotte che molti Paesi hanno introdotto nei loro sistemi giuridici, talvolta istituendo nuove e autonome condotte di reato. È il caso dell'Italia e della normativa introdotta nella primavera del 2015.

In questo contesto non può mancare un richiamo al successivo paragrafo 8 sulle limitazioni che uno Stato deve porre all'entrata o al transito nel proprio territorio da parte di persone in qualche modo sospette:

«8. *Decides that, without prejudice to entry or transit necessary in the furtherance of a judicial process, including in furtherance of such a process related to arrest or detention of a foreign terrorist fighter, Member States shall prevent the entry into or transit through their territories of any individual about whom that State has credible information that provides reasonable grounds to believe that he or she is seeking entry into or transit through their territory for the purpose of participating in the acts described in paragraph 6, including any acts or activities indicating that an individual, group, undertaking or entity is associated with Al-Qaida, as set out in paragraph 2 of resolution 2161 (2014), provided that nothing in this paragraph shall oblige any State to deny entry or require the departure from its territories of its own nationals or permanent residents;*».

Inutile aggiungere che la Risoluzione torna a sottolineare gli obblighi in tema di scambio di informazioni e di cooperazione penale internazionale e mutua assistenza fra Stati.

Molto è stato scritto attorno ai Ftf e ho cercato di affrontare il tema in termini generali nell'articolo del 2016 che ho richiamato in precedenza. Posso così passare a qualche breve considerazione su un fenomeno relativamente recente e ancora poco esaminato.

5.1. *I returnee*

Con tale espressione ci si riferisce ai Ftf che per le più varie ragioni abbandonano le aree di conflitto armato in Siria ed Iraq e si muovono in direzione opposta a quella intrapresa in passato e, come tale, oggetto della risoluzione 2178.

È stato sottolineato che il fenomeno dei *returnee* presenta quattro diverse forme di pericolo: il ritorno al fine di commettere singoli atti di terrorismo; la possibilità che si cerchi di dare vita a nuove cellule; i

rischi di collegamento con le cellule e le reti terroristiche già esistenti; la capacità dei *returnee* di reclutare, fornire assistenza oppure training o, ancora, forme di finanziamento ad altri terroristi.

Dobbiamo rilevare che le cause che spingono queste persone a lasciare le aree di conflitto sono diverse, così come lo sono le modalità di questi "ritorni". Alcuni Ftf sembrano intenzionati a rientrare nei Paesi di provenienza; altri lo fanno verso i (non coincidenti) Paesi di nazionalità; altri sembrano indirizzarsi verso Paesi terzi; altri ancora verso diverse zone di conflitto (come lo Yemen, o il Corno d'Africa, o l'Afghanistan, solo per fare alcuni esempi).

Sta di fatto che la sola Turchia sta in questo momento trattenendo nelle proprie strutture oltre 6.000 persone che sono ritenute *ex combattenti* che hanno abbandonato le zone di conflitto siriane e irachene. La condotta delle autorità turche appare in qualche modo in linea con la previsione del paragrafo 8 sopra ricordato e con l'obbligo di cooperare con gli altri Paesi al fine di investigare e sanzionare le condotte illecite legate ai Ftf.

Ma sul piano giuridico le cose non sono affatto semplici e il Comitato anti-terrorismo del Consiglio di Sicurezza sta dedicando una crescente attenzione ai problemi posti da questa nuova realtà. Mi limito qui a poche osservazioni problematiche.

La prima difficoltà che il Paese di transito incontra è puramente fattuale e riguarda le informazioni e le prove che possono collegare la persona a condotte di combattente o di sostenitore dei gruppi terroristici. In altri termini, quali sono gli elementi che consentono di ipotizzare seriamente (quanto meno nei termini invero molto elastici del ricordato paragrafo 8) che la persona sia un Ftf che "ritorna".

La seconda difficoltà ha natura giuridica. Mentre la risoluzione 2178 contiene previsioni volte a prevenire e sanzionare condotte di addestramento, sostegno e viaggio verso le aree di conflitto, e cioè condotte che mirano a rafforzare i gruppi terroristici, nessuna previsione regola i comportamenti collegati all'abbandono di tali aree e di tali condotte. Sembrano, dunque, difettare i presupposti per prevenire o impedire gli spostamenti che allontanano la persona dalle aree di conflitto.

Un terzo problema riguarda lo *status* giuridico, se così vogliamo dire, di tali persone rispetto alle condotte tenute nelle aree di conflitto. Anche ammesso che vi siano elementi per ritenere la persona autrice di reati nelle aree di conflitto, una volta che ella si allontani da queste, così cessando i comportamenti illegali, ci si chiede come possa essere qualificata e trattata dallo Stato di transito, che non ha una specifica giurisdizione nei confronti del non cittadino per fatti commessi in territorio straniero. E ancora, in assenza di una richiesta di assistenza giudiziaria da

parte dello Stato di cittadinanza o di residenza della persona trattenuta, quali sono le misure che lo Stato di transito può adottare? Ci si chiede, ad esempio, se, una volta terminate le procedure amministrative di identificazione e di accertamento, allo Stato di transito non resti che la scelta fra lasciare la persona libera di andarsene e quella di disporre la sua espulsione verso lo Stato di cittadinanza o residenza.

Problemi ancora diversi si presentano nella ipotesi in cui la persona abbia doppia cittadinanza e residenza in uno dei due Stati, oppure nella ipotesi che lo Stato di residenza si rifiuti di accogliere la persona in parola.

A queste difficoltà si aggiunge quella di valutare il comportamento di coloro che ospitano e/o sostengono le persone che rientrano dalle aree di conflitto. In particolare, se operino anche in questo caso i divieti di sostegno e favoreggiamento previsti dalla risoluzione 1373 e dalla risoluzione 2178 nei termini ricordati in precedenza.

Spostando adesso l'attenzione su un profilo ancora diverso, ci si è chiesti come possa essere valutata sul piano penale la circostanza che la persona lasci intenzionalmente le aree di conflitto. Si tratta di una condotta compatibile con diversi scenari, che vanno dalla rottura di ogni legame col gruppo terroristico alla decisione, del tutto opposta, di tornare nel Paese di origine (o recarsi in Paese terzo) per proseguire in altra forma le condotte illegali. Tra le altre cose, al fine di decifrare l'elemento intenzionale non appare decisivo il fatto che la persona possa dirigersi verso un Paese terzo: il timore o la certezza che il rientro nel Paese di origine si accompagni a misure penali può essere un buon motivo per cercare di approdare in un Paese diverso.

Ci si è chiesti, ancora, se ai fini di valutare l'attualità del pericolo e la permanenza della situazione di illegalità, l'interruzione del legame con il gruppo terroristico e con le condotte passate richieda una espressa confessione di quel legame e una altrettanto espressa dichiarazione di presa di distanza.

Non sono problemi del tutto nuovi per chi si è occupato di terrorismo, ma certo le caratteristiche delle condotte e dell'elemento soggettivo dei Ftf, da un lato, e la complessa realtà dei reati transnazionali rendono le risposte tutt'altro che facili.

5.2. Alcune analisi complementari

La letteratura in genere e le analisi specifiche dedicate ai Ftf costituiscono oramai un terreno sterminato e non è possibile tentare una lettura aggiornata del commento che formulai un anno fa.

Tuttavia, può essere utile e stimolante prendere in esame almeno due documenti che contengono indicazioni importanti ai nostri fini con riguardo proprio al tema dei *returnee*.

Il Gctf «Addendum to The Hague-Marrakech Memorandum»

Il primo documento è stato redatto nell'ambito del gruppo di lavoro che il Gctf¹⁹ dedica al tema dei Ftf. Dopo avere effettuato uno studio di ampio respiro, noto come «The Hague-Marrakech Memorandum»²⁰, alla fine del 2015 il gruppo di lavoro fu richiesto di approfondire i temi legati alla «Good Practice 19» e di analizzare più attentamente il fenomeno dei *returnee* (o Ftf). Ha così origine uno specifico *Addendum* al *Memorandum*, che muove dai problemi legati alla figura del *returnee*: la difficoltà di definire il concetto in sé e quella di identificare la persona che corrisponda al modello tipico; la molteplicità delle vie di rientro dalle aree di conflitto armato; la difficoltà di intercettare e identificare le comunicazioni criptate sempre più spesso utilizzate dai combattenti e dagli *ex* combattenti; la difficoltà di ottenere informazioni attendibili dalle autorità delle aree di crisi e di transito.

Muovendo da queste osservazioni, l'*Addendum* formula sette raccomandazioni dirette agli Stati. La prima di esse mette ancora una volta l'accento sullo scambio di informazioni e lo fa con riferimento a plurimi livelli, sia sul piano nazionale sia su quello internazionale²¹; tale approccio trova uno sviluppo nella successiva Raccomandazione 5, che chiama in causa le istituzioni finanziarie, i servizi internet e quelli che gestiscono i viaggi, nonché i registri utilizzati dalle aziende private. In tale prospettiva, viene evidenziata l'importanza che il regime sanzionatorio del Comitato 1267 (Isil-Al Qaida) trovi implementazione concreta da parte di tutti gli Stati e degli altri soggetti chiamati ad applicare le sanzioni previste (embargo al commercio di armi; divieto di espatrio; blocco dei beni).

19. Il Global Counter Terrorism Forum (Gctf) è un organismo internazionale, supportato da un numero consistente di Governi (attualmente è presieduto da Olanda e Marocco) ed ha come mandato lo sviluppo di studi e iniziative a sostegno delle politiche anti-terrorismo.

20. «The Hague-Marrakech Memorandum of Good Practices for a More Effective Response to the Ftf Phenomenon».

21. In estrema sintesi gli Stati sono richiesti di: a) individuare procedure per rendere effettivo e tempestivo lo scambio di informazioni tra agenzie nazionali; b) assicurare il coordinamento fra forze di polizia, organismi doganali e uffici del pubblico ministero, senza dimenticare i servizi di intelligence; c) dare vita ad accordi bilaterali con riferimento ai controlli e alle relative comunicazioni sui documenti di identità e i documenti di viaggio (inclusi i sistemi Api e Pnr); d) individuare le migliori modalità di accesso ai database nazionali e a quelli degli organismi internazionali (Interpol in testa).

Altre raccomandazioni sono dirette alla ricerca di soluzioni individualizzate per il trattamento dei Ftfr, sia adottando misure appropriate al singolo individuo individuate secondo l'approccio di "risk assessment" e una logica "case by case" (risposta penale tradizionale; misure alternative; trattamenti legati alla risposta della famiglia e della comunità) sia considerando i bisogni di specifiche categorie di ex combattenti (minorenni, giovani, donne).

Altre ancora suggeriscono di ampliare l'area di risposta: da un lato, coinvolgendo in forme multiple le comunità locali e, dall'altro, utilizzando le risorse messe a disposizione dal settore privato e dalle associazioni civili. Infine, le raccomandazioni sottolineano l'importanza di misure "riabilitative" che vadano oltre le sanzioni penali. Questo richiede una significativa azione formativa diretta anche agli attori giudiziari con riferimento alle scelte da adottare sia in fase pre-processuale (misure cautelari) sia in fase di sentenza e di applicazione della pena. Vanno, in particolare, favorite le forme incentivanti la riflessione e il coinvolgimento della persona in percorsi di reinserimento sociale. Parimenti, ogni Stato deve valutare le migliori misure amministrative che possono sostituire o integrare e sostenere le misure di natura penale. Tutto questo richiede che le risposte siano basate sui criteri di proporzionalità e "due diligence".

Il documento «Foreign terrorist fighters returnees: Policy options» redatto dal Consiglio dell'Unione²².

Redatto nel contesto del G15 dietro iniziativa belga, il documento richiama le premesse storiche e le caratteristiche del fenomeno dei *returnees* ed evidenzia le difficoltà tecniche e operative nell'individuare i soggetti a rischio e nel seguirne gli spostamenti e le comunicazioni. Sulla base di tali considerazioni gli Stati vengono incoraggiati a: 1) riempire i vuoti informativi e migliorare lo scambio di notizie²³, anche rafforzando la collaborazione con le agenzie Usa e con le autorità turche, nonché a rafforzare la cooperazione degli operatori provati, sia che si tratti di social media e di *provider* internet sia che si tratti di sistemi di comunicazioni criptate

(in particolare "Telegram"); 2) rafforzare i sistemi di tracciamento e geolocalizzazione dei telefoni mobili e degli strumenti di comunicazione mobile; 3) scambiare tempestivamente le informazioni relative alle investigazioni e ai procedimenti penali²⁴; 4) rafforzare le strutture e la presenza Europol in Italia e Grecia con riferimento ai controlli "di seconda linea" rispetto al lavoro degli "hotspots"; 5) migliorare i controlli alle frontiere e tutte le forme di controllo collegate.

Il documento prosegue con un esame delle esigenze di coordinamento con le autorità turche, in primo luogo, ma anche con quelle di Paesi come Libano, Giordania e Tunisia; viene qui richiamato il ruolo centrale svolto da Interpol. Ciò senza dimenticare la collaborazione con le autorità irachene, anche via Interpol, e la delicata situazione che si sta creando nell'area occidentale dei Balcani.

Nelle pagine successive il documento si concentra sul settore della riabilitazione/reintegrazione dei *returnees* e sulle possibilità di sostegno europeo a programmi destinati a tale obiettivo.

Un breve paragrafo è poi dedicato alla risposta giudiziaria a Da'esh. Muovendo dalla risoluzione del CdS 2249 (2015) e dalla «Independent International Commission of Inquiry on Syrian Arab Republic» cui ha dato vita il Consiglio delle Nazioni Unite per i diritti umani, il documento sottolinea l'importanza che Europol e Eurojust collaborino al meccanismo volto a raccogliere e preservare le prove dei crimini commessi da Da'esh anche in Iraq²⁵, nonché volto a rendere tali prove fruibili a tutti i sistemi giudiziari interessati. Resta sullo sfondo il tema della creazione di tribunali "ibridi", in grado di riempire gli attuali vuoti di effettività dei sistemi nazionali.

Il settimo e ultimo paragrafo è dedicato alle specifiche esigenze delle donne e dei minori, avendo riguardo tanto alla loro condizione di vittime dei reati quanto alla condizione di soggetti deboli all'interno delle fattispecie criminose plurisoggettive. La conferenza 2016 del "Radicalisation Awareness Network" ha ribadito l'impegno ad affrontare con attenzione e strumenti specifici i profili adesso richiamati.

22. Documento 14799/16 del 29 Novembre 2016.

23. Ciò richiede interventi a livello normativo (ad esempio consentendo controlli diretti sulle persone e il loro interrogatorio tempestivo e migliorando le disposizioni relative ai dati biometrici) e operativo (cooperazione con Europol anche in tema di raccolta dei dati biometrici; analisi dei documenti di identità e viaggio falsificati).

24. Viene richiamata a tale proposito la Decisione 2005/671/JHA del Consiglio in ordine all'impegno di ogni Stato a circolare tali dati tramite il sistema Europol.

25. Il documento incoraggia le autorità giudiziaria a fare più largo uso delle informazioni "spontanee" scambiate fra le autorità statali senza ricorrere alle forme rogatorie, in ciò avvalendosi del supporto e delle garanzie fornite dal sistema Eurojust e della collaborazione di Interpol.

5.3. La Direttiva europea 2017/541

La Direttiva tiene ovviamente conto della risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di Sicurezza (già contemplata dal Protocollo aggiuntivo 2015 alla Convenzione europea del 2005 – vedi *infra*) e dedica specifica attenzione alle condotte di reclutamento, viaggio e addestramento per finalità di terrorismo. Vendono in luce gli articoli da 6 a 10:

«Articolo 6 Reclutamento a fini terroristici

Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di sollecitare un'altra persona a commettere o contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) ad i), o all'articolo 4.

«Articolo 7 Fornitura di addestramento a fini terroristici

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di impartire istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere o contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) a i), nella consapevolezza che le competenze trasmesse sono destinate ad essere utilizzate a tale scopo.

Articolo 8 Ricezione di addestramento a fini terroristici

«Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di ricevere istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere o di contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) ad i).

Articolo 9 Viaggi a fini terroristici

1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di recarsi in un Paese diverso da tale Stato membro, al fine di commettere o contribuire alla commissione di un reato di terrorismo di cui all'articolo 3, o di partecipare alle attività di un gruppo terroristico nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose di tale gruppo di cui all'articolo 4, o di impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici di cui agli articoli 7 e 8.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, una delle condotte seguenti:

a) l'atto di recarsi in tale Stato membro al fine di commettere o contribuire alla commissione di un reato di terrorismo di cui all'articolo 3, o di partecipare alle attività di un gruppo terroristico nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose di tale gruppo di cui all'articolo 4, o di impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici di cui agli articoli 7 e 8; o

b) gli atti preparatori intrapresi da una persona che entri in tale Stato membro con l'intento di commettere o di contribuire alla commissione di un reato di terrorismo di cui all'articolo 3. IT L 88/14 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 31.3.2017.

Articolo 10 Organizzazione o agevolazione di viaggi a fini terroristici

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punibili come reato, se compiuti intenzionalmente, tutti gli atti connessi all'organizzazione o agevolazione del viaggio di una persona a fini terroristici, come definito all'articolo 9, paragrafo 1, e all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e nella consapevolezza che l'assistenza è prestata a tal fine.»

Anche in questo caso si rinvia alla lettura dei relativi *consideranda* 11 e 12²⁶.

26. (11) La qualificazione come reato dell'atto di ricevere un addestramento a fini terroristici integra il reato esistente consistente nell'impartire addestramento e, in particolare, risponde alle minacce derivanti da coloro che preparano attivamente la commissione di reati di terrorismo, compresi coloro che in ultima istanza agiscono da soli. L'atto di ricevere addestramento a fini terroristici comprende l'acquisizione di conoscenze, documentazione o abilità pratiche. L'autoapprendimento, anche attraverso internet o la consultazione di altro materiale didattico, dovrebbe altresì essere considerata ricevere addestramento a fini terroristici qualora derivi da una condotta attiva e sia effettuato con l'intento di commettere o di contribuire a commettere un reato di terrorismo. Nel contesto di tutte le circostanze specifiche del caso, tale intenzione può essere dedotta ad esempio dal tipo di materiale consultato e dalla frequenza della consultazione. Pertanto, scaricare un manuale al fine di fabbricare esplosivi per commettere un reato di terrorismo potrebbe essere assimilato all'atto di ricevere un addestramento a fini terroristici. Al contrario, il semplice fatto di visitare siti web o di raccogliere materiale per finalità legittime, ad esempio a scopi accademici o di ricerca, non è considerato ricevere addestramento a fini terroristici ai sensi della presente direttiva.

(12) Considerata la gravità della minaccia e la necessità, in particolare, di arginare il flusso di combattenti terroristi stranieri, è necessario qualificare come reato i viaggi all'estero a fini terroristici, segnatamente non solo la commissione di reati di terrorismo o l'impartire o il ricevere addestramento, ma anche la partecipazione alle attività di un gruppo terroristico. Non è indispensabile qualificare come reato l'atto di viaggiare in quanto tale. Il fatto di recarsi nel territorio dell'Unione a fini terroristici presenta inoltre una crescente minaccia per la sicurezza. Gli Stati membri possono anche decidere di affrontare le minacce terroristiche derivanti dai viaggi intrapresi a fini terroristici verso lo Stato membro interessato qualificando come reato gli atti preparatori, che potrebbero includere la pianificazione o la cospirazione nell'ottica di commettere o di contribuire a commettere reati di terrorismo. È opportuno qualificare come reato anche l'atto connesso all'agevolazione di tali viaggi.

6. La cooperazione internazionale

L'ultimo dei quattro grandi temi che ho inteso affrontare riguarda gli aspetti di cooperazione internazionale che, in via di principio, si applicano alle diverse manifestazioni del terrorismo. Questo contribuisce a rendere la cooperazione in materia di terrorismo un tema articolato e complesso, che proverò a sintetizzare senza perderne il senso complessivo.

Nello scorso mese di dicembre il Consiglio di Sicurezza ha adottato la Risoluzione 2322 (2016) avente per oggetto la cooperazione internazionale nel contrasto al terrorismo. L'esigenza di un provvedimento interamente delicato al tema non derivava dall'assenza di una disciplina che, come vedremo, ha iniziato a formarsi fin dal 2001. Deriva, piuttosto, dalla necessità di concentrare e coordinare disposizioni contenute in fonti diverse e di renderle adeguate alle nuove complessità.

Già la Risoluzione 1373 (2001) si è interessata della dimensione transnazionale della risposta che gli Stati e le organizzazioni internazionali sono chiamate a dare a fenomeni criminosi che superano i confini del singolo Paese. Può essere sufficiente richiamare qui i paragrafi operativi 1 (f), 3 e 4.

Il primo chiede agli Stati di: «(f) Afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal investigations or criminal proceedings relating to the financing or support of terrorist acts, including assistance in obtaining evidence in their possession necessary for the proceedings».

Il secondo sollecita sia l'adesione agli strumenti internazionali anti-terrorismo esistenti sia l'accelerazione e intensificazione degli scambi di informazioni necessarie a prevenire le azioni criminose, anche mediante accordi bilaterali e multilaterali.

Il terzo, infine, evidenzia le connessioni fra crimine organizzato transnazionale e terrorismo internazionale e invita a rendere più efficace la risposta comune, chiedendo agli Stati di rafforzare la propria cooperazione a ogni livello²⁷.

Come si vede, il linguaggio e le indicazioni operative si mantengono su livelli assai generali e rimettono agli Stati i tempi e le modalità di implementazione della risoluzione. Pur con questo limite, la risoluzione 1373 ha il merito di avere dato avvio a un processo che si è progressivamente consolidato e sviluppato.

In questo senso un ruolo importante è stato svolto dagli organismi Onu che nel tempo hanno ricevuto il mandato di contribuire ad attuare le disposizioni emesse dalla AG e dal CdS. Tre sembrano essere le principali direzioni che tale contributo ha assunto. La prima consiste nell'azione di *expertise* e di raccolta organizzata di informazioni, che ha accresciuto il livello di consapevolezza e fornito più solide basi alle scelte politiche e tecniche degli organi decisionali. La seconda consiste nelle attività di "assessment" dello stato di implementazione delle risoluzioni, con analisi svolte secondo logiche ora tematiche ora territoriali. La terza consiste nelle azioni di assistenza agli Stati sulla base dei loro bisogni accertati e delle loro richieste, nelle diverse forme di assistenza tecnica, assistenza legislativa, *capacity building*, fornitura di supporti logistici e materiali.

Molti anni dopo, nel settembre 2014, la Risoluzione 2178 di cui ci siamo occupati torna a riaffermare i principi già fissati in termini generali dalla risoluzione 1373 e provvede a introdurre disposizioni più specifiche, come quelle previste dal paragrafo operativo 6²⁸ avendo riguardo anche all'esigenza che i regimi nazionali in tema di Ftf siano fra loro armonizzati in modo da consentire o facilitare la cooperazione. Una volta detto questo, la risoluzione passa a dedicare alla cooperazione internazionale ben quattro paragrafi che sono il frutto dell'esperienza maturata nei circa tredici anni trascorsi e cercano di dare risposta alle difficoltà e ai bisogni emersi nel tempo:

«11. *Calls upon* Member States to improve international, regional, and subregional cooperation, if appropriate through bilateral agreements, to prevent the travel of foreign terrorist fighters from or through their territories, including through increased sharing of information for the purpose of identifying foreign terrorist fighters, the sharing and adoption of best practices, and improved understanding of the patterns of travel by foreign terrorist fighters, and for Member States to act cooperatively when taking national measures to prevent terrorists from exploiting technology, communications and resources to incite support for terrorist acts, while respecting human rights and fundamental freedoms and in compliance with other obligations under international law;

12. *Recalls* its decision in resolution 1373 (2001) that Member States shall afford one another the

27. Non dimentichiamo che nel corso dell'anno precedente l'Assemblea Generale aveva adottato la Convenzione dedicata al crimine organizzato transnazionale, nota come "Convenzione di Palermo".

28. «6. *Recalls* its decision, in resolution 1373 (2001), that all Member States shall ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice, and *decides* that all States shall ensure that their domestic laws and regulations establish serious criminal offenses sufficient to provide the ability to prosecute and to penalize in a manner duly reflecting the seriousness of the offense; ... »

greatest measure of assistance in connection with criminal investigations or proceedings relating to the financing or support of terrorist acts, including assistance in obtaining evidence in their possession necessary for the proceedings, and *underlines* the importance of fulfilling this obligation with respect to such investigations or proceedings involving foreign terrorist fighters;

13. *Encourages* Interpol to intensify its efforts with respect to the foreign terrorist fighter threat and to recommend or put in place additional resources to support and encourage national, regional and international measures to monitor and prevent the transit of foreign terrorist fighters, such as expanding the use of Interpol Special Notices to include foreign terrorist fighters;

14. *Calls upon* States to help build the capacity of States to address the threat posed by foreign terrorist fighters, including to prevent and interdict foreign terrorist fighter travel across land and maritime borders, in particular the States neighbouring zones of armed conflict where there are foreign terrorist fighters, and *welcomes* and *encourages* bilateral assistance by Member States to help build such national capacity».

La lettura di questi paragrafi consente da sola di apprezzare l'evoluzione che il sistema complessivo delle Nazioni Unite ha conosciuto in questi anni. Non solo viene richiamata l'azione di un organismo estraneo all'Onu, e cioè Interpol, ma trovano specifica menzione lo sviluppo di effettive attività di controllo dei confini, il reciproco rafforzamento delle capacità tecniche e istituzionali, il contrasto all'abuso delle tecnologie moderne, e così via. Il tutto, non si dimentichi, richiamando ancora una volta i temi legati ai diritti umani e all'esigenza che anche nel contrasto al terrorismo questi ultimi vengano tutelati.

Questa evoluzione è proseguita e si è rafforzata nell'arco di tempo successivo alla Risoluzione del settembre 2014. È stato, quello fra il 2014 e l'inizio del 2017, un periodo cruciale per le Nazioni Unite nel contrasto al terrorismo internazionale. La spinta crescente ad assumere misure più incisive deriva da un insieme di fattori, che includono soprattutto il drammatico svilupparsi del conflitto in Siria ed Iraq; l'azione di Boko Haram e di altri gruppi armati in Africa; l'estensione dell'azione dei gruppi armati in Yemen, che si somma alla situazione critica del Corno d'Africa; il complicarsi della vicenda in Afghanistan e delle relazioni fra Talebani e Isil-Da'esh in tale contesto (con correlate difficoltà nelle relazioni fra i diversi Paesi interessati), senza trascurare le forme di violenza terrorista che ormai fanno parte della vita di

interi Paesi dell'Estremo Oriente. A tutto questo devono aggiungersi gli attentati terroristici avvenuti in territorio europeo, in India, in Asia.

Parallelamente allo svilupparsi di questi fenomeni, il CdS ha adottato nuove risoluzioni, in un numero effettivamente crescente e significativo, che, senza abbandonare le fondamentali risoluzioni sopra richiamate, tentano di dare risposte più adeguate.

La prima da ricordare è la Risoluzione 2195 (2014). Essa, presentata dal Ciad col supporto del Gruppo dei Paesi africani, si concentra sul legame fra gruppi criminali e gruppi terroristici, affrontando con particolare attenzione il tema dei controlli frontalieri e delle esigenze di reciproca assistenza. Il testo si caratterizza per numerosi paragrafi che richiedono agli Stati e agli organismi internazionali di facilitare lo scambio di informazioni, la protezione dei confini, la cooperazione in materia penale ed effettuano un richiamo alle nuove e numerose reti create nel contesto africano a questo fine²⁹. Da tali disposizioni emerge con chiarezza il permanere di una specifica situazione di difficoltà di larga parte del continente africano nel dotarsi, a ogni livello, di strutture in grado di rispondere alla qualità del pericolo costituito dai gruppi criminali e terroristici. Queste difficoltà attraversano le strutture dedicate al controllo dei confini, quelle con compiti investigativi e la magistratura e sono alla base dei numerosi progetti di "capacity building" che gli organismi Onu e quelli internazionali (con l'Unione europea protagonista) hanno realizzato e stanno realizzando nelle diverse aree del continente.

In parte diversa l'idea di cooperazione contenuta nella Risoluzione 2253 (2015) in quanto concentrata sui temi legati al sistema di sanzioni. Dopo avere richiamato i concetti già presenti nelle Risoluzioni sopra ricordate, in particolare la 2178, la Risoluzione 2253 si concentra sul lavoro delle Nazioni Unite e dei suoi Comitati sanzione, incoraggiando la cooperazione anche con altri organismi Onu e con organismi internazionali (Interpol in testa).

Assai più importante ai nostri fini la Risoluzione 2322 (2016). Adottata nel dicembre 2016 su iniziativa spagnola, la Risoluzione ha per oggetto proprio la cooperazione internazionale nel contrasto al terrorismo. Una particolare attenzione è dedicata alla cooperazione giudiziaria e di polizia, e tale tema attraversa in varie forme l'intero testo.

Volendo limitare un pur sintetico esame ai soli paragrafi operativi, in primo luogo merita di essere segnalata l'importanza attribuita all'adesione degli Stati alle Convenzioni internazionali, soprattutto la "Convenzione di Palermo", e alla revisione delle nor-

29. Il riferimento è ai paragrafi operativi 7-20, in particolare.

mative nazionali, in modo da renderle coerenti e il più possibili uniformi³⁰. In secondo luogo, vengono ribadite la centralità dello scambio di informazioni e della reciproca piena assistenza nel settore penale, con specifica attenzione ai principi propri della collaborazione in sede processuale al fine di evitare situazioni di impunità³¹. Altrettanto rilevante risulta il paragrafo 5, che affronta il tema dell'utilizzo delle informazioni riservate e confidenziali e incoraggia a non disperdere tali informazioni quando sono necessarie per la cooperazione tra Stati e tra Agenzie, anche in vista della prosecuzione dei reati³². Certamente meritevole di considerazione è il paragrafo 9, che appare opportuno riportare per intero:

«*Calls upon* all States to:

(a) Exchange information, in accordance with international and domestic law and cooperate on administrative, police and judicial matters to prevent the commission of terrorist acts and to counter the FTF threat, including returnees;

(b) Consider the possibility of allowing through appropriate laws and mechanisms, the transfer of criminal proceedings, as appropriate, in terrorist-related cases;

(c) Enhance cooperation to prevent terrorists from benefiting from transnational organized crime, to investigate and to build the capacity to prosecute such terrorists and transnational organized criminals working with them;

(d) Enhance cooperation to deny safe haven to those who finance, plan, support, commit terrorist acts, or provide safe havens».

Un'analoga attenzione va dedicata al successivo e ampio paragrafo 13, che contiene previsioni specifiche in tema di mutua assistenza e vincola gli Stati ad operare nella maniera più collaborativa possibile³³. Un significato certamente rilevante va attribuito alla indicazione di rivedere le legislazioni nazionali per superare difficoltà e ostacoli di natura giuridica, così come, su un piano più operativo, appare importante

30. OP11. «*Urges* also as a matter of priority that Member States consider, as appropriate, ratifying, acceding to, and implementing other relevant international conventions to support international cooperation in criminal matters, such as the UN Convention against Transnational Organized Crime of 2000 and the Protocols thereto»; OP4. «*Recognizes* the important role of national legislation in enabling international judicial and law enforcement cooperation on terrorist-related offences, and *calls upon* Member States to enact, and where appropriate, review their respective counterterrorism legislation in view of the evolving threat posed by terrorist groups and individuals»; OP6. «6. *Emphasizes* the importance of States establishing as a serious criminal offence in their domestic laws and regulations the willful violation of the prohibition on financing of terrorist organizations or individual terrorists for any purpose, including but not limited to recruitment, training, or travel, even in the absence of a direct link to a specific terrorist act, and *urges* States to exchange information about such activity consistent with international and national law and *emphasizes* further the recent Fatf guidance on Recommendation 5 on the criminalization of terrorist financing for any purpose, in line with resolutions 2199 (2015) and 2253 (2015)».

31. OP8. «*Recalls* that all States shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal investigations or criminal proceedings relating to the financing or support of terrorist acts, including assistance in obtaining evidence in their possession necessary for the proceedings, and *urges* States to act in accordance with their obligations under international law, in order to find and bring to justice, extradite or prosecute any person who supports, facilitates, participates or attempts to participate in the direct or indirect financing of activities conducted by terrorists or terrorist groups».

32. OP5. «*Calls upon* States to consider, where appropriate, downgrading for official use intelligence threat data on foreign terrorist fighters and individual terrorists, to appropriately provide such information to front-line screeners, such as immigration, customs and border security, and to appropriately share such information with other concerned States and relevant international organizations in compliance with international and domestic national law and policy».

33. OP13. «*Calls upon* all States to:

(a) Use applicable international instruments to which they are parties as a basis for mutual legal assistance and, as appropriate, for extradition in terrorism cases, and encourages States, in the absence of applicable conventions or provisions, to cooperate when possible on the basis of reciprocity or on a case by case basis;

(b) Enact and, where appropriate, review and update extradition and mutual legal assistance laws in connection with terrorism-related offences, consistently with their international obligations, including their obligations under international human rights law, and to consider reviewing national mutual legal assistance laws and mechanisms related to terrorism and updating them as necessary in order to strengthen their effectiveness, especially in the light of the substantial increase in the volume of requests for digital data;

(c) Consider strengthening implementation, and where appropriate, reviewing possibilities for enhancing the effectiveness of their respective bilateral and multilateral treaties concerning extradition and Mutual Legal Assistance in criminal matters related to counter-terrorism;

(d) Consider ways within the framework of the implementation of existing applicable international legal instruments to simplify extradition and Mla requests in appropriate terrorism-related cases, while recognizing the need for due consideration, in light of the need to uphold relevant legal obligations;

(e) Designate mutual legal assistance and extradition Central Authorities or other relevant criminal justice authorities and ensure that such authorities have adequate resources, training and legal authority, in particular for terrorism related offences;

(f) Take measures, where appropriate, to update current practices on Mla regarding acts of terrorism, including considering, where appropriate, the use of electronic transfer of requests to expedite the proceedings between Central Authorities or, as appropriate, other relevant criminal justice authorities with full respect to existing treaty obligations;

la previsione di creazione di autorità centrali dedicate a facilitare le richieste di assistenza ed estradizione³⁴.

È, quest'ultima, una previsione che deve molto all'esperienza italiana, a partire dalla creazione della rete inter-distrettuale di uffici incaricati di trattare la materia per giungere alla istituzione di un Ufficio nazionale di procura su cui non devo spendere parole.

La risoluzione prosegue con altre importanti indicazioni (ad esempio la creazione di *liaison officers*) rivolte agli Stati e alle organizzazioni internazionali, in particolare i competenti uffici Onu e Interpol.

Le disposizioni contenute nella Risoluzione 2322 costituiscono certamente un punto di approdo di una lunga elaborazione che gli organismi Onu e l'intera comunità internazionale hanno sviluppato. Un percorso analogo di affinamento sembra compiuto anche dalle discipline europee.

Tuttavia nei pochi mesi trascorsi già tre diverse Risoluzioni tematiche hanno specificato ulteriormente le disposizioni in tema di cooperazione giudiziaria che abbiamo adesso esaminato: la Risoluzione 2309 (2016) in tema di aviazione civile; la Risoluzione 2331 (2016) in tema di contrasto al traffico di persone; la Risoluzione 2341 (2017) in tema di protezione delle infrastrutture critiche; la Risoluzione 2347 (2017) in tema di protezione dei beni culturali in zone di conflitto armato (e di terrorismo).

6.1. La Direttiva europea 2017/541

La Direttiva si mantiene in linea con l'impostazione che mira alla massima cooperazione tra Stati e sollecita la predisposizione di strutture e strumenti "efficaci". Vengono in luce, in particolare, gli artt. 20 e 22.

Merita di essere colto il fatto che anche la Direttiva opera un richiamo agli strumenti di indagine tipici del contrasto alla criminalità organizzata, del tutto in linea con le tendenze che abbiamo visto caratterizzare le indicazioni che vengono dal sistema Onu.

Assai delicata rimane la questione dello scambio di informazioni, posto che la modifica apportata dall'art.22 al paragrafo 6 della decisione 2005/671/Gai e l'introduzione di un successivo paragrafo 7 prevedono ampi margini di discrezionalità per le autorità procedenti e nazionali. Credo che il sistema italiano abbia sperimentato nel tempo analoghe difficoltà nel garantire uno scambio tempestivo ed efficace di infor-

mazioni e che l'esperienza maturata confermi quanto prudenze e cautele nella trasmissione di informazioni tra organismi diversi possano essere controproducenti se non ben bilanciate con la necessità di mettere gli altri soggetti e organismi interessati nelle condizioni di conoscere fatti e circostanze che possono essere decisivi.

«Articolo 20 - Strumenti di indagine e confisca

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le persone, le unità o i servizi incaricati delle indagini o dell'azione penale per i reati di cui agli articoli da 3 a 12 dispongano di strumenti di indagine efficaci, quali quelli utilizzati contro la criminalità organizzata o altre forme gravi di criminalità.

2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le loro autorità competenti congelino o confiscino, se del caso, in conformità della Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (1), i proventi derivati dall'atto di commettere o di contribuire alla commissione di uno dei reati di cui alla presente direttiva e i beni strumentali utilizzati o destinati a essere utilizzati a tal fine.

(1) *Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea (GU L 127 del 29.4.2014, pag. 39)*».

«Articolo 22 - Modifiche alla decisione 2005/671/Gai

...

2) l'articolo 2 è così modificato:

a) il paragrafo 6 è sostituito dal seguente:

“6. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per garantire che le informazioni pertinenti raccolte dalle sue autorità competenti nel quadro di procedimenti penali collegati a reati di terrorismo siano accessibili il più rapidamente possibile alle autorità competenti di un altro Stato membro, quando dette informazioni potrebbero essere utilizzate a fini di prevenzione, accertamento, indagine o azione penale in relazione ai reati di terrorismo di cui alla direttiva (UE) 2017/541 in tale Stato membro, su richiesta o a titolo spontaneo, conformemente al diritto nazionale e ai pertinenti strumenti giuridici internazionali;”

b) sono aggiunti i paragrafi seguenti:

“7. Il paragrafo 6 non si applica qualora la condivisione di informazioni comprometta le indagini in corso o la sicurezza di una persona, o qualora sia in

(g) Consider providing Unodc with information for its repository database with contacts and other relevant details of designated authorities;

(h) Consider developing and participating in regional mutual legal assistance cooperation platforms and developing and enhancing arrangements for expeditious cross-regional cooperation for terrorism related offences».

34. A questo specifico tema l'Italia ha dedicato un incontro organizzato in sede di CdS lo scorso 8 maggio con la partecipazione anche di un rappresentante della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo.

contrasto con gli interessi essenziali della sicurezza dello Stato membro interessato;

8. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le loro autorità competenti adottino, all'atto del ricevimento delle informazioni di cui al paragrafo 6, misure tempestive conformemente al proprio diritto nazionale, secondo necessità.»

7. In particolare: la cooperazione internazionale nel settore penale

Così esposte le fonti internazionali maggiormente rilevanti, non posso omettere di segnalare che sulla base di una serie di seminari organizzati prima a livello regionale e, quindi, sintetizzati nel corso di incontri tenutisi a New York, sono state messe a fuoco in ambito Onu le principali esigenze e alcune indicazioni relative alla cooperazione giudiziaria penale. Provo qui a sintetizzarle muovendo dalle attività di polizia per giungere a quelle proprie del settore giudiziario.

a. Le attività di sicurezza e di polizia giudiziaria

Le agenzie di sicurezza e di polizia giudiziaria sottolineano il ruolo fondamentale delle attività di *intelligence* nel contribuire alla base informativa necessaria per qualsiasi tipologia di risposta. Premesso che senza quelle informazioni non sarebbe possibile ricostruire i fenomeni in corso e comprendere per tempo le tendenze in atto, si è in presenza di elementi utili anche per i provvedimenti amministrativi e di polizia che possono essere adottati in via preventiva, a partire dalle sanzioni applicabili ai sensi della risoluzione 2253 (2015). Le attività di *intelligence* pongono problemi non semplici, che vanno dalla tutela delle fonti fino ai tempi e alle modalità con cui possono essere condivise con altre agenzie nazionali e quelle di altri Paesi.

A tale proposito, viene osservato che occorre prestare massima attenzione alla dimensione regionale. La prossimità fisica e le somiglianze fra i diversi Stati che formano una regione consigliano di procedere ad analisi congiunte da effettuarsi periodicamente anche in vista dell'adozione di strategie e di politiche congiunte. In questo senso, l'integrazione assai avanzata raggiunta dalle istituzioni europee costituisce un punto di riferimento importante, ma proprio per la sua peculiarità presenta meccanismi e soluzioni non riproducibili in altre aree regionali senza gli adeguati adattamenti.

Venendo alla raccolta delle prove, tra le altre questioni delicate che le agenzie di polizia sottolineano mi limito a segnalare: a) la definizione di procedure, a livello domestico e sovranazionale, che contrasti-

no i rischi di dispersione degli elementi raccolti; b) l'elaborazione di prassi comuni che favoriscano uno scambio efficace e rapido degli elementi raccolti; c) la realizzazione di momenti formativi transnazionali; d) la previsione di attività investigative svolte congiuntamente dalle polizie dei diversi Paesi interessati alle indagini.

Un settore considerato importante è anche quello della tutela dei diritti umani e del giusto processo. È, infatti, maturata negli organi di polizia la consapevolezza che la raccolta di elementi di prova che siano utilizzabili sia in sede di investigazione che di giudizio richiede fin dall'inizio il rispetto delle regole che presidono il giusto processo e il rispetto delle garanzie della persona. Anche in questo settore viene avvertita l'esigenza di adeguate attività di formazione, accanto a forme di più diretta collaborazione con i magistrati inquirenti.

b. Le attività di diretta investigazione

Questo settore risente in modo marcato delle diverse soluzioni che gli Stati hanno adottato a livello istituzionale nel settore della giustizia penale, in particolare del diverso rapporto funzionale fra polizia giudiziaria e pubblico ministero. In termini essenziali, le esigenze prospettate dai pubblici ministeri possono essere sintetizzate come segue.

In primo luogo, le forme assunte negli ultimi anni dal terrorismo internazionale e le condotte dei Ftf rendono necessari interventi legislativi che regolino e autorizzino i necessari interventi anticipati (ad esempio in tema di viaggi, training, forme di comunicazione). Senza un'adeguata e tempestiva armonizzazione dei sistemi nazionali risulta difficile, se non addirittura in certi casi impossibile, procedere alla necessaria cooperazione fra autorità di Paesi diversi. A questa difficoltà si accompagnano gli ostacoli che le indagini transnazionali incontrano in presenza di Paesi scarsamente collaborativi o nei quali i livelli di preparazione, efficienza ed efficacia delle istituzioni sono molto bassi.

È stata, poi, messa in evidenza l'esigenza che un tempestivo coinvolgimento del pubblico ministero sia possibile anche nei sistemi in cui la fase investigativa ricade sotto la competenza della polizia giudiziaria. Si tratta di una proposta che intende mettere a disposizione degli investigatori l'esperienza e la cultura del magistrato. Questo permetterebbe di anticipare l'indirizzo delle indagini verso le regole e le necessità proprie del futuro processo e di evitare errori nell'acquisizione delle prove; soluzione, questa, preferibile alla necessità per il pubblico ministero di cercare di porre rimedio *ex post* a deficienze dell'apparato indiziario-probatorio mal gestito nella prima fase investigativa.

Una grande attenzione viene oggi dedicata alle prove “elettroniche” in tutte le loro diverse forme. Non è questa la sede per affrontare un tema tanto complesso sia sul piano squisitamente tecnico sia su quello giuridico, ma dobbiamo avere chiaro che la raccolta e utilizzazione di prove raccolte sulla rete e sui social media rappresenta uno degli aspetti che più stanno impegnando e impegneranno investigatori, giudici, legislatori.

Ma c'è un altro fronte che necessita di essere approfondito. Mi riferisco alle modalità attraverso cui le informazioni raccolte tramite i servizi di *intelligence* possono diventare elementi di prova utilizzabili in sede processuale. Molto si sta discutendo di questo e il dibattito si incammina verso soluzioni che, tutelando le fonti informative, possano introdurre nelle indagini e nel processo penale gli elementi di prova necessari. Una prima risposta viene da quelle che conosciamo come “tecniche investigative speciali”, *in primis* le intercettazioni telefoniche e telematiche in grado di far emergere in modo formale elementi sufficientemente affidabili e solidi.

Per restare alle fonti di prova tradizionali, i pubblici ministeri segnalano la difficoltà di avvalersi delle prove testimoniali. Acquisire prove dichiarative dirette, assicurarle in modo che siano utilizzabili in giudizio, proteggere l'identità e la sicurezza dei testimoni: sono, questi, profili molto difficili da gestire, soprattutto in sistemi poco evoluti e non in grado di fornire strumenti giuridici e organizzativi adatti.

c. La fase del giudizio

Anche la fase giudiziale è caratterizzata da esigenze proporzionate alla complessità dei processi che riguardano casi di terrorismo internazionale.

In primo luogo, i giudici segnalano tutti i problemi di debolezza degli elementi di prova che abbiamo sinteticamente esposto in precedenza. Segnalano, tuttavia, un problema ulteriore che ha natura metodologica e condiziona l'intero impianto accusatorio: la tendenza degli investigatori a fondare le accuse soprattutto sulla confessione dell'indagato, trascurando le prove tecniche (“forensic evidence”) e non utilizzando le tecniche investigative speciali, incluse

le prove connesse agli strumenti elettronici (“cyber forensic”).

Per restare a soluzioni praticabili senza troppe difficoltà, i giudici evidenziano come l'assunzione delle testimonianze attraverso videoconferenza potrebbe aiutare molto la celebrazione dei processi.

Tale elemento chiama in causa il più generale problema della lunghezza dei processi, che anche per la natura transnazionale delle fonti difficilmente riescono a essere concentrati e sono soggetti a pause e rinvii. Migliorare la calendarizzazione dei processi, accrescere la capacità dei giudici di gestire l'intera fase, semplificare le forme di assunzione delle prove: questi alcuni dei suggerimenti formulati.

Due ultimi aspetti meritano di essere ricordati. Il primo è rappresentato da un evidente *deficit* di formazione e professionalità di molti degli attori coinvolti. Tutte le tre categorie appena ricordate hanno richiesto maggiore formazione, maggiore dialogo interno ed esterno, maggiore capacità di imparare dagli errori. Il secondo è rappresentato dal bisogno di maggiore sicurezza e tutela in favore di coloro che si occupano di investigazioni e processi in materia di terrorismo: è stato sottolineato come, a tacer d'altro, il senso di insicurezza danneggi la qualità del lavoro.

In conclusione

Ai legami sempre più stretti fra la normativa emanata dagli organismi Onu, in particolare il CdS, da quelli europei e dal legislatore nazionale si affiancano le crescenti interazioni fra l'azione degli organismi esecutivi dei rispettivi livelli istituzionali. Iniziative a livello globale e regionale si sforzano, da un lato, di ridurre la distanza fra le esigenze di intervento e i momenti decisionali e, dall'altro, di dare a questi ultimi una effettiva applicazione. In questo processo di integrazione il ruolo degli organi giudiziari assume un ruolo fondamentale e la conoscenza degli strumenti giuridici sovranazionali è essenziale per comprendere i fenomeni in atti e applicare correttamente la legislazione europea e nazionale. Spero che a questo fine le pur sintetiche considerazioni espresse in queste pagine si rivelino uno strumento utile.

Le radici del dovere di fedeltà alla luce delle recenti evoluzioni del diritto di famiglia

di *Elena Falletti*

La legge 76/2016 non prevede il dovere di fedeltà tra gli obblighi della coppia dello stesso sesso unita civilmente. Tale circostanza costituisce una discriminazione rispetto ai doveri delle coppie eterosessuali coniugate?

Lo scopo di questo contributo è verificare come il concetto di fedeltà sia mutato nel tempo: da garanzia di certezza legale sulla paternità dei figli avuti dalla moglie in costanza di matrimonio a elemento che rappresenta la lealtà e il rispetto verso la persona con la quale si è scelto di condividere la vita.

Per comprendere come questo passaggio sia potuto avvenire si discutono le influenze di religione, scienza e evoluzione sociale su questo tema.

1. Il significato dell'obbligo di fedeltà nel dibattito politico sulle unioni civili

La disciplina giuridica dei rapporti personali e patrimoniali delle coppie dello stesso sesso è un tema dibattuto dall'opinione pubblica, dalla dottrina e dalla giurisprudenza in molte parti del mondo. Vi sono alcuni ordinamenti che riconoscono agli omosessuali il diritto di sposarsi, mentre altri consentono soltanto la registrazione civile delle coppie composte da persone dello stesso sesso e altri ancora manifestano una chiusura totale. La questione comporta il bilanciamento di interessi solo apparentemente inconciliabili: da un lato si difende la tradizione e la concezione più conservatrice e sacralizzata del matrimonio, il quale deve coinvolgere solo ed in via esclusiva una

coppia composta da un uomo e una donna, che si uniscono, procreano e educano la prole. In questo ambito l'obbligo di fedeltà inteso in senso tradizionale è strettamente collegato con il controllo sulla fecondità femminile, che dà il senso stesso del matrimonio, ossia la procreazione. Dall'altro lato si rivendicano le ragioni della *privacy*, del diritto all'autodeterminazione di ciascun singolo e del principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale¹.

In questo contesto è intervenuta la sentenza *Oliari ed altri contro Italia* della Corte europea dei diritti umani del 21 luglio 2015², la quale ha rappresentato un punto di non ritorno nel dibattito giuridico e politico italiano sul diritto delle persone omosessuali di vivere la loro condizione di coppia secondo il loro orientamento sessuale. Negli anni, in diverse legislature, si sono susseguiti svariati tentativi di regolare le convivenze, ma senza successo³. È stato a causa

1. Nel *common law* il riferimento è al testo tradizionale del Coke, il quale affermò che la famiglia è il luogo dove sorge una società di tipo primario seguendo la *lex naturae* (E. Coke, *Institutes of the Laws of England*, 11-12), l'intervento della dottrina della *privacy* fu di molto successivo diretto soprattutto allo scopo di garantire autonomia ai genitori sull'educazione dei figli (C. W. Christensen, *If Not Marriage? On Securing Gay and Lesbian Family Values by a "Simulacrum of Marriage"*, 66 Fordham L. Rev. 1699 (1998), p. 1768).

2. Corte europea dei diritti umani, 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*.

3. S. Canata, *La legalizzazione della vita di coppia: panorama europeo e le prospettive di riforma in Italia*, *Fam. Pers. Succ.*, 2010, p. 3; F. R. Fantetti, *Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia*, *Id.*, 2012, p. 12.

dell'intensificazione delle pressioni giurisprudenziali, sia provenienti da corti nazionali, come per esempio la nota sentenza 238/2010 della Corte costituzionale⁴, sia da corti sovranazionali⁵, che hanno indotto il Parlamento italiano ad affrontare tale questione. Infatti, l'inerzia politica è stata spezzata con la discussione e l'approvazione, politicamente molto combattute, della legge 20 maggio 2016, n. 76⁶, rubricata «*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*», conosciuta dall'opinione pubblica come *legge Cirinnà*. Sotto un profilo sostanziale, essa equipara *quasi* completamente la convivenza tra le persone omosessuali al matrimonio, ma non sotto il profilo formale, poiché adotta una terminologia differente nella definizione delle due situazioni giuridiche, qualificando l'unione civile come «*specifica formazione sociale*» ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione, senza alcun riferimento all'articolo 29 della medesima.

Sotto questo profilo risulta pertanto del tutto coerente lo strappo avvenuto in sede di approvazione parlamentare per quel che concerne il diniego dell'adozione del figlio del co-genitore e lo stralcio dell'obbligo reciproco di fedeltà. Seppure questa prospettiva sia del tutto discutibile, essa è organica alla impostazione secondo cui tutto ciò che non sia riconducibile alla eterosessualità non è meritevole del medesimo trattamento giuridico riservato a questa⁷. Va osservato che addirittura la Corte costituzionale aveva prefigurato tale soluzione con la sentenza 11 giugno 2014, n. 170 in materia di "divorzio imposto" alla persona transessuale coniugata che avesse rettificato il proprio sesso anagrafico a seguito di un intervento chirurgico⁸.

Dalla rigida riconduzione costituzionale del matrimonio al paradigma eterosessuale emerge un elemento non prettamente giuridico, ma che influenza la costruzione del quadro normativo, ovvero il fatto

che le persone di orientamento omosessuale possano essere "fisiologicamente" meno adeguate ad esprimere i sentimenti come l'amore e che la loro natura le porterebbe ad essere infedeli. Tale tesi è da rigettare nel modo più assoluto, sia sotto un profilo fattuale sia sotto quello giuridico. In particolare, l'analisi che si sta per svolgere dimostra come ormai l'obbligo di fedeltà possa essere considerato un elemento accidentale del matrimonio e pertanto potrebbe essere stralciato anche dai doveri inerenti a questo istituto in adempimento al principio di non discriminazione delle coppie coniugate eterosessuali verso quelle omosessuali legate da una unione civile.

L'obbligo di fedeltà vincola la persona unita in matrimonio a esprimere sentimenti personalissimi e del tutto incoercibili. Esso riguarda una promessa che, statisticamente⁹, diventa sempre più complicata e inesigibile in quanto si tratta di un dovere morale. Tuttavia, il compromesso politico pare indifferente di fronte tanto alla maggiore sensibilità individualistica odierna, rispetto a quella codicistica positivizzata nel 1942, quanto al superamento delle ragioni fattuali che hanno trasformato tale obbligo in un retaggio anacronistico, grazie anche al moderno impiego della genetica in materia di filiazione.

Probabilmente è stata la percezione di questo passaggio storico che ha provocato l'accesa discussione parlamentare sul disegno di legge, nel tentativo di stabilizzare attraverso un atto legislativo una visione di retroguardia delle relazioni personali. Sotto un profilo sociale esse sono invece mutate da tempo, nonostante l'apposizione della equivalenza contenuta nel comma 20 del maxi emendamento "Canguro"¹⁰ e che esplicitamente non si applica alle norme del codice civile non richiamate dalla legge in parola.

In siffatti contesti l'attività interpretativa, suppletiva e cicatrizzante delle incoerenze legislative, è lasciata alla giurisprudenza, la quale è per sua natura

4. Definita dalla dottrina "chiusa" e "non persuasiva" (S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 109).

5. Secondo cui la mancata predisposizione legislativa di tutele giuridiche appropriate a favore delle coppie composte da persone dello stesso sesso consiste in una violazione dell'art. 8 Cedu.

6. Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 21 maggio 2016, n. 118, con entrata in vigore il 5 giugno 2016.

7. M. R. Marella, *Dal diritto alla bigenitorialità al ddl Cirinnà: un'incursione nelle strutture profonde del diritto di famiglia*, 2016, consultabile su www.europeanrights.eu.

8. B. Pezzini, *Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in *Genius*, I, 2015, pp. 83 ss.

9. Istat, *Matrimoni, separazioni e divorzi*, Anno 2014, consultato su www.istat.it, pp. 2 e 3.

10. Si riporta la citazione testuale del comma 20: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello

parcellizzata, successiva ed esclusivamente a favore di chi è in grado di sostenere i costi della giustizia, e può solo tamponare caso per caso situazioni di discriminazione.

I primi commentatori si sono già divisi tra chi¹¹, più idealista, lamenta il *vulnus* di tutela rispetto al matrimonio egualitario, ormai l'istituto più diffuso nei Paesi occidentali, per la tutela dei diritti delle persone omosessuali, successivamente al riconoscimento dell'uguaglianza matrimoniale avvenuto in Irlanda con il referendum costituzionale del 22 giugno 2015¹² e con la ormai celebre decisione *Obergefell v. Hodges* della Corte suprema degli Stati Uniti d'America¹³. L'Italia, dunque, si porrebbe in una posizione di retroguardia nella tutela dei diritti fondamentali e discriminerebbe in modo palese e inaccettabile le persone di orientamento omosessuale per quel che concerne questo diritto fondamentale. La seconda corrente, più pragmatica e condivisibile, afferma che seppure sussista tale discrasia nella tutela dei diritti fondamentali a seconda dell'orientamento sessuale degli aspiranti richiedenti tutela, la normativa in questione rappresenta un significativo miglioramento giuridico rispetto al precedente silenzio legislativo¹⁴.

2. Matrimonio canonico, matrimonio civile e unione civile

Nel suo testo «*La dignità del matrimonio*», Agostino individuava i tre beni del matrimonio, cioè il

bonum fidei ovvero l'esclusività del vincolo e la reciproca fedeltà dei coniugi, il *bonum proles*, cioè la generazione e l'educazione della prole, ed il *bonum sacramenti*, ovvero l'indissolubilità matrimoniale¹⁵. Tale interpretazione influenzò nei secoli successivi la concezione cattolica del matrimonio, impedendo la possibilità di matrimoni poligamici, divorzi, ripudi e nuove unioni, come invece avveniva per la tradizione pagana ed ebraica¹⁶. Infatti, la dottrina Patristica ha reso giustificabile per la morale cristiana un istituto pagano, sacralizzandolo¹⁷. A questo proposito, è costante nel diritto canonico il riferimento al «*matrimonio come istituzione voluta da Dio, quale simbolo dell'unione tra il Cristo e la Chiesa, esso è produttore della grazia che consente agli sposi una communio totius vitae armonica e apportatrice di beni spirituali. Il matrimonio è visto come unione in cui si realizza non solo una sola carne, ma anche un solo spirito, di questa unione la prole costituisce la finalità, unità di spirito che unisce i coniugi; l'indissolubilità, la fedeltà e la castità matrimoniale sono le caratteristiche essenziali*»¹⁸.

Il matrimonio canonico è considerato dalla Chiesa cattolica l'unico paradigma possibile, la cui indissolubilità è alla base del sacramento teso «*alla conservazione e allo sviluppo del genere umano e all'innalzamento delle anime*»¹⁹. È possibile intravedere un retaggio di tale concezione addirittura nelle parole della già citata decisione *Obergefell v. Hodges* della Corte suprema americana, dove *apertis verbis* si afferma che «*Il matrimonio è sacro per i credenti*

stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

11. F. Bilotta, *Quanto è lontana l'Europa?* in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2015, pp. 105 ss; Id., *La tirannia della maggioranza*, in *About Gender*, 2016, n. 5, p. 146.

12. Si consenta a questo proposito il rinvio a E. Falletti, *Democrazia e diritti fondamentali: il caso dei referendum sui same-sex marriage in Irlanda e negli Stati Uniti*, in *DPCE online*, 2015.

13. Per una attenta e completa disamina si rinvia al focus «*Obergefell v. Hodges: il riconoscimento del diritto fondamentale al matrimonio*» curato da A. Sperti su *Genius*, 2015, I.

14. M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 881; V. Carbone, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto* in *Fam. dir.*, 2016, p. 848.

15. A. Ferrari, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa cattolica latina*, in *Il matrimonio, Diritto Ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, a cura di S. Ferrari, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 95 ss.

16. C. Pederoda, *Matrimonio canonico – Matrimonio civile*, in *I Quaderni di In Prin*, Udine, 2008, I, p. 1.

17. V. Parlato, *Note su matrimonio e unioni civili nella concezione cattolica e nel diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n.6/2014, p. 2.

18. V. Parlato, *op. cit.*

19. C. Pederoda, *op. cit.* Sul punto, si veda, Concilio di Trento, sess. XXIV, *de reformatione matrimonii*.

e rappresenta un momento di realizzazione personale per i laici: “originando dai più basilari bisogni dell’essere umano, il matrimonio è essenziale per la realizzazione della nostre più profonde speranze ed aspirazioni”²⁰. Seppure sia una definizione enfaticamente riduttiva rispetto alle possibili scelte individuali, essa è orientata nella direzione di riconoscere al solo matrimonio la legittimazione della vita di coppia. Secondo le interpretazioni classiche del diritto pubblico ecclesiastico, il matrimonio è divenuto istituto ecclesiastico con il Concilio di Trento, nello specifico con la sess. XXIV, *De reformatione matrimonii del Concilio Tridentino* nel 1563, e con *Tametsi, Decretum de reformatione matrimonii*, cn. 1). Quest’ultimo attribuiva alle autorità ecclesiastiche la titolarità della certificazione²¹ del matrimonio, cioè della sua esistenza, nonché della sua regolamentazione, tuttavia la Chiesa delegò alle autorità temporali la regolamentazione degli effetti meramente civili, come i rapporti patrimoniali o i legami tra i fedeli e i non cattolici²².

Nel nostro Paese, la conflittualità dei rapporti tra Stato e Chiesa, già presente nel periodo risorgimentale²³, esplose a seguito dell’unificazione con l’entrata in vigore del Codice civile del 1865 (dal 1 gennaio 1866), ove lo Stato lasciava a ciascuno la libertà di regolarsi secondo la propria coscienza per quel che riguardava il matrimonio religioso, mentre era il solo matrimonio civile ad essere produttivo di effetti giuridici. La Chiesa non poteva accettare tale fatto e i papi che si succedettero da allora hanno sempre rivendicato la preminenza della Chiesa sull’istituto matrimoniale²⁴. Secondo la dottrina cattolica, infatti, i cattolici sono obbligati alla celebrazione religiosa del matrimonio canonico, poiché questo è diverso dal matrimonio civile «non per la religiosità della forma, ma per l’essenza stessa dei due che hanno a fondamento presupposti diversi. Contratto monogamico e perpetuo,

elevato a sacramento produttore di grazia ex opere operato, il primo, negozio giuridico, monogamico dissolubile da cui derivano alcuni diritti e obblighi per i contraenti, il secondo»²⁵.

È facile intravedere in questa stessa definizione una supposta e pretesa superiorità del matrimonio canonico, indissolubile, nei confronti di quello civile. Infatti, questo è da considerarsi mero negozio giuridico, dissolubile per determinazione delle parti, disponibilità della coabitazione, non sanzionabilità della violazione del dovere di fedeltà, né civilmente né penalmente.

L’adempimento dei doveri coniugali è rimessa alla sola volontà dei coniugi e la procreazione non è elemento essenziale dell’istituto poiché l’interruzione di gravidanza è rimessa alla sola volontà della donna, infine è ammissibile la scissione tra sessualità, concepimento e matrimonio²⁶. Inoltre, «le prerogative giuridiche del matrimonio sono debilitate rispetto all’unione libera e si assiste alla progressiva equiparazione tra matrimoni e unioni di fatto»²⁷.

Seppure dalla prospettiva laica sia auspicabile una completa equiparazione tra le unioni civili e il matrimonio civile, risulta tuttavia evidente che la dottrina conservatrice, legata ai dettami canonistici, non solo rigetta tale identificazione, ma assume quale paradigma matrimoniale il matrimonio concordatario, disciplinato nel Concordato dell’11 febbraio 1929, anche per i laici che fanno riferimento al solo matrimonio civile. L’art. 34 del summenzionato concordato lateranense, vede la sostituzione del matrimonio civile obbligatorio del codice Pisanelli «con un sistema di scelta, facoltativa, della forma della celebrazione»²⁸, attribuendo al matrimonio canonico la capacità di conseguire effetti civili.

A partire dalla lettura del testo del citato art. 34: «Lo Stato italiano volendo ridonare all’istituto del matrimonio, che è a base della famiglia, dignità

20. A. Sperti, *La sentenza Obergefell v. Hodges e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie same-sex negli Stati Uniti*, in *Genius*, 2015, II, p. 10.

21. K. Kadzioch, *Il ministro del sacramento del matrimonio nella tradizione e nel diritto canonico latino e orientale*, Pontificio Istituto biblico, Roma, 1997, p. 100; C. Pederoda, *op. cit.*

22. C. Pederoda, *op. cit.*

23. C. Pederoda, *op. cit.*

24. C. Pederoda, *op. cit.*

25. V. Parlato, *op. cit.* C. Pederoda, *op. cit.*

26. V. Parlato, *op. cit.* p. 5; G. Boni, *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 212.

27. G. Boni, *op. cit.*

28. C. Pederoda, *op. cit.*

conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo riconosce al sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili», certa dottrina ecclesiastica ha inteso affermare che «in quegli anni, anche la concezione laica del matrimonio non differiva sostanzialmente da quella cattolica: fedeltà reciproca dei coniugi, indissolubilità, finalità della procreazione ed educazione della prole, aiuto reciproco degli sposi, tutela dei figli nati nel matrimonio, legittimi, rispetto a quelli naturali, riconoscibili, in certi casi, o addirittura non riconoscibili, se adulterini»²⁹.

Ma se ciò poteva avere un senso negli anni Trenta del Novecento, attualmente non è più un fatto condiviso dall'insieme dei consociati. Infatti, i quasi novanta anni che ci distanziano dal 1929 ad oggi hanno visto profondi cambiamenti, che hanno inciso sia sulla società, sia sulla disciplina del matrimonio e del rapporto di coppia. Siffatta evoluzione non è stata né veloce, né semplice e probabilmente non è definitiva. È possibile affermare che essa abbia avuto inizio a partire dalle sentenze della Corte costituzionale sulla diversa sanzionabilità penale dell'infedeltà coniugale perpetrata dalla moglie³⁰, fino alla riforma del diritto di famiglia del 1975. Tale evoluzione ha percorso un sentiero tortuoso attraverso l'introduzione della possibilità di sciogliere gli effetti civili del matrimonio, avvenuta con la legge sul divorzio, la quale ha provocato la rottura, anche concettuale, dell'idea di vincolo familiare, fino alla recente riforma sullo status unico della filiazione. Si tratta tuttavia di un processo fortemente sentito nella società a tal punto che è lo stesso Istituto nazionale di statistica ad affermare che: «La minore propensione al primo matrimonio è da mettere in relazione con i mutamenti sociali che da alcuni decenni si vanno progressivamente diffondendo e amplificando da una generazione all'altra, determinando eterogeneità nelle modalità e posticipazione dei tempi di costituzione della famiglia. Ad articolare i percorsi familiari è in particolare la diffusione delle unioni libere, che in alcuni casi rappresentano una fase di preludio al matrimonio, ma che possono anche ricoprire un ruolo ad esso del tutto alternativo (...). Le unioni di fatto sono più che raddoppiate dal 2008, superando il milione nel 2013-2014. In particolare, le convivenze more uxorio tra partner celibi e nubili arrivano a 641mila nel 2013-2014 e sono la componente che fa registrare gli incrementi più so-

stenuti, essendo cresciute quasi 10 volte rispetto al 1993-1994 (...). I dati sulla natalità confermano che le libere unioni sono una modalità sempre più diffusa di formazione della famiglia: oltre un nato su quattro nel 2014 ha genitori non coniugati»³¹.

In realtà, i promotori dello stralcio del dovere di fedeltà dal testo di legge sulle unioni civili sono ancora legati ad una visione di retroguardia e "concordataria" del matrimonio, non più monoliticamente rappresentata nella società. Anche la stigmatizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso si basa su presupposti giuridici inaccettabili, sia perché discriminatori, sia perché fondati su un istituto appartenente all'ordine canonistico. Pertanto, tali presupposti non possono essere estesi a coloro che, non riconoscendosi in tale ordinamento, non si rivolgono al medesimo al fine di regolare i rapporti giuridici relativi alla loro vita di relazione. L'unione civile ha quale parametro di riferimento il matrimonio civile, non il matrimonio canonico, né quello concordatario. Ulteriormente, anche nel riferimento ai diritti e doveri di coloro che decidono di farne parte, occorre tener presente che non essendoci separazione, non può esservi l'addebito, neppure per la violazione della promessa di fedeltà.

Tuttavia il modello tradizionale del matrimonio canonico/concordatario permane forte nell'immaginario collettivo, ancora di più che nella realtà giuridica. Per tentare di comprendere che cosa lo radica come retaggio culturale, si analizza il ruolo giocato dal dovere di fedeltà nella costruzione di tale immaginario.

3. Le radici storico-comparatistiche del dovere di fedeltà

Uno dei più ficcanti *incipit* di un testo dedicato allo studio del matrimonio nella prospettiva antropologica inizia con una domanda non scontata: «A che serve un marito?»³². E l'autrice rispondeva riprendendo le parole dei nonni: «A fare una donna onesta», concentrando quindi la valenza del matrimonio sulla fedeltà sessuale, quindi sulla certezza dell'attribuzione della paternità e conseguentemente sulla sicurezza dei destinatari dei lasciti ereditari.

Il matrimonio romano era un atto privato celebrato con una cerimonia non pubblica ed avente na-

29. V. Parlato, *op. cit.*

30. P. Palermo, *Uguaglianza e tradizione nel matrimonio: dall'adulterio alle unioni omosessuali*, in *Nuova Giur. Civ.* 2010, 11, II, p. 537.

31. Istat, *Matrimoni, separazioni e divorzi*, Anno 2014, cit.

32. L. Mayr, *Il matrimonio: un'analisi antropologica*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 19.

tura di istituzione di classe, limitata a chi aveva un patrimonio da trasmettere³³. In età augustea, al fine di censurare la corruzione dei costumi, venne emanata la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, con la quale veniva sanzionato l'*adulterium* ed il marito veniva obbligato al ripudio della moglie adultera, altrimenti era a sua volta accusato di lenocinio³⁴. Con la crisi dell'Impero romano, le autorità statali incominciavano a dare i primi segni di sfaldamento consentendo alla Chiesa di proporsi quale nuovo referente per individui che «minacciavano di sentirsi smarriti»³⁵. A questo punto la moralità pagana e quella cristiana si sarebbero fuse disegnando modelli uniformi di uomini, ma principalmente di donne, soprattutto grazie alla teologia agostiniana. Tale interpretazione influenzò la concezione cristiana del matrimonio a partire già dall'editto di Costantino, che ridusse sensibilmente le cause di divorzio, prima limitate alla sola venuta meno dell' *affectio maritalis*. Tra esse si riscontra l'adulterio della moglie³⁶.

Attraverso l'opera di Liutprando, l'influenza della Chiesa nella società longobarda fu così forte da spiritualizzare l'antico rito pagano con l'introduzione della *subarrhatio cum anulo*, cioè la cerimonia della consegna dell'anello, segno della fedeltà nella simbologia cattolica (*anulus fidei*) da parte dello sposo alla sposa, «e tale da elevare il matrimonio ad una sfera superiore rispetto a quella caratteristica del diritto germanico meno evoluto»³⁷.

Il diritto canonico medievale è categorico nello stabilire l'indissolubilità matrimoniale: i coniugi

sarebbero dovuti rimanere uniti finché morte non li avesse separati, tuttavia la Storia racconta di diversi episodi di ripudio³⁸, legati anche all'adulterio, secondo i quali la moglie adultera avrebbe dovuto essere rinchiusa in convento (ce lo rammenta la leggenda di Ginevra, Lancillotto e Re Artù) oppure rinchiusa in prigione per decenni (come avvenne a Eleonora d'Aquitania), o passata a fil di scure, come accadde alla sfortunata Anna Bolena, la cui vicenda non appartiene più all'epoca medievale, ma ai tumultuosi tempi della Riforma.

La Riforma ha avuto principalmente due conseguenze sul concetto di matrimonio: da un lato la visione teologica dei protestanti, secondo la quale il matrimonio non era un sacramento, lo riportò al suo carattere originario di accordo convenzionale relativo alla comunione di vita³⁹. Quale conseguenza venne accettato che i matrimoni, come le convenzioni, potessero essere sciolti attraverso il divorzio⁴⁰. Dall'altro lato si registrava il completo abbandono, almeno in Europa, dell'usanza dei fidanzati di convivere in precedenza del matrimonio, poiché questo si completava con il consenso degli sposi, che poteva essere precedente alla celebrazione del rito. Tuttavia la riforma dei costumi, seguita alla riforma religiosa e complici anche le campagne militari che contribuirono alla diffusione endemica della sifilide, stabilì che i matrimoni dovessero essere celebrati in chiesa e che la convivenza tra marito e moglie non potesse avere inizio prima della cerimonia. Questo atteggiamento, comune sia ai protestanti, sia ai cattolici⁴¹, contribuì

33. L. Cracco Ruggini, *La sessualità nell'etico pagano-cristiana tardoantica*, in *Comportamenti e immaginario della sessualità nell'Alto Medioevo*, LIII Settimane di studio della Fondazione Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 2006, p. 11.

34. G. Lagomarsino, *L'esclusione della fedeltà coniugale prima e dopo la riforma del diritto di famiglia, con riferimento all'esclusione canonica della fedeltà nel ns ordinamento*, in *Il diritto delle persone e della famiglia*, 2015, p. 719.

35. L. Cracco Ruggini, *op. cit.*, p. 11.

36. M. A. Glendon, *The Transformation of Family Law*, Chicago-London, 1989, p. 17; S. Sanders, *The Cyclical Nature of Divorce in the Western Legal Tradition*, 50 Loy. L. Rev. 407, (2004), p. 409;

37. G. Di Renzo Villata, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, Digesto, 1995, F. Brandileone, *Contributo alla storia della «subarrhatio»*, in *Pel cinquantesimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina*, III, Napoli, 1899, ora in *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Hoepli, Milano, 1906, p. 406.

38. R. H. Helmholz, *Marriage Litigation in Medieval England*, Cambridge, 1974, p. 4.

39. J. Gaudemet, *Le mariage en Occident*, Paris, 1987, p. 191. Questo autore osserva che seppure non avesse mai attribuito al matrimonio la natura di contratto, la patristica latina ne riconosceva il carattere convenzionale. L'idea di contratto venne collegata al matrimonio a partire dal Medioevo in ossequio al trionfo della dottrina consensualistica, tuttavia detta dottrina non impose mai l'adesione del matrimonio al contratto continuando a qualificarlo quale convenzione. Per una ricostruzione di questo passaggio si rimanda a M. Rheinstein, R. König, Introduction, Chapter I, Persons and Family, International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen - Leiden - Boston, 2007, IV, pp. 1-9, c. 7.

40. D. Macculloch, *Riforma. La divisione della casa comune europea (1490 - 1700)*, Carocci, Roma, 2010, p. 828.

41. M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law*, cit., p. 25

all'irrigidimento della morale sessuale collettiva per i secoli a venire. Da allora il paradigma matrimoniale confermò la necessità che gli sposi fossero di sesso diverso, che il matrimonio fosse monogamico, che i nubendi non potessero consumare rapporti sessuali prima della celebrazione delle nozze.

Tra i protestanti si distingueva la rigorosa severità con la quale Calvino sanzionava l'infedeltà coniugale, cioè il più turpe dei crimini poiché con un solo atto l'adultero, marito o moglie che egli fosse, violava il patto con il coniuge, Dio e la comunità intera⁴². Tanto rigore avrebbe prima o poi subito un allentamento, soprattutto nel secolo dei Lumi. Infatti, alla fedeltà coniugale non era più attribuito il medesimo valore, ma la gravità dell'infedeltà variava a seconda dello *status* e della provenienza delle persone interessate⁴³. Con l'Illuminismo e soprattutto con la Rivoluzione francese si diffuse dapprima in Francia⁴⁴, poi in tutta Europa la divisione tra "progressisti" e "conservatori". Seppure essa non seguisse i confini degli Stati nazionali, è risultata essere prevalente in ogni ordinamento, specialmente per quel che concerne la famiglia e la relativa disciplina⁴⁵.

Durante i convulsi tempi rivoluzionari, la legge 20 settembre 1792 introdusse il divorzio senza colpa ovve-

ro su istanza di parte⁴⁶. Infatti, si riconosceva ai coniugi la possibilità di divorziare consensualmente di fronte all'ufficiale di stato civile qualora sussistessero alcune specifiche circostanze, tra cui incapacità mentale, condanne alla pena detentiva, l'abbandono del tetto coniugale, l'*émigration*⁴⁷ e l'*"incompatibilité d'humeur"*⁴⁸, cioè incompatibilità di carattere. L'introduzione del divorzio ha provocato una comune rivendicazione di libertà tanto degli uomini quanto delle donne. Tuttavia, sono state maggiormente le donne a motivare e loro istanze divorzili con la necessità di affrancamento dal «*dispotismo coniugale*»⁴⁹. Va però osservato che l'infedeltà coniugale e l'adulterio non erano considerati esplicitamente quali cause di divorzio.

Il divorzio ha conosciuto alterne fortune in diritto francese. Esso è sopravvissuto dopo «*gli eccessi rivoluzionari*», seppure con restrizione delle cause scaturenti, nel Codice napoleonico anche per interesse personale dell'Imperatore⁵⁰, per poi essere abolito con la Restaurazione⁵¹ e reintrodotta dopo quasi settant'anni nel 1884⁵². Per quel che concerne l'obbligo di fedeltà coniugale, sotto la vigenza del Code Napoléon, si tolleravano le avventure galanti, ma si consideravano le gravidanze: nessuna indulgenza per le donne colpevoli di mettere al mondo un figlio illegittimo⁵³,

42. J. Witte Jr., *John Calvin on Marriage and Family Life*, 2007, <http://ssrn.com/abstract=1014729>.

43. S. Desan, *Making and Breaking Marriage: An Overview on Old Regime Marriage as a Social Practice*, in S. Desan, J. Merrick, (eds.), *Family, Gender, and Law in Early Modern France*, Pennsylvania State University Press, University Park, 2009, p. 4. Come è stato osservato, «*se nella vita di una donna francese un amante era un evento trascurabile, in quello di una donna inglese aveva effetti devastanti. "Avendo noi la facoltà di scegliere i nostri mariti, non ci è permesso di non amarli," gli spiegò "e tradirli è un crimine che non ci viene in alcun caso perdonato"*» B. Craveri, *Gli Ultimi Libertini*, Adelphi, Milano, 2016, p. 31.

44. M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law*, cit., p. 160.

45. M. Antokolskaia, *Family Law and National Culture. Arguing against the cultural constraints argument*, in *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, (K. Boele-Woelki, ed.), Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p. 41.

46. M.A. Glendon, *op. cit.*, 159; M. Parquet, *Droit de la famille*, Levallois-Perret, p. 85.

47. Durante la Rivoluzione Francese, l'*émigration* consisteva nella fuga all'estero, specie dei membri della classe aristocratica, ed era sanzionata con la morte civile. Si veda, K. Carpenter, *Emigration in Politics and Imaginations*, in D. Andress, *The Oxford Handbook of the French Revolution*, Oxford - New York, 2015, Ch. 19.

48. M.A. Glendon, *op. cit.*, S. Desan, *Pétitions de femmes en faveur d'une réforme révolutionnaire de la famille*, *Annales historiques de la Révolution française*, 2006, p. 6, <http://ahrf.revues.org/5883>.

49. S. Desan, *op. cit.*

50. M.A. Glendon, *op. cit.*

51. Si tratta della Loi Bonald del 8 maggio del 1816 (M. Parquet, *op. cit.*, p. 85).

52. Con la Loi Naquet del 27 luglio 1884 (M. Parquet, *ult. op. loc. cit.*).

53. M. Parrot, *Figure e compiti*, in P. Ariès, G. Duby, *La vita privata. L'Ottocento*, (trad. it., F. Cataldi Villari, M. Garin, S. Neri, F. Salvatorelli), Laterza, Roma-Bari, 1991, p. 110. La stessa autrice osserva che «l'uomo adultero non rischia nulla; gode di grandi complicità; la ricerca della paternità è vietata dal Codice civile, mentre la morale consuetudinaria esige il matrimonio del genitore con la ragazza che aveva ingravidato».

perché si sarebbe inquinata la linea di discendenza maschile.

Anche in *Common Law* l'idea di inquinamento della discendenza con la violazione dell'obbligo di fedeltà era presente. A questo proposito, si ricorda che l'influenza della tradizione canonistica si è manifestata attraverso la Chiesa d'Inghilterra che considerava l'infedeltà come distruttiva delle famiglie e ne estendeva la definizione fino a includere l'attività sessuale extraconiugale del marito⁵⁴, anche se va sottolineato che la monogamia maschile era socialmente considerata una mera finzione⁵⁵.

Ancora oggi, tanto nel *Common Law* inglese quanto in quello americano non si parla di obbligo di fedeltà quale obbligazione matrimoniale, ma la violazione del dovere di fedeltà viene sanzionata diversamente a seconda che si tratti di *fornication*, termine che indica il rapporto sessuale, generalmente del marito sia prematrimoniale sia extraconiugale⁵⁶, ovvero di *adultery*, in riferimento al tradimento della moglie. Infatti si pensa che il tradimento femminile abbia «*tendency to adulterate the issue of an innocent husband, and to turn the inheritance away from his own blood, to that of a stranger*»⁵⁷. Il concetto giuridico di adulterio si fonda sull'idea di furto, pertanto esso è stato a lungo considerato un crimine penalmente perseguibile con le pene più diversificate, come ad esempio esemplarmente racconta lo scrittore Nathaniel Hawthorne nel romanzo *La lettera scarlatta*.

Durante il XVIII e il XIX secolo l'adulterio e il divorzio sono rimasti ancora strettamente connessi nei Paesi protestanti, come in Inghilterra⁵⁸ e in Germania⁵⁹, tuttavia la situazione è mutata a partire dalla seconda metà del XX secolo in relazione al distacco tra atto sessuale e procreazione, in particolare con

la presa di controllo della propria fecondità da parte delle donne attraverso l'assunzione di contraccettivi⁶⁰. A partire da questa presa di coscienza femminile, è possibile osservare che l'evoluzione molto rapida della scienza occorsa negli ultimi anni ha reso possibile l'applicazione a livello di massa delle tecniche artificiali di riproduzione umana. Da un lato, la rottura dell'endiadi sessualità–riproduzione è stata il preludio della separazione tra concepimento e procreazione. Allo stato attuale, il rapporto sessuale fra un uomo e una donna non costituisce più la condizione *sine qua non* per realizzare l'evento della nascita, essendo possibile arrivare alla generazione di un altro essere umano con l'ausilio di tecniche e strumenti artificiali. In questa prospettiva la procreazione e la filiazione diventano un atto di libera scelta individuale non più vincolato allo scopo esclusivo della perpetuazione della discendenza cui trasmettere il cognome e il patrimonio familiare, potendo decidere di riprodursi nel momento ritenuto più opportuno indipendentemente dalle possibilità fisiche e genetiche.

Di fronte all'evoluzione storico-culturale del dovere di fedeltà interno al matrimonio, ci si potrebbe chiedere se nella prospettiva comparatistica l'obbligo di fedeltà è rimasto presente nelle legislazioni moderne. In ogni caso occorre tenere conto della perdurante influenza del matrimonio canonico in Occidente basata sul fatto che il modello sacramentale canonico ha avuto una valenza tanto teologica quanto legale incrinatasi soltanto dopo la Riforma⁶¹. Attualmente, la risposta comparatistica si riflette sull'addebitabilità della colpa del divorzio. Abolire l'attribuzione della colpa avrebbe potuto significare la rimozione dell'influenza dei valori etici nella disciplina del matrimonio⁶². A questo proposito, si osserva in via generale

54. S.S. Varnado, *Avatars, Scarlet "A"s, and Adultery in the Technological Age*, 55 Ariz. L. Rev. 371 (2013), p. 385.

55. *Note: Constitutional Barriers to Civil and Criminal Restrictions on Pre- And Extramarital Sex*, 104 Harv. L. Rev. 1660 (1991), p. 1671.

56. C.J. Reid, Jr., *The Augustinian Goods of Marriage: The Disappearing Cornerstone of the American Law of Marriage*, 18 BYU J. Pub. L. 449, (2004), p. 457.

57. Così si esprimeva la Corte Suprema del New Jersey nel 1838 nel caso *State v. Lash* (N.J. 1838).

58. D.C. Wright, *The Crisis of Child Custody: A History of the Birth of Family Law in England*, 11 Colum. J. Gender & L. 175, 176-82, 238-49 (2002); W. E. Schneider, *Secrets and Lies: The Queen's Proctor and Judicial Investigation of Party-Controlled Narratives*, 27 Law & Soc. Inquiry 449, 453-62 (2002); H. D. Lord, *Husband and Wife: English Marriage Law from 1750: A Bibliographic Essay*, 11 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 1, 1-3, 12-26 (2001).

59. S. Sanders, *op. cit.*, p. 419; M. A. Glendon, *op. cit.*, p. 174.

60. F. Héritier, *Dissolvere la gerarchia. Maschile/Femminile II*, trad. it. A. Panaro, R. Cortina ed., Milano, 2004, p. 166.

61. P. McKinley Brennan, *Of Marriage and Monks, Community and Dialogue*, 48 Emory L.J. 689, (1999), p. 700.

62. C. Sörgjerd, *Reconstructing Marriage. The Legal Status of Relationships in a Changing Society*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, p. 122.

che nella disciplina dello scioglimento del matrimonio, viene taciuto l'esplicito riferimento alla violazione del dovere di fedeltà, ma è disciplinata la rottura irreparabile del matrimonio⁶³, che può derivare anche da altre circostanze, come nel caso delle discipline tedesca⁶⁴ e olandese⁶⁵ dove, in caso di istanza congiunta di divorzio, i motivi della rottura irreparabile del matrimonio non vengono neppure verificati dal giudice⁶⁶.

Una delle esperienze pionieristiche maggiormente interessanti in questo senso è quella svedese dove nella disciplina più risalente la violazione dell'obbligo di fedeltà non era soggetta a particolari sanzioni. Negli Anni 70 del Secolo scorso essa è stata sottoposta ad un ampio dibattito secondo cui il mantenimento di tale obbligo, considerabile ormai superato, avrebbe potuto rappresentare un deterrente al matrimonio per le giovani coppie⁶⁷; mentre nella riforma del diritto nuziale promulgata nel 1987 si sottolineava che essa fosse da intendersi in un senso più ampio rispetto alla sola fedeltà, cioè in riferimento alla lealtà e solidarietà tra gli sposi⁶⁸. Tale esperienza ha rappresentato un modello per la riforma della legislazione spagnola, la quale non stabilisce specifici motivi per la richiesta di divorzio: è sufficiente la volontà di uno dei coniugi⁶⁹. In Francia, l'articolo 212 del Code civil stabilisce che i coniugi reciprocamente si devono «ri-

spetto, fedeltà, soccorso, assistenza» mentre l'articolo 242 afferma che la colpa possa essere ritenuta un motivo sufficiente per il divorzio. Essa è riconducibile a una o più circostanze che costituiscono una violazione grave e reiterata dei doveri e degli obblighi del matrimonio⁷⁰ e che abbiano provocato una alterazione definitiva del legame coniugale⁷¹. A questo proposito, si osserva che nell'interpretazione giurisprudenziale francese recente, l'infedeltà viene considerata come effetto della vita matrimoniale divenuta intollerabile⁷², anche per infedeltà reciproca⁷³, ad esempio per «*l'erosione dei sentimenti sulla vita coniugale quotidiana, la presenza di suoceri utilizzati come coadiuvanti per la cura per il bambino quando entrambi i genitori lavorano, le differenze di progettazione, la presenza di elementi di grande banalità nella vita di una coppia; sono prove che suggeriscono che la responsabilità esclusiva della disintegrazione progressiva è dovuta esclusivamente alla moglie che sarebbe stata eccessiva e nei comportamenti dannosi per mantenere una unione coniugale soddisfacente*»⁷⁴.

Negli Stati Uniti, la materia familiare è di competenza statale e le corti possono dichiarare sciolto il matrimonio solo nei casi previsti dalla legge. Nella maggioranza degli Stati la violazione del dovere di fedeltà è ancora prevista come causa di divorzio⁷⁵, mentre negli altri⁷⁶ vige la «*no fault rule*», nonostante

63. C. Sörgjerd, *op. cit.*, p. 127.

64. D. Martiny, *German Report, in European Family Law in Action, Vol. I: Ground for Divorce*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2003, p. 80. Si osserva che la violazione dei doveri matrimoniali ha un effetto marginale, principalmente influisce sull'accesso della parte colpevole ad una procedura di divorzio più rapida (D. Martiny, *op. cit.*, pp. 188 ss.).

65. C. Sörgjerd, *op. cit.* p. 128.

66. K. Boele-Woelki, O. Cherednychenko, C. Lieveke, *Dutch Report, European Family Law in Action, Volume I: Ground for Divorce*, 2003, p. 89.

67. C. Sörgjerd, *op. cit.*

68. C. Sörgjerd, *op. cit.*, p. 123.

69. C. Sörgjerd, *op. cit.*, p. 126.

70. Art. 242 del Code Civil francese, modificato dalla Loi n. 2004-439 del 26 maggio 2004.

71. Art. 246 del Code Civil francese.

72. Cour d'appel de Limoges, 13 maggio 2013, RG 12/00908; Cour d'appel de Bastia, 10 aprile 2013, RG 11/00356.

73. Cour d'appel de Rennes, 14 ottobre 2014, RG 13/04534.

74. Cour d'appel de Versailles, 17 marzo 2016, RG 15/02921.

75. Si tratta di Alabama, Alaska, Arkansas, Connecticut, Delaware, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Louisiana, Maine, Massachusetts, Maryland, Mississippi, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Vermont, West Virginia (S. Varnado, *Avatars, Scarlet "A"s, and Adultery in the Technological Age*, 55 Ariz. L. Rev. 371 (2013), p. 383).

76. Si tratta di: Arizona, California, Colorado, D.C., Florida, Hawaii, Iowa, Kentucky, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, Oregon, Washington, Wisconsin, Wyoming (S. Varnado, *op. cit.*).

permanga un legame con la tradizione attraverso riferimenti al compiuto adulterio⁷⁷.

4. Il dovere di fedeltà e l'attribuzione della filiazione

Strettamente connessa con il dovere di fedeltà coniugale è la presunzione di paternità, anche nella prospettiva della recente riforma della filiazione. In essa vi è una valenza di origine religiosa, che considera la donna come proprietà necessaria ai fini riproduttivi: si tratta dello *jus in corpore* in capo al marito. A questo proposito la dottrina⁷⁸ rammenta il dettato del vecchio *codex juris canonici*, che al par. 1081 affermava che «il consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tardit et acceptat jus in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad proles generationem». Tale definizione conteneva una visione proprietaria del corpo della donna⁷⁹ ed era strettamente connessa con la certezza della paternità e la purezza della stirpe paterna, promossa dalla Chiesa attraverso una «costruzione cattolica dei rapporti familiari»⁸⁰, nel senso di una concezione del matrimonio orientata alla procreazione⁸¹. Come già visto, attraverso l'art. 34 del Concordato lateranense del 1929, lo Stato accettava di equiparare l'efficacia del matrimonio religioso, a tutti gli effetti, al matrimonio civile nella sua interezza⁸². Tale visione è stata recepita nel nuovo ordinamento repubblicano attraverso il discusso inserimento dei Patti Lateranensi all'art. 7 della Costituzione⁸³. Con siffatto riconoscimento si protraeva la sopravvivenza del rigoroso collegamento tra fedeltà matrimoniale e presunzione di paternità, conservando la circostanza che essere genitore è consistito in un diritto del padre e non in un diritto del figlio⁸⁴,

pertanto il matrimonio era la condizione indispensabile perché vi fosse un padre: infatti la questione determinante era stabilire se la prole era nata o meno al suo interno⁸⁵.

L'introduzione della possibilità di sciogliere gli effetti civili del matrimonio concordatario avvenuta con la legge 1 dicembre 1970, n. 898 ha concettualmente mutato l'idea di vincolo familiare collegato esclusivamente al legame di sangue e sancito dalla sacralità della cerimonia matrimoniale. Tuttavia, l'applicazione delle innovazioni scientifiche e tecnologiche nell'ambito riproduttivo umano ha sconvolto la tradizionale prospettiva. Quale primo esempio dirompente si ricorda la nascita di Louise Brown, avvenuta nel 1976, che è stata la prima bambina ad essere concepita attraverso la fecondazione in vitro, realizzando la scissione tra il concepimento attraverso l'atto sessuale e la gravidanza: fasi della riproduzione umana che sono state sempre indivisibili in natura fino al momento del parto⁸⁶. La tecnica, invece, consente di prelevare gli ovociti, fecondarli e, dalla prospettiva femminile, scegliere se e quando portare avanti la gravidanza. Fecondazione e parto, quindi, sono due elementi distinti, le cui protagoniste possono essere diverse in quanto gli ovuli possono appartenere ad una donna diversa da quella che porta a termine la gravidanza e partorisce. Pertanto, il tradizionale brocardo latino, cristallizzato dai secoli, *mater semper certa est* può non corrispondere più a verità. Esso si rompe di fronte alle possibili combinazioni tra contributo biologico (donna che ha fornito l'ovocita), contributo gestazionale (donna alla quale è stato impiantato l'ovulo fecondato e che ha portato a termine la gravidanza), contributo sociale (donna che cresce ed educa il bambino nato da quell'ovocita e da quella gravidanza). Infatti, recentemente, la giurisprudenza di legittimità ha pre-

77. S. Varnado, *op. cit.*

78. V. Carbone, *L'irreversibile crisi della coppia legittima l'adulterio, rendendo non addebitabile la separazione?*, *Fam. dir.*, 1999, 2, p. 105.

79. M. D'Amelia, *Recensione a Nozze di Sangue*, di Marco Cavina, in *Il Mestiere di Storico*, 2012, 1, p. 171.

80. P. Ginsborg, *Famiglia Novecento, Vita familiare, rivoluzione e dittature, 1900-1950*, trad. it., E. Benghi, Panaro, Einaudi, Torino, 2013, p. 284.

81. P. Moneta, Voce: *Matrimonio canonico*, in *Digesto civile*, Utet, Torino, 1994 e dottrina *ivi* segnalata.

82. P. Moneta, Voce: *Matrimonio concordatario*, in *Digesto Civile*, Utet, Torino, 1994;

83. G. Ferrando, voce: *Matrimonio civile*, in *Digesto Civile*, Aggiornamento 2014, Utet, Torino, 2014.

84. L. Zoja, *Il gesto di Ettore*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010, p. 171.

85. G. Galeotti, *In cerca del padre*, Laterza, Bari-Roma, 2009, pp. 5-7.

86. M. Iacub, *L'impero del ventre. Per un'altra storia della maternità*, trad. it. S. De Petris e C. Bonfiglioli, Ombre corte, Verona, 2004, p. 134.

so atto di tale evoluzione tecnologica e recepitata dal costume sociale⁸⁷.

Dalla prospettiva maschile anche la presunzione legale di paternità viene messa in crisi dall'impatto tecnologico. Partendo dalla nuova formulazione dell'art. 231 cod. civ. elaborata a seguito della riforma sulla filiazione, è possibile notare che essa non incide sul nucleo essenziale della nozione di filiazione nel matrimonio, che è costituito dall'attribuzione della qualità di padre a colui che è indicato dal matrimonio. La norma ha un'importanza fondamentale nel sistema del diritto familiare in quanto riconosce all'istituto del matrimonio la funzione di indice per la determinazione della paternità, e dunque dello stato di figlio⁸⁸. Dal vincolo matrimoniale deriva, come conseguenza, che il figlio non può acquistare lo stato di filiazione nei confronti di uno solo dei genitori, ma esclusivamente nei riguardi di entrambi. Pertanto, mentre la filiazione fuori del matrimonio, sia materna che paterna sono considerate dalla legge come fattispecie distinte, fonti di rapporti autonomi, la filiazione nel matrimonio costituisce una fattispecie unica, in ragione della quale sono considerati inscindibili i rapporti che uniscono il figlio al padre e alla madre⁸⁹.

Dal testo dell'art. 231 cod. civ. risulta che la sua applicazione richiede la presenza di alcuni presupposti, che costituiscono i requisiti della filiazione nel matrimonio. Tradizionalmente, infatti, un figlio è considerato legittimo in presenza di quattro elementi: a) il matrimonio dei genitori; b) la maternità della moglie; c) il concepimento e ora, allo stesso titolo, anche la nascita in costanza di matrimonio; d) la paternità del marito⁹⁰.

L'applicazione di tali norme comporta, d'altra parte, che il figlio possa essere considerato nato nel matrimonio anche in mancanza del terzo e del quarto requisito. Infatti, la presunzione di concepimento in

costanza di matrimonio, in virtù della enunciazione dell'art. 232, 1° co., può essere estesa anche a chi sia stato in realtà concepito dopo la cessazione del vincolo matrimoniale; inoltre, l'art. 231 cod. civ.⁹¹, disponendo che il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio, fa sì che il marito debba essere considerato padre, anche qualora il figlio sia stato in realtà generato da un altro uomo.

Per quel che concerne la scissione tra verità biologica e verità legale vi è un ulteriore elemento indicativo di un profondo attaccamento alla tradizione messa in discussione dalla tecnica, ad esempio con la possibilità di utilizzazione della cd. fecondazione eterologa, possibile attraverso la donazione di gameti tanto maschili quanto femminili a coppie dove uno degli aspiranti genitori eterosessuali, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 40/2004, che consente l'intervento della fecondazione artificiale «*qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*». La Corte costituzionale è intervenuta più volte sulle disposizioni di questa legge⁹², per quel che riguarda questo ambito ci si riferisce alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto assoluto di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo per le coppie affette da sterilità o da infertilità assoluta ed irreversibile previsto dall'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n.40⁹³, con la quale la Corte costituzionale ha legittimato anche la donazione di ovociti. Si tratterebbe di un divieto lesivo della libertà di autodeterminarsi, tanto dal punto di vista fisico quanto da quello psichico da parte delle coppie nelle quali un componente sia assolutamente sterile o infertile, e configurerebbe un diverso trattamento in base alla capacità economica rispetto alle coppie che possono ricorrere all'estero a tali tecniche. Secondo la Corte tale interesse sarebbe prevalente nell'ambito del bilanciamento

87. Corte di Cassazione, 30 settembre 2016, n.19599. Afferma la Suprema Corte: «*Quello enunciato dal terzo comma dell'art. 269 cc ha costituito per millenni un principio fondamentale (Mater semper certa est), idoneo a fotografare gli effetti, sul piano del diritto, della piena coincidenza in una sola donna di colei che partorisce e colei che trasmette il patrimonio genetico. Questa coincidenza, tuttavia, nel tempo è divenuta non più imprescindibile, per via dell'evoluzione scientifico-tecnologica che ha reso possibile scindere la figura della donna che ha partorito da quella che ha trasmesso il patrimonio genetico grazie all'ovulo utilizzato per la fecondazione*».

88. G. Cattaneo, *Della filiazione legittima*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 29; G. Ferrando, *Filiazione legittima e naturale*, in *Digesto civ.*, VIII, 4 a ed., Torino, 1992, 30, p. 5.

89. G. Cattaneo, *Della filiazione legittima*, 23; F. Mantovani, *La filiazione legittima*, in *Il nuovo diritto di famiglia* diretto da G. Ferrando, III, Bologna, 2007, p. 240.

90. A. Cicu, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 2 a ed., Torino, 1969, p. 6; M. Sesta, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, Il diritto di famiglia, 3, Torino, 1999, p. 7.

91. G. Cattaneo, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 4, III, 2 a ed., Torino, 1997, p. 8.

92. Sul punto, M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo*, Aracne, Roma, 2015.

93. Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162.

degli interessi costituzionali coinvolti, rispetto al diritto all'identità genetica del nato. Tuttavia la Corte costituzionale esplicita lo scrupolo di ribadire la distinzione di questa fattispecie dalla surrogazione di maternità, espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è stata incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia⁹⁴. Pertanto risulterebbe ammissibile una discrasia tra madre partoriente e madre genetica, mentre sarebbe assolutamente inaccettabile una analoga distinzione tra partoriente e committente nell'ipotesi, ivi solo accennata, di surrogazione di maternità.

Tali innovazioni hanno determinato tanto giuridicamente, quanto fattualmente il ribaltamento del centro di interesse: dai diritti dell'adulto maschio sulla discendenza e sulla trasmissibilità del nome e del patrimonio alla centralità dei diritti del figlio e del suo preminente interesse nella relazione tra genitori e figli. Nel momento in cui è il minore ad essere il fulcro di tutela giuridica si ridiscute la reazione dell'ordinamento rispetto alla coerenza del concetto tradizionale di "famiglia" legata da un vincolo formale con il possibile mutamento di genere di uno dei genitori ovvero con la possibilità di surrogazione dei legami familiari.

Ciò nonostante, ci si può chiedere se abbia ancora senso la coesistenza logica e giuridica del dovere di fedeltà con la presunzione di paternità e, alla luce delle ultime riforme in materia di filiazione, di entrambi con lo *status* unico di figlio previsto dagli artt. 315 cod. civ. e seguenti⁹⁵ e considerata la diversa situazione processuale⁹⁶ per la filiazione nata dentro il matrimonio da quella nata fuori dal matrimonio. Ci riferisce ad una distinzione ancora sopravvissuta, almeno concettualmente, che pone il rapporto di coniugio eterosessuale al centro della tutela giuridica e riguarda la filiazione nata nel matrimonio e quella nata fuori dal matrimonio. Detta distinzione ha significativi effetti: ovvero nel caso in cui i genitori non siano coniugati, i genitori biologici non avrebbero alcun problema a proporre il disconoscimento di paternità

per difetto di veridicità, azione disponibile a chiunque vi abbia interesse.

Alla luce di tali emergenze è possibile verificare una correlazione tra lo stralcio dell'obbligo di fedeltà e quello dell'adozione del cogenitore: il messaggio sotteso stabilisce che la bigenitorialità sembrerebbe essere esclusivamente riferita alla coppia eterosessuale coniugata. La questione controversa oggetto dello stralcio in parola concerne l'ipotesi della coppia omosessuale che conviva con i figli minori di uno dei due, nati da un apporto esterno, fecondazione eterologa ovvero gestazione per altri, instaurando un rapporto di genitorialità sociale con l'altro componente della coppia. Invero, in tali circostanze l'unico rapporto riconosciuto e tutelato dalla legge è quello con il genitore biologico, mentre il rapporto con il genitore sociale - sebbene avvertito e vissuto dal minore alla stregua dell'"altra figura genitoriale" - è stato riconosciuto soltanto recentemente dalla giurisprudenza di legittimità sulla base dell'art. 44, lett. d) della legge 184/1983⁹⁷, relativo al mantenimento di rapporti costanti con ambedue le figure genitoriali⁹⁸. La rilevanza di questo rapporto verticale tra minore e genitore sociale è stata più volte riconosciuta dalla giurisprudenza, specie di merito, in applicazione dei principi di provenienza europea, che pare opportuno riassumere, seppur brevemente.

Secondo la Corte europea dei diritti umani è discriminatorio e violativo degli artt. 8 (protezione della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) Cedu negare l'adozione alla persona singola omosessuale, dove ammessa, sulla sola base dell'orientamento sessuale⁹⁹; mentre più recentemente la stessa Corte di Strasburgo afferma che l'impossibilità per una coppia omosessuale di procedere ad adozione co-parentale rappresenta una violazione del combinato disposto degli artt. 14 e 8 Cedu, allorché tale misura sia consentita a coppie eterosessuali non sposate¹⁰⁰. Il principio di fondo adottato dai giudici dei diritti umani concerne l'equiparazione del concetto di vita familiare tanto per le famiglie composte da genitori di orientamento eterosessuale quanto omosessuale, infatti i giudici di

94. Corte cost., 10-06-2014, n.162, cit. In dottrina, A. Querci, *La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e carte internazionali*, *Fam. dir.*, 2015, p. 1142.

95. V. Carbone, *Le riforme generazionali del diritto di famiglia: luci ed ombre*, *Fam. dir.*, 2015, 11, p. 972

96. V. Carbone, *La diversa evoluzione della responsabilità genitoriale paterna e di quella materna*, *Fam. dir.*, 2016, 2, p. 209.

97. Cass., 26 maggio 2016, n. 12962.

98. Trib. Palermo, 6 aprile 2015.

99. Corte europea dei diritti umani, 22 novembre 2008, E. B. contro Francia.

100. Corte europea diritti dell'uomo, 19 dicembre 2013, X e altri contro Austria.

Strasburgo hanno sottolineato che siano le «indubbie qualità personali e l'attitudine per l'educazione dei bambini» degli aspiranti genitori a dover rientrare sicuramente nella valutazione del migliore interesse del bambino, una nozione chiave nello strumento internazionale pertinente. Il legislatore italiano si è posto in antitesi con questa giurisprudenza¹⁰¹, eliminando la norma che consentiva l'adozione del figlio del *partner*, coerentemente al mantenimento della visione tradizionale della famiglia eterosessuale e coniugata, legata quindi alla presunzione legale di paternità. Tuttavia le conseguenze di tale stralcio sono gravi per i minori figli di coppie omogenitoriali: da un lato il legislatore trascura di proteggere il loro *best interest* estendendo a norma *erga omnes* ciò che la giurisprudenza ha realizzato caso per caso, cioè l'applicabilità a siffatti casi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge 184/1983. Tuttavia, queste posizioni sono tutelate, seppure residualmente, dalla clausola di chiusura, contenuta nel comma 20, il quale recita «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Lo scopo di tale clausola è di rimuovere ogni ostacolo al godimento dei diritti e all'adempimento dei doveri da parte delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Infatti, per quel che concerne le disposizioni stabilite dalla legge 184/1983, appare pacifico che sia esclusa la possibilità di applicare alle parti dell'unione civile le disposizioni di tale legge che contengono la parola «coniuge». È possibile comunque affermare che l'ordimento italiano mantiene una tutela, seppur residuale, della posizione dei figli delle coppie omogenitoriali, tuttavia tale situazione è ben lontana dalla protezione del miglior interesse del minore al riconoscimento dello *status* unico della filiazione, come se gli effetti della «colpa» dell'omosessualità della coppia di genitori (biologico e sociale) ricadessero sui minori.

5. Il dovere di fedeltà nell'interpretazione della giurisprudenza

Come è noto, la fedeltà sessuale dei coniugi è stata tradizionalmente interpretata come un dovere della moglie nei confronti del marito, sanzionato anche

penalmente. A questo proposito, si ricorda infatti che la Corte costituzionale abrogava l'art. 559 del codice penale che prevedeva il reato di adulterio della moglie e del «*correo dell'adultera*». Con la sentenza 19 dicembre 1968, n. 126¹⁰², il Giudice delle leggi stabiliva che «*per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo sia l'adulterio del marito sia quello della moglie; ma quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti*». Pertanto, tale fattispecie incriminatrice era viziata di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione, in quanto sanciva una deroga al principio di eguaglianza dei coniugi non essenziale per la garanzia dell'unità familiare, ma che si risolveva in un privilegio per il marito che violava il principio di parità.

Tale sentenza ha rappresentato il primo passo dell'erosione del dovere di fedeltà che per secoli ha costituito la garanzia della certezza della paternità della prole e, conseguentemente, della trasmissione del patrimonio familiare. Successivamente la Corte costituzionale è intervenuta sull'obbligo di fedeltà, con la sentenza 99/1974 secondo cui era illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 156, comma 1, cod. civ., nella parte in cui, disponendo che «*per i coniugi consensualmente separati perduri l'obbligo reciproco di fedeltà, non limita quest'obbligo al dovere di astenersi da quei comportamenti che, per il concorso di determinate circostanze, siano idonei a costituire ingiuria grave all'altro coniuge*»¹⁰³.

Il percorso giurisprudenziale è proseguito mutando la natura del dovere di fedeltà, spostandone la rilevanza dal piano riproduttivo-sessuale al rispetto della persona dell'altro coniuge. La dottrina ha cercato una definizione più appropriata di siffatto dovere e le idee che si sono manifestate, seppur presentando ancora residui attaccamenti alla tradizione, hanno accolto l'avvenuta mutazione. Infatti, vi è chi ha parlato di «*dedizione fisica e spirituale*», ovvero di «*lealtà*»¹⁰⁵, o ancora di «*impegno a non tradire la fiducia reciproca*»; tuttavia l'orientamento maggioritario sottolinea che il dovere di fedeltà non è riconducibile a una mera astensione dai rapporti sessuali con altre per-

101. A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, www.articolo29.it.

102. Giur. It., 1969, 1, p. 416.

103. Foro It., 1974, 1, p. 1574. Sul punto, L. Remiddi, *Le unioni civili dopo la legge Cirinnà: le questioni ancora aperte*, Giudicedonna.it, n. 1/2016.

104. D. Morello Di Giovanni, *Obbligo di fedeltà e pronuncia di addebito*, *Fam. dir.*, 2013, 8-9, p. 777.

105. «la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune» (Cass. 01/06/2012, n. 8862, in *Banca Dati Leggi d'Italia*, 2012; Cass. 11/06/2008, n. 15557, in *D&G*, 2008).

sone, ma si tratta del rafforzamento della comunione materiale e spirituale dei coniugi.

Per quanto concerne la concreta violazione di tale obbligo, la giurisprudenza pone in relazione tale violazione con la lesione della dignità dell'altro coniuge e la conseguente impossibilità di prosecuzione della convivenza coniugale. Sul punto, la Suprema corte ha chiarito che la violazione dell'obbligo di fedeltà, con il conseguente addebito della separazione, «*ai sensi dell'art. 151 cod. civ. quando, in considerazione degli aspetti esteriori con cui è coltivata e dell'ambiente in cui i coniugi vivono, dia luogo a plausibili sospetti di infedeltà e quindi, anche se non si sostanzi in un adulterio, comporti offesa alla dignità e all'onore dell'altro coniuge*»¹⁰⁶.

Pertanto, il giudice non può fondare la pronuncia di addebito sulla mera inosservanza dei doveri di cui all'art. 143 cod. civ., ma al contrario egli deve verificare l'effettiva incidenza delle relative violazioni nel determinarsi della situazione di intollerabilità della convivenza. All'uopo, si evidenzia come l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale in tanto può giustificare l'addebito della separazione al coniuge responsabile in quanto determini la situazione di intollerabilità del protrarsi della convivenza coniugale ma non anche se intervenga dopo che questa situazione sia già maturata e, dunque, in un contesto di disgregazione della comunione materiale e spirituale¹⁰⁷. Tuttavia, sul punto, si osserva come, ai sensi dell'art. 24 della legge 76/2016, la disciplina delle unioni civili per le persone dello stesso sesso non prevede, in caso di scioglimento dell'unione, un periodo di separazione paragonabile a quella, seppure ormai residuale, prevista per le coppie coniugate; infatti, è sufficiente che ciascuna delle parti manifesti, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale di stato civile. Pertanto per la violazione di tale obbligo non avrebbe neppure senso l'attribuzione di un ipotetico addebito per un istituto – la separazione – che neppure è previsto dalla medesima nuova legge.

Alla luce di quanto espresso, ci si potrebbe chiedere se non sussista in punto obbligo di fedeltà una

discriminazione a discapito delle coppie coniugate, considerato che l'obbligo di fedeltà riguarda un comportamento personalissimo, spontaneo e insopprimibile di un individuo imponendo per legge, ormai alle sole coppie eterosessuali, la manifestazione di una condotta (fedeltà al coniuge) legato alla presenza di un sentimento (innamoramento verso il coniuge) in un contesto sociale e anche giuridico che rispetto al passato ha spiccatamente valorizzato le libertà individuali e i comportamenti anticonformisti. A questo proposito è possibile affermare che a ciò ha molto contribuito la proiezione pubblica della vita personale e privata attraverso i *social network* come Facebook¹⁰⁸. La giurisprudenza si è già espressa sul punto. Secondo un orientamento non è sufficiente, a sostegno della propria richiesta di addebito, produrre la pagina del profilo Facebook (priva di data) della controparte nella quale il separando marito si autodefinisce «*playboy*»¹⁰⁹. Il medesimo tribunale afferma che le dichiarazioni esterne su Facebook non rappresentano una prova specifica, poiché «*su detta piattaforma sociale ciascuno si può definire in svariati modi anche solo al mero fine di vantarsi*»¹¹⁰. Questa posizione viene ribadita dal tribunale ambrosiano il quale sostiene che l'abitudine di *chattare* su Facebook, anche con uomini, non configura una condotta posta in violazione del dovere di fedeltà coniugale¹¹¹. Altra giurisprudenza di merito osserva che le *chat* via *social network* seppure rappresentino una forma di intrattenimento, «*in sé non censurabile*», consentirebbero al coniuge «*di allacciare una relazione di natura pseudo-sentimentale*», anche se virtuale¹¹². Secondo quest'ultima ricostruzione non è rilevante «*che si sia trattato di un rapporto cui non ha fatto riscontro l'instaurazione di una vera e propria relazione di natura sentimentale*»; infatti non per questo è consentito ridimensionare gli effetti che tale situazione ha prodotto in ambito coniugale, in quanto la condotta del coniuge appare comunque di per sé incompatibile con gli obblighi di compostezza e di dedizione esclusiva la cui osservanza ciascuno dei coniugi ha diritto di esigere dall'altro, per cui è evidente la grave menomazione che ha infer-

106. Cass. civ. Sez. I, 12-04-2013, n. 8929, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 6, p. 602; Trib. Milano, sez. IX, 25/06/2012, in *Banca Dati Leggi d'Italia*, 2012; Cass. 07/09/1999, n. 9472, in *Giur. it.*, 2000, p. 1165; Cass. 13/07/1998, n. 6834, in *Mass. Giust. Civ.*, 1998.

107. Cass. 11 dicembre 2013, n. 27730; Cass., 19 giugno 2017, n. 15079.

108. S. Varnado, *Avatars, Scarlet "A"s, and Adultery in the Technological Age*, cit., p. 272.

109. Trib. Monza Sez. IV, 6 febbraio 2014.

110. Trib. Monza Sez. IV, 6 febbraio 2014, cit.

111. Trib. Milano, Sez. IX, 16 ottobre 2014.

112. Trib. Taranto, Sez. I, 14 novembre 2014.

to al rapporto di fiducia che costituisce il fondamento basilare di ogni forma di convivenza ed in specie del consorzio matrimoniale, tenuto anche conto delle indubbe ricadute che ne sono derivate nella sfera delle relazioni personali e della vita familiare in genere, turbandone la serenità ed il regolare andamento¹¹³.

A questo proposito, si è osservato che la Corte costituzionale ha già eliminato le sanzioni penali previste sia per l'adulterio¹¹⁴, sia per il concubinato¹¹⁵, mentre viene altresì escluso che la violazione dell'obbligo di fedeltà possa integrare il reato *ex art. 579 cod. pen.* in materia di violazione degli obblighi di assistenza familiare¹¹⁶. Tuttavia, dopo un lungo e vivace dibattito, sembrerebbe ormai acquisita l'applicazione dei principi della responsabilità civile nell'ambito della vita familiare, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la quale ha riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dal coniuge che ha subito il tradimento lesivo della sua dignità ed onorabilità¹¹⁷.

Come è noto, la Corte europea dei diritti umani riconosce l'equiparazione del concetto di vita familiare tanto per le famiglie composte da persone di orientamento eterosessuale quanto omosessuale, infatti con la decisione *Schalk e Kopf contro Austria* i giudici di Strasburgo hanno sottolineato il mutamento del paradigma scientifico legale, morale e sociale, nonché estende la nozione di vita familiare garantito dall'art. 8 Cedu alle famiglie composte da persone dello stesso sesso¹¹⁸. Alla luce di tale circostanza ci si può chiedere se la diversa valutazione dei doveri inerenti alla vita familiare non costituisca una discriminazione per il

trattamento differente in merito al riconoscimento del danno endofamiliare¹¹⁹: si potrebbe riconoscere anche alle coppie dello stesso sesso per la violazione dei doveri loro ascritti? Ovvero, si dovrebbe negare anche alle coppie coniugate a causa del superamento dell'obbligo di fedeltà? La comparazione giuridica dimostra che nel modello tedesco ispiratore della disciplina italiana, le coppie omosessuali unite in *Lebenspartnerschaft* e le coppie coniugate, dopo una prima discriminazione legislativa cancellata dalla Corte costituzionale e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, giuridicamente godono di fatto e di diritto degli stessi diritti e dei medesimi doveri¹²⁰.

Lo stralcio dell'obbligo di fedeltà per le coppie omosessuali e il mantenimento del dovere giuridico di fedeltà per le coppie eterosessuali sposate intende rimarcare politicamente una *deminutio capitis* nei confronti delle sole coppie omosessuali, orientato a qualificare in senso negativo una fondamentale riforma evolutiva della disciplina del diritto di famiglia.

Tuttavia, non sempre ciò che appare è, ma al contrario, lo stralcio dell'obbligo di fedeltà da un lato configura la liberazione da un retaggio della tradizione e del controllo sociale, dall'altro è una conquista a favore della consapevolezza genuina e autentica del rispetto della persona con cui si condivide almeno una parte del proprio percorso esistenziale. Si vive insieme, si condividono gioie, impegni e responsabilità perché ci si sceglie e si è liberamente determinati a farlo e non perché si è obbligati da una previsione normativa e dalla relativa sanzione.

113. Trib. Taranto, Sez. I, 14 novembre 2014.

114. Corte Cost. 3 dicembre 1969, n. 147.

115. Corte Cost. 19 dicembre 1968, n. 126.

116. Cass. pen. Sez. VI, 04-07-2000, n. 9440, in Riv. Pen., 2000, 1004; Cass. pen. Sez. VI, 12-04-1983 in Giust. Pen., 1984, II, p. 230; Cass. pen. Sez. VI, 18-02-1980, n. 6067, in Giust. Pen., 1981, II, p. 329.

117. Cass. 21 marzo 2013, n. 7128.

118. Corte europea dei diritti umani, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf contro Austria*.

119. G. Casaburi, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, in *Questione Giustizia on line*, 17 maggio 2016, www.questionegiustizia.it/articolo/convivenze-e-unioni-civili-una-prima-lettura-della-nuova-legge-17-05-2016.php.

120. S. Patti, *Le Unioni civili in Germania*, *Fam. dir.*, 2015, 10, p. 958.

Il giudice e la legge penale

di *Domenico Pulitanò*

Il penalista contemporaneo è impegnato su un duplice fronte: contro vecchie versioni ingenue o maliziose del mito dell'interpretazione letterale, e contro moderne, ben intenzionate ideologie. Storicamente, il rifiuto del modello del giudice «*bocca della legge*» ha favorito lo smantellamento di aspetti inaccettabili della codificazione fascista e la valorizzazione del *novum* costituzionale. Da respingere è l'idea di un «*giudice di scopo*», che sottende un modello di funzione giudiziaria cui non sono estranei possibili tratti di autoritarismo. Non si può più trascurare il rilievo che assume nel sillogismo giudiziario l'ermeneutica del diritto e del fatto; tuttavia, il modello illuminista è ancora oggi capace di assicurare le irrinunciabili garanzie che competono agli attori coinvolti nel processo penale e, in definitiva, di assicurare la necessaria legittimazione al potere giudiziario.

1. Il sistema delle fonti. Il primato della norma generale e astratta

Il rapporto giudice-legge, cui è dedicato il numero monografico di *Questione giustizia* 4/2016¹, è una questione che riguarda la struttura dell'ordinamento. Se ne discute molto, il linguaggio usato si presta a veicolare significati diversi e prese di posizione ideologiche. È alto il rischio di fraintendimenti²: che cosa intende dire chi afferma o nega un ruolo creativo del giudice?

La *teoria formale* del diritto può dire che la *giurisprudenza è fonte nel senso astratto della teoria pura kelseniana*: ha un suo posto nella costruzione a gradini (*Stufenbau*) dell'ordinamento giuridico. Le decisioni giudiziarie (la giurisprudenza) sono un *for-*

mante del diritto vivente, dice una descrizione oggettiva di come gli ordinamenti giuridici funzionano.

Il *formante giurisprudenziale non ha valore formale di legge*, dice un'ermeneutica descrittiva di ordinamenti (come il nostro) di *civil law*. In rapporto alla legge, le decisioni giudiziarie pongono problemi di validità o legittimità³.

La polemica contro il *creazionismo giurisprudenziale*, condotta da Luigi Ferrajoli, è in difesa di un sistema di fonti del diritto che si fonda sul principio di legalità, sia come riserva di legge, *espressione di un potere democratico*, sia soprattutto come forma di legge generale e astratta: il principio di legalità come «*principio costitutivo della sintassi giuridica dello Stato di diritto, indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nelle quali essa si articola*»⁴.

1. Questo scritto nasce da una relazione nell'incontro/dibattito organizzato per la presentazione del n. 4/2017 di questa Rivista su *Il giudice e la legge. Il diritto tra norma e interpretazione*, Milano 9 giugno 2017.

2. Lo ha ben rilevato A. Cadoppi, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale*, Roma 2017, p. 5.

3. L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2015, cap. IV.

4. L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in questa Rivista, n. 4/2016, p. 23, www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_03.pdf.

Senza la norma generale e astratta non può esservi certezza del diritto: «nel principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini»⁵. Persino nel contesto degradato dell'epoca in cui Piero Calamandrei ha scritto la sua professione di fede nel diritto, la norma generale e astratta, forma logica del diritto, con la sua razionalità pur imperfetta (*subottimale*⁶) può essere considerata «con serio fondamento l'unico argine opponibile» all'arbitrio degli applicatori⁷. La certezza come specifica eticità del diritto⁸, la legalità come garanzia di certezza d'azione.

Riguarda il sistema delle fonti la riaffermazione dei rapporti (e della differenza) fra legislazione e giurisdizione fatta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012⁹: non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 cpp, *nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni unite)* che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato. Tale questione era stata sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 25 comma 2°, 27 comma 3°, 117 comma 1. La sentenza riafferma nella sua interezza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, contro un'impostazione che credeva di poter desumere dalla giurisprudenza di Strasburgo la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole. Anche l'orientamento delle Sezioni unite ha valore «essenzialmente persuasivo», e può essere disatteso «in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione». Le stesse Sezioni unite possono «trovarsi a dover rivedere le loro posizioni»; sono dentro, e non sopra, il dispiegarsi del confronto sulle interpretazioni della legge.

L'ordinanza di rimessione poneva un problema di uguaglianza di trattamento a fronte di mutamenti correttivi (*in bonam partem*) del diritto vivente in giurisprudenza. Un problema di giustizia, rimasto insoluto. Entro l'orizzonte del principio di legalità interpella il legislatore. Respingendo la pretesa di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* reso dalle Sezioni unite in un altro processo, la Corte costituzionale ha difeso la *sintassi giuridica dello stato di diritto*, quella che, nella Costituzione italiana, si esprime nella soggezione del giudice *soltanto alla legge* (art. 101 Cost.) e, con riguardo al diritto penale, in una versione del principio di legalità particolarmente stringente¹⁰ (principio di determinatezza e precisione).

2. L'ermeneutica e i fabbricanti di interpretazioni

2.1. I discorsi che parlano di creatività del giudice riguardano il problema dell'interpretazione. L'*interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*: è il titolo di un appassionato contributo di un giudice nel fascicolo di *Questione Giustizia*¹¹: «il giudice non è un mero linguista. Il predicato di normatività appartiene non al testo ma al suo significato: le norme non sono l'oggetto, ma piuttosto il prodotto dell'interpretazione»; sarebbe dunque «empiricamente falso che il giudice non crei diritto».

Paolo Grossi, grande storico del diritto e critico delle mitologie giuridiche della modernità, in un recente discorso ai giovani magistrati¹² ha parlato di *spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dal*

5. P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 83-105. Si tratta di una conferenza del gennaio 1940, rimasta a lungo inedita; pubblicata con interventi di G. Zagrebelsky, G. Rescigno, G. Alpa.

6. F. Schauer, *Le regole del gioco*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 166 e *passim*.

7. P. Rescigno, *op. cit.*, pp. 42-43.

8. F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968 (la prima edizione è del 1942).

9. In questa *Rivista* n. 4/2017 è richiamata citata da A. Giunti, *Giurisdizione e interpretazione in Cassazione*, p. 143. Fra i tanti commenti: V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*, in *Giur. Cost.* 2013, pp. 3474 ss.; da V. Napoleoni, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, n. 3-4, pp. 164 ss.; da A. Ruggeri, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la .Corte Edu*, Id. *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum, in *consultaonline*.

10. La sentenza della Corte costituzionale non contraddice la sentenza delle Sezioni unite 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi (in *Cass. Pen.* 2011, pp. 17 ss.) che poco prima aveva affermato la rilevanza del mutamento giurisprudenziale ai fini della riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto: una soluzione ragionevolmente argomentabile alla luce del diritto vigente, in un contesto che non è di *piena equiparazione* tra giurisprudenza e legge, bensì di possibile rilevanza del mutamento di giurisprudenza (*in bonam partem*) sotto uno specifico profilo garantista, alla luce dei principi dell'ordinamento.

11. A. Lamorgese, in questa *Rivista*, n. 4/2016, pp. 115 ss., www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_09.pdf.

12. Reperibile nel sito www.cortecostituzionale.it.

legislatore all'interprete: il testo non ha una realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo nell'interpretazione. Non fa proprio il linguaggio della creatività, «perché, nella mia visione, il diritto non lo crea a rigore, nemmeno il legislatore, tanto meno il giudice»: il diritto è considerato questione di *inventio*, un cercare per trovar qualcosa. Lo storico del diritto sottolinea «il nesso genetico fra società e diritto, la sua intima storicità»; guarda con simpatia a «ordinamenti alieni dal concepire il giuridico intrinsecamente vincolato al potere politico». Nell'assegnare un posto di rilievo agli interpreti, e segnatamente al giudice ordinario, specifica che «una diversa considerazione la si deve fare per il giudice penale», avendo in materia penale una peculiare rilevanza la riserva di legge.

Nel mondo dei giuristi italiani (anche dei penalisti) la moderna ermeneutica filosofica è entrata come «una sorta di *koiné* filosofica della cultura contemporanea»¹³; non metodo, ma «riflessione sulle condizioni non epistemologiche dell'epistemologia», «rifiuto di una logica contrappositiva e antagonistica tra progetti filosofici e affermazione di una logica di apertura, di dialogo, di mediazione»¹⁴.

«Quando parliamo di filosofia ermeneutica del diritto, ci riferiamo direttamente ad un'ermeneutica regionale in cui è l'oggetto stesso, o meglio la cosa stessa, a dettare le condizioni per la sua comprensione»¹⁵. La realtà fa resistenza al possibile arbitrio di interpretazioni che pretendano di negarla: anche con riguardo al diritto, è «fuori discussione che esistono fatti indipendentemente dall'interpretazione», e che vi sono interpretazioni sbagliate. Ma allora «c'è una verità e un'erroneità dell'interpretazione e nell'interpretazione»¹⁶. L'approccio ermeneutico non è una riduzione dei fatti a interpretazioni, ma un'impresa conoscitiva, nel senso che ha a che fare con la possibile verità nell'interpretazione.

Scandalo dell'ermeneutica, risveglio della coscienza ermeneutica, sono titoli di contributi critici che sostengono l'incompatibilità della prospettiva ermeneutica con la fede nelle moderne divinità protettive: il legislatore razionale, la riserva di legge, la rigida divisione di poteri, la granitica tassatività¹⁷. Come teorie relative alla comprensione o alla *inventio* del diritto, le teorie ermeneutiche fanno parte della nostra cultura. Non sono teorie sui poteri del giudice. I problemi ermeneutici si pongono negli stessi termini per qualsiasi interprete¹⁸, non solo per l'interprete "imparziale", sia esso un giudice o un giurista accademico, ma per l'intera comunità interpretante¹⁹.

Nomofilachia, la tradizionale definizione del compito del giudice supremo, sottende un'immagine della funzione di qualsiasi giudice: *custode, non creatore del nomos*.

2.2. Nell'Editoriale²⁰ Renato Rordorf ipotizza che diversità di opinioni e sensibilità possano dipendere «dal punto di osservazione nel quale ciascuno si colloca, a seconda che siano messe a fuoco problematiche proprie del diritto e del processo civile o di quello penale». Le riflessioni che qui propongo, pur riguardanti problemi più generali, hanno come sfondo profili specifici del penale.

Il diritto penale – secondo un approccio (o un linguaggio?) molto radicale – avrebbe la rilevante particolarità di non vivere fuori del processo; i testi di legge sarebbero mere proposte di comportamento, aspettative di norme²¹ la cui creazione sarà fatta dal giudice. L'idea che il diritto penale non viva fuori del processo azzerà il senso che il diritto penale ha nella vita quotidiana: regola di comportamento che può essere (e deve essere) conosciuta e rispettata. Il diritto che definiamo criminale guardando ai precetti, e penale guardando alle sanzioni, vive innanzi tutto nell'osservanza dei precetti, così come gli altri settori

13. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 82.

14. G. Zaccaria, *op. cit.*, p. VII.

15. F. Viola, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2015, n.1, p. 63.

16. G. Zaccaria, *Tre osservazioni su New Realism ed Ermeneutica*, in *Ragion pratica*, n. 43 Dicembre 2014, pp. 341 ss.

17. M. Vogliotti, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2015, p. 9.

18. V. Villa, *Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 2425; G. Giacobbe, *La giurisprudenza come fonte del diritto?*, in *Iustitia*, 2015, pp. 313 ss.

19. Evocata in questa *Rivista* n. 4/2016 da A. Giusti, *Giurisdizione e interpretazione in Cassazione* p. 141, www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_11.pdf.

20. In questa *Rivista* n. 4/2016, p. 3, www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_01.pdf.

21. M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. Pen. Web*, n. 1-2017, pp. 15, 29.

dell'ordinamento vivono nel dare forma ad attività e rapporti sociali.

È questa l'idea di legalità che ritroviamo nella storica sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988: dichiarazione di illegittimità parziale dell'art. 5 cod. pen., nella parte in cui escludeva la possibilità di invocare a scusa l'errore *inevitabile* sulla legge penale. In un contesto di *doveri reciproci*, «*lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato*». La riconoscibilità dell'illecito è condizione della soggettiva colpevolezza, «*secondo aspetto del principio di legalità*».

Nel processo penale i problemi (anche) di *interpretazione* vengono discussi da parti (accusa e difesa) portatrici di interessi consistenti e confliggenti; le loro interpretazioni hanno un fine “strategico”, orientato (con piena legittimità) ad un risultato pratico che corrisponda al meglio (nella situazione data) all'interesse della parte, ma nel discorso pubblico accampano pretese di validità obiettiva. Con le loro interpretazioni, le parti apportano materia e argomenti per la formazione del diritto giurisprudenziale.

Parte imparziale, viene tradizionalmente definito il pubblico ministero. Appartiene alla magistratura, ma non è giudice (se non in un cattivo linguaggio mediatico). È vincolato a obblighi legali (anche costituzionali: obbligo di esercitare l'azione penale) e ad una deontologia pubblicistica; la sua funzione è orientata al *law enforcement* penalistico. Di fatto, sono interpretazioni e iniziative delle Procure il punto d'avvio della formazione del diritto penale giurisprudenziale: interpretazioni e valori proposti da una funzione che rappresenta il polo “autoritario” della pretesa punitiva. Questo aspetto meriterebbe maggiore attenzione anche in sede teorica, nell'analisi del diritto giurisprudenziale e delle sue diverse voci.

E il difensore? Anche per l'avvocato è stata proposta la formula «*imparziale parzialità*»²². La difesa, funzione squisitamente di parte, ha bisogno di una obiettiva *intelligenza dei problemi*, di diritto e di fatto, e della possibilità e capacità di svolgere discorsi che possano trovare consenso e accoglienza da parte di decisori “imparziali”. Sui problemi di diritto il difensore partecipa alla fabbrica delle interpretazioni con pari legittimità e dignità del magistrato del pm.

Giuristi accademici possono ovviamente partecipare al dibattito con piena libertà, anche sostenendo tesi difformi dal *mainstream* giurisprudenziale.

Il rivestire toghe diverse – quella dell'accademico e quella del professionista forense – è un'esperienza che, a confronto con quella dell'accademico puro, può essere più ricca, più informata sugli sfondi pratici delle interpretazioni giuridiche, e può trarre proprio dalla maggiore attenzione agli interessi in gioco la materia di riflessioni rilevanti sul piano delle ragioni del diritto. Il professore avvocato ha la responsabilità di portare l'una e l'altra toga come richiedono le rispettive funzioni e le rispettive etiche. La difesa penale può essere una stimolante occasione d'impegno scientifico ed etico *dalla parte dell'individuo e delle sue libertà*.

2.3. La funzione del giudice imparziale, ha scritto Hannah Arendt²³, è uno fra gli «*importanti modi esistenziali di dire la verità*», accanto all'attività del filosofo, dello scienziato, dell'artista, dello storico, di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista. Queste attività hanno a che fare con il dispotismo e la *fastidiosa contingenza* di verità fattuali che per la politica rappresentano un limite indisponibile, «*al di là dell'accordo e del consenso*». L'impatto della giurisdizione sulla *polis* si manifesta nell'accertamento e nella qualificazione di fatti concreti.

La giurisdizione è *anche* esercizio di potere. Il giudice pronuncia decisioni la cui efficacia è indipendente dalla correttezza contenutistica. Sta qui la differenza fortissima rispetto agli altri modi di ricerca della verità: i problemi di fondo della giurisdizione hanno a che fare con il suo carattere, ad un tempo, di istituzione di garanzia e istituzione di potere. La *apoliticità* (neutralità politica) della magistratura, iscritta nei principi costituzionali, è un carattere essenziale della funzione, tanto più necessario quanto maggiore la politicità intrinseca (nel senso nobile del termine) del compito di imparziale attuazione della legge nel caso concreto.

Anche l'astratta “interpretazione di legge”, quando è operata da un giudice nel processo, si afferma come esercizio di potere. La giurisprudenza ha una responsabilità istituzionale non solo per le applicazioni nei casi singoli (nei quali dovrebbe “fare giustizia” resolvendo conflitti in conformità al diritto) ma anche per la complessiva tenuta della legalità (nomofilachia). Il *diritto giurisprudenziale*²⁴ è per la scienza giuridica un oggetto cruciale di studio e di riflessione.

2.4. Nel tempo lontano in cui sono stato magistrato (dal 1968 e negli anni '70) partecipai alla po-

22. M. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2002; Id., *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, in *Ragion pratica*, dicembre 2008, n. 31, pp. 48 ss.

23. H. Arendt, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004. Le citazioni che seguono sono da pp. 72, 47, 50.

24. G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale fra orientamenti e disorientamenti*, ESI, Napoli, 2008.

lemica contro la magistratura più tradizionalista, arroccata su versioni apparentemente ingenuie del mito dell'interpretazione letterale, usate a difesa del dominio interpretativo della Corte di cassazione e di indirizzi chiusi rispetto al *novum* costituzionale²⁵.

Un riferimento importante era ravvisato nel Congresso di Gardone della Associazione nazionale magistrati (settembre 1965): la relazione principale (di Giuseppe Maranini) aveva definito l'attività giurisdizionale come funzione di indirizzo politico costituzionale; la mozione conclusiva, approvata all'unanimità, parlava di potere-dovere del giudice di applicazione diretta della Costituzione, come fondamentale criterio di interpretazione, oltre che di invalidazione di norme incompatibili. L'emancipazione da tradizioni autoritarie e da conformismi burocratici è stata segnata anche da un'idea di giurisdizione che (con variazioni d'accento e di impostazione teorica) ha assunto il senso di rivendicazione di maggiori spazi in sede ermeneutica. Nella discussione degli anni '70, *uso alternativo del diritto* e *giurisprudenza alternativa* furono sia parole d'ordine²⁶ che bersaglio critico di indirizzi contrapposti²⁷.

Ben presto ho colto il rischio cui gli indirizzi innovatori erano esposti: capovolgere il mito illuminista del giudice bocca della legge in un modello ingenuamente o ideologicamente soggettivistico, o usare un linguaggio suscettibile di essere frainteso in tal senso. Nel 1977, nella prefazione a una raccolta di testi inerenti al confronto allora in atto entro la magistratura²⁸, ravvisavo una revisione di posizioni, fra cui il *superamento della centralità del problema dell'interpretazione quale nodo appariscente del conflitto fra giuristi progressisti e conservatori*. Con riguardo al dibattito interno di Magistratura democratica commentavo che «*anche posizioni tutte incentrate sul garantismo non sempre hanno colto che la base di questo è proprio nella oggettività del quadro di riferimento (normativo e valutativo) e del modo di porsi processuale del giudice*». Una giurisprudenza alter-

nativa a quella tradizionale non poteva accreditarsi come soggettivamente creativa, ma come ancorata ai principi della Costituzione piuttosto che a quelli dei codici fascisti.

Chi scriverà di storia della magistratura dei decenni della Repubblica si troverà dinanzi al problema di dipanare l'intreccio fra teorie espresse con linguaggio talora ingenuo, e la realtà degli indirizzi giurisprudenziali. La giurisprudenza penale ha rispecchiato la complessità e i problemi della nostra società. C'è un profilo liberale importante: partecipazione a battaglie culturali, valorizzazione del *novum* costituzionale sul piano dell'interpretazione sistematica, impulso alla giurisprudenza costituzionale con le questioni sollevate, che nella maggior parte sono *in bonam partem*. Si deve ad *input* provenienti dalla magistratura lo smantellamento, ad opera del giudice delle leggi, di aspetti inaccettabili della vecchia codificazione fascista e della recente legislazione securitaria.

Assai usato, nel mondo dei magistrati, il linguaggio del garantismo: suona gratificante, *politically correct*. È stato piegato anche a significati diversi dal garantismo liberale: garantismo inteso come tutela di interessi importanti, anche di nuova individuazione, mediante gli strumenti del penale. *Garantismo dinamico*, secondo una formula proposta negli anni '70 nel mondo dei magistrati (credo sia caduta nell'oblio). È il capitolo della cd. supplenza giudiziaria, dei pretori d'assalto. Sul finire degli anni '70 divenne d'attualità il tema delle questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*; che fu per me un oggetto di riflessione sul capovolgimento di senso della teoria del bene giuridico, da istanza liberale di delimitazione del penale a pretesa di tutela penale obbligatoria²⁹.

All'epoca dedicai una riflessione critica³⁰ verso l'uso del lessico del garantismo come bandiera ideologica sia per il polo liberale delle garanzie e dei limiti, sia per il polo contrapposto, quello "autoritario" dell'uso di poteri istituzionali per finalità di tutela. Sostenevo la preferibilità di un apparato concettuale più

25. Cfr. A. Iannuzzi, *Relazione al II congresso nazionale dell'Unione magistrati italiani*, Ravenna, settembre 1968 (l'Umi era l'associazione cui aderivano i magistrati usciti dalla Anm, fra cui la maggior parte dei magistrati di grado più elevato). La difesa dell'interpretazione letterale finisce per affidarsi «*all'intuito giuridico del magistrato, al suo equilibrio, al suo senso di responsabilità, alla sua capacità di resistere alla tentazione di ricercare la giustizia fuori della legge*»: Nell'indeterminatezza retorica di siffatti appelli traspare un sostanziale affidamento al controllo del giudice superiore e supremo: la teoria dell'interpretazione dei magistrati conservatori mi appariva oscillante «*dall'assoluto indeterminismo all'incontrollato autoritarismo gerarchico, necessario a imporre quella certezza che non si sa recuperare razionalmente*» (da un mio scritto contenuto in D. Pulitanò, *Giudice negli anni '70*, De Donato, Bari 1977, p. 50).

26. Poco felici: proporre alternative fa parte della normale dialettica, e nulla dice sui contenuti.

27. Posizioni fra loro diverse in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. Barcellona, Laterza, Roma-Bari, 1973.

28. D. Pulitanò, *op. ult. cit.*, pp. 31 ss.

29. D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983, pp. 484 ss.

30. D. Pulitanò, *Sui garantismi*, in *Democrazia e diritto*, 1980, pp. 677 ss.

articolato, adatto a cogliere i diversi punti di vista e le diverse esigenze sottese alla diverse facce del problema penale, «evitando appiattimenti unidimensionali di una problematica incentrata su elementi di polarità». Pur in un clima intriso di ideologia (che ritrovo anche, autocriticamente, in miei scritti degli anni '70) ponevo il problema della ambiguità della figura del pretore d'assalto, e delle aporie e pericoli di una "politicizzazione" della giustizia intesa soggettivamente.

Con riguardo ai problemi dell'interpretazione del diritto, per tutta la vita di studioso e di professionista (prima giudice, e poi avvocato) mi sono sentito partecipe di una difficile navigazione fra le sirene del soggettivismo e i gorgi di un positivismo acritico. Impegnato, di volta in volta, su un duplice fronte: contro vecchie versioni ingenuo o maliziose del mito dell'interpretazione letterale³¹, e contro moderne, ben intenzionate ideologie³².

3. Ermeneutiche del diritto e del fatto

3.1. Il cd. sillogismo giudiziario, l'ultimo tratto del percorso ermeneutico e probatorio³³, ha come premesse (problemi da risolvere "a monte") da un lato l'accertamento del fatto, e dall'altro lato la ricognizione del senso (*Sinn*) della norma della cui applicazione si discute³⁴. Il circolo o *spirale ermeneutica* parte dall'interpretazione della norma, «presupposto ontologico della sussunzione, la quale poi, una volta compiuta, rappresenta un nuovo risultato ermeneutico»³⁵.

Studiosi d'indirizzo ermeneutico hanno scritto che *il diritto non è conoscibile se non attraverso il fatto*³⁶, e che *ogni nuovo caso aggiunge qualcosa alla comprensione della relativa norma*³⁷. Sono affermazioni scandalose per il penalista³⁸? No, se intese non come generalizzazioni valide in ogni caso, ma come indicazioni di una strada possibile per arrivare a interpretazioni normative. Casi nuovi (concreti o immaginati come casi di scuola) possono essere (non sempre!) occasione per ripensare (confermare o modificare) interpretazioni normative, per chiarire il senso di elementi di fattispecie. Le interpretazioni del diritto tengono conto di sussunzioni già avvenute (affermate o rifiutate). Le questioni controverse rientrano in un campo costruito da interpretazioni consolidate.

Può considerarsi acquisita la distinzione fra disposizione (il testo da interpretare) e norma (il testo interpretato). Nel mondo penalistico è un tema ricorrente negli scritti di Massimo Donini). Tra il testo e la norma c'è il lavoro ermeneutico.

Sui criteri d'interpretazione vi è forse un accordo maggiore che sulle applicazioni. Priorità dell'interpretazione letterale, con la consapevolezza che un problema esegetico serio non può essere risolto con la lettura di un dizionario, e che *l'interpretazione della legge è sempre interpretazione sistematica*. A un livello più generale di quello dell'interpretazione giuridica, è stato ribadito – contro ogni deriva soggettivistica – che «bisogna iniziare ogni discorso sulla libertà di interpretazione da una difesa del senso letterale»³⁹. Può essere difficile (talora impossibile)

31. Cfr. A. Iannuzzi, *Relazione al II congresso nazionale dell'Unione magistrati italiani*, Ravenna, settembre 1968 (l'Umi era l'associazione cui aderivano i magistrati usciti dalla Anm, fra cui la maggior parte dei magistrati di grado più elevato). La difesa dell'interpretazione letterale finisce per affidarsi «all' intuito giuridico del magistrato, al suo equilibrio, al suo senso di responsabilità, alla sua capacità di resistere alla tentazione di ricercare la giustizia fuori della legge»: Nell'indeterminatezza retorica di siffatti appelli traspare un sostanziale affidamento al controllo del giudice superiore e supremo: la teoria dell'interpretazione dei magistrati conservatori appare oscillante «dall'assoluto indeterminismo all'incontrollato autoritarismo gerarchico, necessario a imporre quella certezza che non si sa recuperare razionalmente» (da un mio scritto contenuto in D. Pulitanò, *Giudice negli anni '70*, Bari 1977, p. 50).

32. Ideologie che talvolta hanno «legalità penale nella bocca, governo dei giudici nel cuore»: O. Di Giovine, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 296.

33. M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziario?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, p. 172.

34. Alla distinzione fra *Sinn* e *Bedeutung*, o fra analoghe coppie concettuali, nella dottrina penalistica fa più volte riferimento O. Di Giovine, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 113. In argomento cfr. V. Villa, *Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in *Cass. pen.* 2005, p. 2432.

35. K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970 (con presentazione di A. Baratta).

36. O. Di Giovine, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 124.

37. M. Vogliotti, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2015, p. 90.

38. Come opina M. Vogliotti, *loc. cit.*

39. U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano 1990, p. 26.

dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma è possibile escludere interpretazioni sicuramente sbagliate. Come strumento di comunicazione, il linguaggio “funziona” nei modi che sperimentiamo ogni giorno, nella vita quotidiana, nella attività scientifica, e anche nelle aule di giustizia.

Criteri fondamentali d'interpretazione sistematica, nel nostro ordinamento, sono i principi costituzionali. Detto nel linguaggio dell'ermeneutica, *l'orizzonte generale dei valori-guida espressi nella Costituzione non può non divenire la precomprensione dell'interprete del diritto positivo* nell'accostarsi ai testi normativi⁴⁰. D'altro canto, il procedimento ordinario di interpretazione ha *priorità logica* rispetto a eventuali questioni di legittimità costituzionale⁴¹. L'interpretazione conforme si inquadra nel tradizionale canone dell'interpretazione sistematica⁴², e deve in concreto legittimarsi come tale. Là dove l'interpretazione conforme non sia possibile – o il diritto vivente non la accolga – si apre il campo delle questioni di legittimità costituzionale.

È interpretazione (*inventio*, ritrovamento di un diritto non creato dall'interprete) anche la concretizzazione di clausole generali: un problema non estraneo nemmeno al mondo del diritto penale (si pensi alle definizioni di istituti di parte generale, e a fattispecie costruite su elementi “normativi”⁴³). Le applicazioni debbono potersi giustificare come fondate su principi di diritto. In questi termini possono essere difese sentenze che pure sono state colte come novità epocali, sia civili (la Cassazione sul caso Englaro) sia penali (il gup di Roma sul caso Welby): novità nelle applicazioni, coerenza con principi già affermati. Provvedimenti propriamente “creativi” vanno cassati dal giudice di legittimità (o eventualmente dalla Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni⁴⁴).

Nella fabbrica processuale delle interpretazioni ed applicazioni del diritto penale, i problemi più delicati riguardano i confini degli istituti, questioni dalla

cui soluzione dipende la vittoria dell'accusa o della difesa (quanto meno su qualche punto specifico). La custodia del *nomos*, affidata al giudice di legittimità, è essenzialmente *custodia di confini* stabiliti dalla legge, relativi sia ai modi del procedere che ai criteri giuridici del decidere. Confini che tagliano il *continuum* di situazioni che la realtà presenta. I confini della responsabilità si giocano sui *requisiti minimi* di istituti quali il tentativo, il concorso nel reato, il dolo, la colpa, o di fattispecie di parte speciale. Nelle più significative divergenze d'interpretazione sono leggibili *precomprensioni* divergenti sugli stessi principi costituzionali, e su funzioni e limiti del diritto penale. Hanno a che fare con la tensione di fondo del problema penale: garantismo liberale *versus* finalità di tutela “autoritaria”.

3.2. Le decisioni dei casi concreti dipendono da un'ermeneutica che non è solo della norma (della fattispecie) ma anche ermeneutica del fatto, di suoi profili culturali e valutativi. Nelle usuali fotografie del diritto giurisprudenziale, la dimensione fattuale socioculturale appare assorbita nella qualificazione giuridica: nella conclusione (per es.) che una vignetta satirica sia o non sia un'offesa illecita. La sussunzione presuppone, da un lato, un'ermeneutica del diritto: a quali elementi o valori socioculturali la norma fa riferimento? Dall'altro lato, un'ermeneutica del fatto, alla stregua dei valori socioculturali di riferimento. Su questo tema furono avviate negli anni '60, in un clima culturale che metteva in discussione la cultura giuridica tradizionale, indagini sui valori socioculturali nella giurisprudenza⁴⁵.

Ciò che *fa problema* è il *retroterra culturale delle ermeneutiche sia del fatto che del diritto*. Il giudizio ha sempre bisogno di un sapere sul mondo, necessario alla stessa comprensione del diritto, oltre che all'accertamento e all'ermeneutica del fatto. Al livello minimo sono in gioco la competenza linguistica, il sa-

40. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 98.

41. «La identificazione della norma è il prius per giudicare se vi sia o meno conformità a Costituzione e tale identificazione non può essere fatta che per mezzo della interpretazione del testo normativo»: G. Azzariti, *Discorso nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte*, in *Giur. Cost.* 1957, pp. 878 ss. (citato da R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di G. Floridia*, Napoli 2009, p. 681). La priorità del procedimento ordinario di interpretazione è stata espressamente affermata dalla Corte costituzionale fin dalla prima sentenza relativa a un problema di determinatezza di una norma penale (n. 27 del 1961).

42. R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n.1/2015.

43. Un recente riesame: D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”: il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *La legislazione penale on line*, 5.6.2017.

44. Corte cost. n. 150 del 1981, n. 70 del 1985.

45. Anche il sottoscritto ne è stato coinvolto: cfr. AA.VV., *Valori socioculturali della giurisprudenza*, Laterza, Bari 1970.

pere di base in essa incorporato, una cultura giuridica che richiede *humanarum rerum notitia*. Per l'accertamento di fatti materiali è necessario un sapere fattuale, talora scientifico, talora di semplice esperienza comune. Nella prova del fatto è in gioco l'universalità dell'epistemologia e del sapere *wertfrei* su come è fatto il mondo⁴⁶. Nell'ermeneutica del fatto (e anche del diritto) è in gioco una saggezza (*fronesis*) anche assiologica, relativa a valori.

C'è una *saggezza comune dell'umanità*⁴⁷ sulla quale poter fare affidamento? Forse c'è più di quanto pensino gli scettici, molto meno di quanto pensino gli ottimisti. Nel processo è importante che tutto ciò che una parte afferma possa essere messo in discussione, ed eventualmente diventare oggetto di verifica probatoria. Anche la ragionevolezza assiologica va ricercata in una dimensione intersoggettiva. Il principio di legalità esclude riduzioni soggettivistiche.

Il giurista, ha scritto un grande penalista e filosofo del diritto, «*se vuole dare validità all'idea del diritto, deve prestare ascolto alla voce dello spirito oggettivo ... deve sentirsi, senza puntiglio personale, come un servitore delle concezioni etiche e sociali dominanti; non può voler essere né reazionario né rivoluzionario*»⁴⁸. Più di recente, in uno studio intitolato alla politica della legalità, un filosofo italiano ha scritto che fra gli *impegni* che dovrebbero guidare il lavoro del giurista c'è il distanziamento ideologico che eviti l'*irriflessa* riproposizione di propri valori personali: c'è bisogno di «*un'area di cecità istituzionale dove le varie identità politiche, religiose, etniche ecc. non abbiano alcun peso come fattori discriminanti*»⁴⁹. Con accentuazioni diverse, e forse sviluppi non coincidenti, viene postulata una tensione all'obiettività.

4. Ripulsa del giudice di scopo e scopi del *law enforcement*

In una riflessione sul rapporto giudice-legge merita considerazione la recente ordinanza n. 24/2017

della Corte costituzionale, che dialogando con la Corte Ue (vicenda Taricco) ha espresso una ferma ripulsa dell'idea di un giudice di scopo⁵⁰, collegando ad essa la premonizione dell'eventuale controlimiti: «*non è possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento*» (§5). Questo profilo è ricollegato ai principi della legalità penalistica: «*l'attività del giudice ... deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i Tribunali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente definito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire*» (§9).

Al di là dei problemi specifici del dialogo con i giudici di Lussemburgo, le parole della Corte costituzionale vanno raccolte come un messaggio di portata generale, sulla legalità penalistica e sul rapporto giudice/legge. È un messaggio lanciato a tutti: al legislatore italiano, ai giudici italiani, alla dottrina. E anche dalla Corte a se stessa.

La ripulsa del giudice di scopo riguarda la tenuta delle garanzie di legalità, dentro un sistema della cui razionalità è parte essenziale lo *Zweckgedanke*⁵¹, la complessa teleologia del diritto criminale/penale e dei meccanismi del *law enforcement*. L'*applicazione della legge punitiva* concorre a definire, insieme alla qualità delle garanzie liberali, il contributo della giurisdizione penale alla complessiva tenuta della legalità e alla tutela degli interessi legalmente protetti. Questa proiezione finalistica è radice strutturale di aspetti della giustizia penale sui quali ho da tempo proposto, come chiave di lettura, l'idea di *autoritari-*

46. Tra le più famose sentenze della Cassazione penale stanno sentenze epocali (Franzese: Cass. sez. un. 12 luglio 2002) e Cozzini (Cass., sez. 4°, 17.9.2010, n. 43786) che collegano la riaffermazione di un principio di diritto (il paradigma causale nei delitti d'evento) e criteri di razionalità del giudizio di fatto.

47. F. Schauer, *Thinking like a lawyer. A new Introduction to Legal reasoning*, 2009. In traduzione italiana: *Il ragionamento giuridico*, Carocci, Roma, 2016. Citazione da pp. 263 ss.

48. K. Engisch, *Introduzione*, cit., p. 319.

49. C. Luzzati, *La politica della legalità*, Il Mulino, Milano, 2005, p. 94.

50. È un punto ben evidenziato da C. Sotis, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 aprile 2017, www.penalecontemporaneo.it/d/5317-tra-antigone-e-creonte-io-sto-con-porzia.

51. V. Liszt, *L'idea dello scopo nel diritto penale*, traduz. italiana Milano, 1962.

smo ben intenzionato⁵². È un'ipotesi da sottoporre ad articolata verifica, relativa, da un lato, alle concezioni (precomprensioni?) relative a diritto e giustizia – anche ai principi costituzionali – che reggono l'attività giudiziaria, dall'altro lato ai prodotti di tale attività.

L'idea di un operare *ben intenzionato* – distaccandosi da letture che pongono in primo piano aspetti di impropria politicizzazione – legge nelle tendenze espansive e rigoriste presenti nella giurisprudenza la moralità di intenti di responsabilizzazione, quelli che nel lessico degli anni '70 erano definiti garantismo dinamico. La valutazione di *autoritarismo* intende essere, ad un tempo, descrittiva e critica, non sulle motivazioni soggettive ma su taluni aspetti del diritto giurisprudenziale.

Nei primi tempi della Repubblica la critica era rivolta alla legislazione penale fascista e a indirizzi della "vecchia" magistratura. Con il mutare delle norme e/o delle culture di riferimento, il problema "autoritarismo" si ripropone in relazione a nuove esigenze di tutela e a nuove sensibilità (forse possiamo dire: nuove suggestioni *politically correct*). Tendenze espansive e rigoriste nella giurisprudenza possono essere lette come un farsi carico di esigenze di responsabilizzazione, da punti di vista etico-sociali che vengono assunti (con maggiore o minore consapevolezza, con maggiore o minore correttezza) come criteri di interpretazione teleologica, orientati alla tutela penale del bene giuridico.

Problemi particolarmente delicati sono collegati a istituti che non sono di giustizia nel senso in cui è tale l'accertamento di reati e la conseguente applicazione di pena. Penso a misure cautelari, o di sicurezza, o di prevenzione: istituti che mettono sotto tensione l'idea di un giudice non "di scopo"⁵³.

Lo slittamento dalla legalità verso i poteri del giudice è più vistoso e meno controllabile là dove è lasciato spazio alla discrezionalità giudiziale. Mentre per i presupposti della responsabilità penale richiediamo (in teoria) determinatezza e precisione, con riguardo alle risposte al reato accettiamo come necessario un mix di legalità e di discrezionalità. Ci siamo assuefat-

ti all'*enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio*⁵⁴. La dilatazione di spazi di discrezionalità, l'evanescente genericità dei criteri, la conformazione concreta di certi istituti pongono seri problemi di legalità della pena (oltre che di ragionevolezza del sistema sanzionatorio vigente).

Nel campo di tensione fra i poli opposti di un sistema che di scopi ne ha molti, la ripulsa del giudice di scopo significa emancipazione del giudizio su casi singoli dagli scopi di politica criminale cui pure il sistema nel suo insieme dovrebbe servire.

5. Ripensare i principi? Custodia della legalità e diritti delle parti

«*Messi alla prova dei fatti ... i principi di origine illuministico – liberale ... esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati*»: è una sollecitazione di studiosi di orientamento ermeneutico⁵⁵. Riflettere criticamente sul nostro lavoro di giuristi, teorici e pratici, fa parte del nostro lavoro. Se ripensare i principi significa pensare a eventuali modifiche, la mia valutazione – discutibile come qualsiasi valutazione di politica del diritto – è che gli apporti conoscitivi dell'ermeneutica sono argomenti *a favore* di una ferma difesa della riserva di legge penale e del vincolo di soggezione alla legge, per quello che tale vincolo possa realisticamente significare⁵⁶.

Di fronte al *topos* dell'*interpretazione creativa*, sento l'esigenza di dipanare il profilo lessicale dalla sostanza (per inciso: è un'esigenza che riguarda l'insieme del linguaggio della cd. dogmatica giuridica). Escluso che vi sia una differenza di tipo qualitativo fra interpretazione giudiziale e interpretazione dottrinale, la questione se l'attività interpretativa abbia aspetti di creatività riguarda allo stesso modo entrambi i tipi di attività⁵⁷. La differenza è di potere decisionale, non di competenza ermeneutica.

Sul linguaggio faccio mio un consiglio che ritrovo nel fascicolo di *Questione Giustizia*: usare «accortez-

52. Ho usato questa formula per la prima volta in D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, pp. 93 ss.

53. Per approfondimenti rinvio al fascicolo, di prossima pubblicazione della *Riv.it. dir. proc. pen.* dedicato alle misure di prevenzione.

54. Una riflessione su questo tema è stata rilanciata, con riferimento a un istituto specifico, da F. Basile, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv.it. dir. proc. Pen.*, 2015, pp. 1743 ss.

55. In questi termini M. Vogliotti. *op. cit.*, riprende un'impostazione di G. Zaccaria, *op. cit.*, pp. 11 ss.

56. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, n. 3/2016, pp. 13 ss., parla di «salvare la giurisprudenza-fonte dal suo successo, che pure riempie il vuoto della crisi del potere legislativo, ma rappresenta un problema costituzionale».

57. V. Villa, *op. cit.*, p. 2425.

za critica rispetto a visioni ap problematiche della creatività giurisprudenziale»⁵⁸. Il lessico della creatività è esposto al duplice rischio di torsione soggettivistica e di fraintendimento; entrambi nella duplice versione della buona o della mala fede. Il lessico della *inventio* (ricerca e ritrovamento) ha il pregio di evocare un'attività e un oggetto di conoscenza.

La soggezione del giudice *soltanto alla legge* (art. 101 Cost.) nella lettura di Grossi intende salvaguardare l'autonomia e indipendenza del giudice. Nella lettura di Ferrajoli «*il modello illuminista del giudice bocca della legge e del giudizio come accertamento fornisce ancor oggi la prima e principale fonte di legittimazione del potere giudiziario*»: un modello ideale e regolativo⁵⁹.

Sul piano del dover essere del diritto, la rilevazione di scarti rispetto alla certezza della legge è rilevazione di un problema; nel diritto penale sostanziale non può essere riconoscimento di un potere di integrazione normativa, nemmeno interstiziale. Il dover essere della legalità penalistica può essere frustrato sia da difetti (indeterminatezza, oscurità) nelle premesse legislative, sia da difetti della giurisprudenza. I *deficit* di legalità, di cui oggi soffriamo, chiamano in causa responsabilità di tutti gli attori istituzionali.

Per la parte del processo, che sostiene un'accusa o si difende davanti al suo giudice, il vincolo alla legge è un punto di forza: consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili* (potrebbero anche essere francamente sbagliati). Fonda il diritto della parte a una risposta del suo giudice, su tutti i punti di fatto e di diritto in cui si articola l'accusa o la difesa; una risposta che, in diritto, tenga conto delle ragioni introdotte; soprattutto se si tratta di ragioni nuove, nelle conclusioni o negli argomenti.

Proprio nei casi di maggiore delicatezza, in cui l'interpretazione ha a che fare con questioni pregne di valori, e/o con la tenuta garantista della legalità pe-

nale, è più forte l'esigenza di un confronto dispiegato sulla legalità sostanziale, fino a rimettere in discussione la custodia del *nomos*, in nome di una migliore ermeneutica del *nomos*.

L'importanza fondamentale della critica, dell'argomentazione, di un *dare ragioni* in un contesto aperto, vincolato alla legge e non a precedenti fabbricati altrove, è un'esigenza comune a tutti i fabbricanti di interpretazioni: allo studioso, alla parte nel processo, e anche al singolo giudice.

Per *qualunque giudice* intenda disattendere un indirizzo già affermato, la Corte costituzionale (nella citata sentenza n. 230/2012) ha additato la strada: un *onere di adeguata motivazione*. È anche un onere per le parti che chiedano una revisione di indirizzi giurisprudenziali. L'adempimento dell'onere dà *diritto ad una adeguata risposta*, non appiattita sulla autoritaria riaffermazione di un indirizzo sottoposto a critica con argomenti nuovi. Un ipotetico vincolo *rigido* al precedente – negato dalla Corte costituzionale – mi parrebbe di dubbia compatibilità non solo con l'art. 101 Cost., ma anche con la sostanza del diritto di difesa.

La dottrina giuridica, libera da preoccupazioni strategiche, potrebbe (dovrebbe?) trovare un campo importante d'interesse intellettuale ed etico, appunto nell'esame dei punti più critici e controversi. L'orizzonte degli studiosi può estendersi a tutti i campi d'interesse per il problema penale. È l'orizzonte della libertà di ricerca, il compito (*Beruf*, professione e vocazione) della produzione di cultura: che è non solo scienza weberianamente *wertfrei* (avalutativa, indipendente da premesse di valore), ma anche *riflessione sui valori*, guidata da *interessi di valore*. Sta qui la specifica dignità e responsabilità della dottrina, anche di fronte alla giurisprudenza e al cosiddetto diritto giurisprudenziale. Di fronte ad *ogni* esercizio di potere c'è un'esigenza di controllo, che, se non può essere affidato ad un potere formale, è comunque affidato all'uso della libertà di pensiero e di parola.

58. G. Preterossi, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in questa Rivista, n. 4/2016, p. 77, www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_06.pdf.

59. L. Ferrajoli, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 21-22.

Gli autori

Rocco Alessio Albanese, assegnista di ricerca, Università di Torino

Antonello Ciervo, avvocato cassazionista, docente a contratto di Diritto costituzionale

Elisa Contu, assegnista di ricerca, Università di Venezia

Carlo De Chiara, consigliere della Corte di cassazione

Riccardo De Vito, magistrato sorveglianza Sassari

Elena Falletti, ricercatore di diritto privato comparato, Scuola di diritto,
Università Carlo Cattaneo-LIUC, Castellanza

Elena Granaglia, professore ordinario di Scienza delle finanze, Università di Roma Tre

Paolo Guerrieri, senatore, professore ordinario di Economia politica, Università di Roma La Sapienza

Franco Ippolito, presidente di sezione della Corte di cassazione

Maria Rosaria Marella, ordinario di diritto privato, Università di Perugia

Luigi Marini, magistrato, *legal adviser* alla Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni Unite

Ugo Mattei, professore di diritto internazionale comparato all'Hastings College of the Law,
Università della California, San Francisco; professore ordinario diritto privato, Università di Torino

Tomaso Montanari, professore ordinario di Storia dell'arte moderna, Università di Napoli Federico II

Domenico Pulitanò, professore emerito di diritto penale, Università di Milano Bicocca

Alessandra Quarta, assegnista di ricerca in diritto civile, Università di Torino

Roberto Rivero, consigliere della Corte di cassazione

Renato Rordorf, presidente aggiunto della Corte di cassazione, direttore Questione Giustizia

Nello Rossi, avvocato generale presso la Corte di cassazione

Rita Sanlorenzo, sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione

Nadia Urbinati, professore di Teoria politica, Columbia University, NY; presidente di Libertà e Giustizia

Ermanno Vitale, professore ordinario di Filosofia politica e di Etica dello sviluppo,
Università della Valle d'Aosta