GIUGNO 2022

XXII. 2022/1

diritto & questioni pubbliche

POTERE COSTITUENTE

XXII. 2022/1

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XXII, 2022 / 1 (giugno)
RIVISTA DI FILOSOFIA DEL DIRITTO E CULTURA GIURIDICA

COMITATO EDITORIALE
Direzione
Giorgio Maniaci (Università di Palermo), Giorgio Pino (Università Roma Tre), Aldo Schiavello (Università di Palermo)

Redazione
Marco Brigaglia, Matija Žgur (coordinamento), Maria Giulia Bernardini, Giulia Borgna, Gaetano Carlizzi, Arianna Colonna, Miguel Fernández Núñez, Maria Ferrara, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajeva, Michele Ubertone, Adriano Zambon

COMITATO SCIENTIFICO
Manuel Atienza (Universidad de Alicante) – Mauro Barberis (Università di Trieste) – Juan Carlos Bayon (Universidad Autónoma de Madrid) – Roberto Bin (Università di Ferrara) – Bruno Celano † (Università di Palermo) – Pierluigi Chiassoni (Università di Genova) – Paolo Comanducci (Università di Genova) – Pasquale De Sena (Università di Palermo) – Enrico Diciotti (Università di Siena) – Jordi Ferrer (Universitat de Girona) – Riccardo Guastini (Università di Genova) – Mario Jori (Università di Milano) – Claudio Luzzati (Università di Milano) – Pierpaolo Marrone (Università di Trieste) – Tecla Mazzarese (Università di Brescia) – Claudio Michelon (University of Edinburgh) – José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Pablo Navarro (Universidad de Córdoba) – Luca Nivarra (Università di Palermo) – François Ost (Université Saint-Louis, Bruxelles) – Gianluigi Palombella (Scuola Superiore S. Anna, Pisa) – Roberto Pardolesi (Luiss, Roma) – Baldassare Pastore (Università di Ferrara) – José Luis Pérez Triviño (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Anna Pintore (Università diCagliari) – Luis Prieto Sanchís (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo) – Cristina Redondo (Università di Genova) – Michel Rosenfeld (Cardozo School of Law, New York) – Giovanni Sartor (Università di Bologna e European University Institute, Firenze) – Marc Van Hoecke (Universiteit Gent) – Josep Maria Vilajosana (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Vittorio Villa (Università di Palermo) – Francesco Viola (Università di Palermo) – Giuseppe Zaccaria (Università di Padova) – Gianfrancesco Zanetti (Università di Modena-Reggio Emilia)

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoequestionipubbliche.it

ISSN 1825-0173

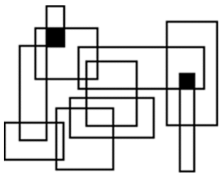
Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

POTERE COSTITUENTE



Diritto & Questioni Pubbliche
XXII 2022 /1 (giugno)

MONOGRAFICA

Potere costituente

a cura di MARCO GOLDONI e GIORGIO PINO

VERSO LA COSTITUENTE: IL PENSIERO DI MORTATI NELLA LETTURA DI UNO STORICO

ITALO **BIROCCHI**

&dq

Verso la Costituente: il pensiero di Mortati nella lettura di uno storico

Towards the Constitutional Assembly: a Historian's Reading of Mortati's Thought

ITALO BIROCCHI

"Sapienza" Università di Roma.
E-mail: italo.birocchi@uniroma1.it

ABSTRACT

Premesse alcune considerazioni sull'opera iniziale di Mortati (1931-1940), il saggio analizza le sue posizioni sul potere costituente nell'arco temporale compreso tra il 1943 e il 1945. Contro le tesi "continuiste", Mortati ritiene che il fascismo abbia dato vita a una duplice rottura istituzionale, al momento del suo avvento (1922) e alla sua caduta (1943-45) e che l'Assemblea Costituente debba essere il centro del processo di transizione verso la democrazia.

Beginning with some considerations on Mortati's early work (1931-1940), the paper assesses his stands on the constituent power within the stretch of time between 1943 and 1945. As against the "continuity" thesis, Mortati believed that fascism gave rise to a double institutional disruption: the first one at its arrival (1922), and the second one at its demise (1943-45). He also believed that the Constitutional Assembly should be the centerpiece of the political process transitioning towards democracy.

KEYWORDS

Potere costituente (composizione, funzioni); transizione; fascismo

Constituent power (composition, functions); transition; fascism

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Verso la Costituente: il pensiero di Mortati nella lettura di uno storico

ITALO BIROCCHI

1. *Senza il senno di poi: l'interesse dello storico per la riflessione di Mortati sulla Costituente* – 2. *Guardando al primo Mortati* – 3. *Nel difficile passaggio tra il 1943 e il 1945* – 4. *Il potere costituente: presa sul serio, la discontinuità si raddoppia (lo Statuto stracciato dal fascismo)* – 5. *La Costituente come centro del processo di transizione: i nodi del governo provvisorio e dei partiti* – 6. *Concludendo.*

1. *Senza il senno di poi: l'interesse dello storico per la riflessione di Mortati sulla Costituente*

Nell'accostamento al pensiero dei giuristi dell'età contemporanea è diffuso l'abito di comprenderlo alla luce di quel che avvenne *dopo*, forse per sfruttare il privilegio dell'interprete di mettere a frutto la conoscenza degli avvenimenti successivi o forse per una tendenza storicista, più o meno consapevole. È una metodologia frequente tra i giuristi positivi – non è però raro che essa sia fatta propria anche dallo storico – ed è pienamente legittima, essendo libera l'angolazione da cui osservare l'oggetto della ricerca, a patto, tuttavia, di essere consapevoli della sua più usuale conseguenza: una sorta di precomprensione unilaterale (il cosiddetto senno di poi) che rischia di collocare non appropriatamente le cose del passato.

Un tale pericolo grava sugli studi riguardanti Mortati[1]; gioca in questo senso la meritata fama derivante dall'appartenenza alla ristretta cerchia di quanti furono tra i padri della Costituzione e però anche tra i suoi più autorevoli commentatori, che induce a leggere i lavori precedenti come prodromi del suo pensiero successivo. Il fatto è, però, che l'attività del giurista calabrese comprende due periodi evidentemente discontinui tra loro, caratterizzati dalla dittatura e, rispettivamente, dalla democrazia. E poiché il pensiero costituzionale di Mortati, anche quando svolto sul piano prettamente teoretico, deve la sua fertilità alla messa in discussione del rapporto di separatezza tra diritto e politica – tra i pochi allora a lavorare su questo punto cruciale[2] –, appare plausibile ipotizzare che la discontinuità tra regime a partito unico e ordine democratico-pluralista abbia inciso sulle sue costruzioni, da sempre qualificate come "realiste".

In sostanza, se il tema da studiare riguarda il pensiero di Mortati sulla Costituente, il problema storico appare quello di vedere il rapporto intercorrente tra l'opera-principe da lui pubblicata nel 1945 e i lavori editi prima della caduta del fascismo[3]; si tratta allora di analizzare come egli abbia vissuto la fase di transizione ordinamentale – uso il termine in senso specifico, per alludere alla situazione giuridico-istituzionale avviata con la caduta del fascismo (25 luglio 1943) e culminata con la promulgazione della Costituzione – al cui centro, per la prima volta in Italia, si poneva *la decisione costituente*[4]. È lui stesso ad invitarci a un tale problema, posto che considerò i

[1] Fra quanti si sono sottratti a questo pericolo spiccano gli innumerevoli saggi di Fulco Lanchester e di Ugo de Siervo: v. in particolare il fondamentale studio di LANCHESTER 1994a sulla formazione e i primi lavori di Mortati, e quello di DE SIERVO 2017, con importanti notazioni di metodo (spec. 215-219 e 248 nt. 90). In un altro lavoro dedicato pure alla Costituente quest'ultimo autore ha criticato i giudizi formulati col senno di poi (DE SIERVO 1980, 579 s.). Nella letteratura su Mortati si distingue, utilissima anche per lo storico, la monografia di BRIGAGLIA 2006, che decostruisce l'opera complessiva del giurista per ricomporla sotto l'angolazione della teoria del diritto: un lavoro solo apparentemente lontano dalla storia, che in realtà si confronta con la storia vissuta grazie alla sensibilità critica dell'autore (56 e spec. 255 ss.).

[2] FIORAVANTI 2019, VIII nt. 3.

[3] È il problema esattamente posto da LANCHESTER 2017, 19 e v. già prima LANCHESTER 1989, 90.

[4] È l'arco temporale che riguarda essenzialmente anche la *giustizia di transizione* (FORNASARI 2013 e ID., 2015).

fatti del 25 luglio come un colpo di Stato segnante una cesura ordinamentale[5].

Qui dunque si rifletterà sul Mortati attivo *in vista della* Costituente, non *alla* Costituente. La questione da indagare si può formulare così: come si rifletté una tale frattura nel pensiero costituzionale del giurista calabrese? Ovvero: ci fu in esso continuità o discontinuità? La domanda è semplice, la risposta, invece, sembra tutt'altro che piana. Più in generale l'opera sulla *Costituente* offre la possibilità di riscontrare come le elaborazioni giuridiche siano legate agli avvenimenti storici e, viceversa, come esse tentino di indirizzarli.

2. *Guardando al primo Mortati*

Nella nuova situazione degli anni Trenta, nel campo teorico pubblicistico si diffusero le tendenze antiformalistiche dei *novatores*, spesso attratti dalle elaborazioni degli omologhi tedeschi della decade precedente (Smend, Schmitt) e ormai emancipati dall'uso, frequente in tempi passati, delle categorie privatistiche ed anzi addirittura donatori di paradigmi propri ai cultori delle scienze civilistiche[6]. Vi si annoverano i giuristi di regime spesso concentrati in alcuni ambienti considerati fucina di quadri e pensatoi per la costruzione delle istituzioni fasciste; ma le teorie *realiste* attraevano anche personalità convinte che i rapporti socio-economici dovessero tradursi in strutture giuridiche di nuovo conio[7].

Su questo terreno crebbe la vocazione accademica di Mortati, giunta molto tardi, dopo la terza laurea (in Scienze politiche, nel laboratorio romano dei Rossi, Maraviglia, Panunzio) e mentre ancora operava come funzionario presso la Corte dei conti[8]: e fu il percorso che alla fine dei Trenta portò alla teoria della costituzione in senso materiale, tentativo originale che si districava tra l'ortodossia dei novatori entro lo Stato totalitario (ruolo del partito unico; la politica come direttrice del diritto; il regime) e la ricerca di una via nuova (la costituzione come funzione dello Stato e fondamento dell'ordine positivo).

Non sembra una pura coincidenza che il libro d'esordio del giurista calabrese (1931) venisse immediatamente recensito da Jemolo[9]. Esso era dedicato al Governo quale organo di una funzione nuova – una quarta, oltre alle tre tradizionali – che appariva importante come caratteristica dello *Stato moderno* (così nell'espressione di Mortati) e specificamente dell'ordinamento italiano vigente[10]: quella di direzione politica, situata in posizione di supremazia rispetto agli altri organi, che pure, secondo la lettura mortatiana, godevano di una sfera di autonomia nello svol-

[5] MORTATI 1945a, 137.

[6] Lo ha notato GROSSI 1999, 1036 nt. 148, in uno scritto pionieristico; l'osservazione è stata ampiamente confermata dagli studi successivi.

[7] GIANNINI 1990, 8, ha osservato che il carattere fondamentale accomunante inizialmente gli esponenti della nuova giuspubblicistica italiana era la critica verso l'astrattismo dei maestri.

[8] Per la formazione di Mortati è d'obbligo il rinvio a LANCHESTER 1994a, 49-92. Impropriamente per gli anni Trenta in letteratura si parla del "giovane" Mortati, inserito tra la leva di giuristi, quali Chiarelli o Crisafulli, che avevano rispettivamente una dozzina o addirittura quasi una ventina d'anni in meno (mentre Mortati, vicino ai quarant'anni, conseguiva la terza laurea alla Sapienza, Crisafulli, allora giovanissima matricola, cominciava la sua formazione a Giurisprudenza: documento impressionante della carica ideologica dell'insegnamento di quegli anni sono i resoconti delle esercitazioni tenute in seno ai corsi della cattedra di Filosofia del diritto nel 1928-29, sotto la supervisione di un assistente d'eccezione come Capograssi: v. CAPOGRASSI 1990, 401, per l'esercizio preparato da Crisafulli). Nell'equivoco è caduto anche Jemolo che recensendone l'opera del 1931 (v. nt. seguente) lo chiamava "giovane": era sì il primo libro di Mortati, ma questi era esattamente suo coetaneo (classe 1891).

[9] JEMOLO 1932, 177-179.

[10] Diversamente da BRIGAGLIA 2006, 188, non credo che Mortati intenda per "Stato moderno" quel tipo di Stato che sorge dopo la rivoluzione francese; intende invece la forma-Stato contemporanea, che andava strutturandosi in contrasto col modello ottocentesco scaturito dall'esperienza dell'Ottantanove.

gimento dei propri compiti[11]. Nei suoi tormenti di giurista "conservatore", l'ecclesiasticista aveva infatti già riflettuto su quel profilo tematico emerso nel corso dell'esperienza giolittiana e ora non nascondeva il giudizio positivo per un libro che storicisticamente prendeva atto dell'ormai obsoleto sistema statutario e che, anche con sguardo comparatistico, cercava di dare espressione giuridica alle esigenze di unitarietà e accentramento della direzione politica[12].

Il tentativo di Mortati era quello di sistematizzare il fenomeno del rafforzamento dell'Esecutivo nella crisi del parlamentarismo, nonché di accreditare il regime come un'evoluzione perfezionata dello Stato di diritto (idea che il giurista non dismise fino alla caduta del fascismo)[13]. Come indica la prosa faticosa – caratteristica del resto del giurista calabrese[14] – il libro era tuttavia ambiguo nel voler riflettere e ordinare la realtà nuova. Per un verso questa veniva spiegata attraverso l'uso di una nomenclatura (almeno parzialmente) tradizionale, dando l'impressione che essa fosse una semplice evoluzione storica; per un altro però veniva assolutizzata, come se le strutture fattualmente a sostegno della funzione del Capo del governo (l'organizzazione corporativa e il partito unico) fossero imprescindibilmente proprie dello *Stato moderno* e non categorie storiche e specificamente proprie dello Stato forte mussoliniano[15]. Insomma, da un lato l'autore asseriva di aver dato alla trattazione un'impostazione di carattere giuridico – così esplicitamente la prefazione – su un tema che si collocava tuttavia in una zona grigia tra politica e diritto, dall'altro il realismo affiorava continuamente nel corso dell'esposizione che piegava infine sulla giustificazione del presente[16]: alla ricerca dei presupposti di fatto e delle finalità politiche, in fin dei conti quell'organizzazione partitica, quell'organizzazione corporativa (che era struttura e insieme ideologia) spiegavano e sorreggevano una forma istituzionale – la funzione di direzione politica del Capo del governo – che poteva essere chiamata più chiaramente, come Mortati scriveva, "regime fascista"[17].

Sulla stessa scia, ma con assai maggiore maturità, dell'ormai cattedratico calabrese apparve nel 1940 *La costituzione in senso materiale*, della quale qui si parlerà solo per quel tanto che serve a

[11] MORTATI 2000 [1931], 10-11 e *passim*. Nel suo affresco pressoché contemporaneo sulle istituzioni del regime TRENTIN 1929 non faticava troppo ad essere più realista del realista Mortati togliendo il velo della pseudoautonomia dei ministeri rispetto al duce e degli altri poteri rispetto all'Esecutivo (è noto che l'amministrativista veneto preferì l'esilio alla sottomissione all'ideologia fascista imposta dalla legislazione del 1925; il solo, con Presutti, che perciò abbandonò la cattedra).

[12] Giusto alla vigilia della marcia su Roma Jemolo aveva pubblicato un volume dedicato a Crispi, che non era semplicemente una riflessione sulla biografia dell'uomo politico, ma si confrontava piuttosto col problema della direzione della politica (JEMOLO 1922; cfr. FANTAPPIÈ 2015, 173-175 e BIROCCHI 2015, 38 s.). Si sa che rimarrà viva nel Mortati operante alla vigilia della Costituente la preoccupazione per l'indirizzo unitario e per un governo stabile e che si tradurrà in una complessa proposta coinvolgente gli equilibri tra presidente della Repubblica, Esecutivo e Parlamento (cfr. DE SIERVO 2017, 239).

[13] LANCHESTER 1989, 96-98 e 101 e LANCHESTER 1994a, 73. Tuttora utile, anche per la lettura in contrappunto dell'opera di Crisafulli sullo stesso tema pubblicata nel 1939, CIANFEROTTI 1980, 280-284.

[14] Un'indiretta allusione all'espressione faticosa delle prime opere pare di cogliere in GIANNINI 1990, 8; esplicitamente ZAGREBELSKY 1989, 87.

[15] Su questo aspetto v. la critica di Jemolo nella recensione citata. CHELI 2000, X, ha espresso l'idea che il libro di Mortati fosse un estremo tentativo di spiegare entro lo schema dello Stato di diritto l'esperienza istituzionale del regime, in una fase in cui questo non aveva ancora manifestato irreversibilmente la sua tendenza totalitaria.

[16] Nel parlare di "zona grigia" MORTATI 2000 [1931], 4, si rifaceva a un saggio di un pubblicista antiformalista come Manfredi Siotto Pintor (il rilievo è in LANCHESTER 1994a, 65 nt. 41).

[17] MORTATI 2000 [1931], 224 (non occorre in questa sede evocare il dibattito di quegli anni sul tema del "regime"). Le considerazioni riportate nel testo si ricavano dall'ultimo capitolo del libro (spec. 221-226). Sul partito unico ivi, 188-193 (e cfr. LANCHESTER 1994a, 71). Sulla «assunzione del fatto economico da parte dello Stato, nel concetto fascista» e dunque sul corporativismo e le sue strutture in mano alla politica del Capo del governo v. ancora MORTATI 2000 [1931], 171 ss. («il principio etico e politico, che permea di sé tutto l'ordinamento sindacale corporativo e consente di potere utilizzare ai fini generali dello Stato il complesso delle forze del lavoro e della produzione» non aveva semplice valore programmatico, bensì giuridico ed era contemporaneamente il perno della politica del fascismo in campo economico: 172-173).

comprendere il Mortati degli anni immediatamente successivi. Era una pubblicazione d'autore, resa possibile evidentemente da una lunga meditazione della letteratura pubblicistica tedesca e francese – ma con vigile attenzione anche per quella anglosassone[18] – che si direbbe eclettica e però certo originale ed anzi assai innovativa nel radicalizzare univocamente posizioni emergenti. La filosofia di Maritain, le varie declinazioni (italiane e francesi) dell'istituzionalismo, l'agguerrita *nouvelle vague* giuspubblicistica italiana, Kelsen, Smend, Schmitt e tanti altri esponenti della scienza giuridica tedesca erano ripresi (e spesso criticati) in una costruzione incentrata sul fine politico fondamentale, quale molla che animava il partito dei dominanti e che rappresentava anche l'essenza della costituzione materiale[19]. Il modello ordinamentale era prettamente di marca volontarista ed esprimeva gli interessi stabili (nonché i valori e le ideologie collegate) di uno strato di uomini in grado di imporli col potere[20].

La novità era proprio questa: di contro all'asettica tecnicità sbandierata dai giuristi tradizionalisti che guardavano semplicemente all'essere della costituzione, occorreva indagare sulla sua *causa*, inscindibile dal dato formale[21]. Mortati proclamava l'insufficienza se non la miseria del positivismo, incapace di spiegare i fondamenti dell'ordinamento e di cogliere i meccanismi con cui esso veniva gestito, a cominciare dai procedimenti di interpretazione delle norme e dai processi di trasformazione subiti dalle costituzioni nel tempo. Prima dello Stato, ma già giuridicizzato, stava un assetto sociale con i suoi valori espressi da un partito capace di imporre i propri indirizzi politici[22]: non dunque una generica comunità, o nazione, o istituzione, bensì una forza sociale capace di esprimersi unitariamente come classe dominante e di imporre (con la coercizione e con la propaganda dell'ideologia) i propri interessi ai governati[23].

> «Questa forza, risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzi dagli altri, in quanto riesca trionfando su gruppi antagonistici portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della costituzione originaria, fondamentale»[24].

Si ripete; era una situazione già giuridica – una costituzione materiale fondata su ideologie, valori, capacità di imporsi, «fonte suprema dell'ordinamento»[25] – la quale entrava poi in dialettica

[18] GALLI 1979, 102, ha messo in luce la sterminata conoscenza dottrinale di Mortati; tra l'altro il giurista aveva introitato l'intera opera schmittiana, cosa allora inusuale (notazioni su legami e distanze tra l'opera del professore calabrese e le costruzioni del giurista tedesco ivi, 102-105).

[19] A testimonianza dell'ampio complesso di letture sottostanti alla proposta basti osservare la conoscenza del dibattito sui rapporti tra dogmatica, teoria generale e filosofia del diritto, in corso negli anni precedenti in una dottrina vivace e trasversale: MORTATI 1998a [1940], 12-14 nt. 10. Con ragione GREGORIO 2013, 230-231, ha affermato che il libro dell'allora professore di Macerata non fu fenomeno isolato e ha indagato sull'*humus* da cui emerse; importanti notazioni anche in DE SIERVO 1990, 333-343.

[20] BRIGAGLIA 2006, 5 ss. (sul carattere volontaristico) e 93 ss. (sul significato di "interessi"). Non è il caso in questa sede di soffermarsi sull'importante esigenza di stabilità e certezza.

[21] MORTATI 1998a [1940], 9.

[22] MORTATI 1998a [1940], 70 ss.; sul rapporto tra politica e diritto (e in particolare sui fini politici del partito dominante quale causa dell'attività dello Stato), 105-113. Mortati arrivava a scrivere che «pel completamento delle dichiarazioni consacrate nel testo costituzionale» la fonte di conoscenza dei principi poteva essere tratta «da atti o documenti direttamente emananti dal partito» (141).

[23] Nessun valore giuridico era perciò insito nella proclamazione che il diritto o la sovranità emanano dal popolo (MORTATI 1998a [1940], 61) o, analogamente, dal *Führerprinzip* (MORTATI 1998a [1940], 60; ma quest'ultimo, forse contraddittoriamente, per Mortati era un principio di carattere sostanziale, 103 nt. 28).

[24] I MORTATI 1998a [1940], 63. Contro «l'ideologia liberale che riconosce[va] a ogni suddito la qualità di cittadino», Mortati affermava che lo Stato non era strumento di conciliazione di interessi, sicché l'eventuale concessione di diritti politici al di fuori del partito dominante «non potrebbe essere spinta fino a dar luogo a partecipazione all'esercizio del potere sovrano» (65-66 e nt. 21).

[25] MORTATI 1998a [1940], 121 e 124.

con la costituzione formale, strumento di quella materiale e, nella concezione di Mortati, di «carattere necessariamente incompiuto ed elastico» perché formulata attraverso principi generici e direttive di massima in vista del loro adattamento alle mutevoli esigenze dello Stato[26].

A poco più di un ventennio dall'opera principale di Romano, Mortati proponeva un disegno generale dell'ordinamento dal punto di vista pubblicistico, spogliando i privatisti dell'antica supremazia[27]. Proprio in quegli anni il suo maestro Luigi Rossi aveva riconosciuto che rispetto al diritto privato le lacune ordinamentali nel campo del diritto pubblico erano ben maggiori, sicché occorreva fare uso abbondante della comparazione per risalire ai principi generali del diritto e ricavare le analogie; con sano realismo aveva poi aggiunto che il diritto pubblico era fortemente condizionato dalla politica[28]. Dal canto suo Mortati rovesciava le dottrine consolidate in tema di interpretazione trovando proprio nell'insieme della costituzione materiale il criterio di unitarietà che legava in un sistema i principi generali del diritto e l'interpretazione: contro le tesi dei positivisti, tendenti a ricavare dalle norme vigenti il principio informatore del sistema, egli riconosceva il valore giuridico autonomo dei principi della costituzione materiale, che influivano sia sul legislatore, sia sugli interpreti[29]. Per la sua rilevanza in proposito e per il fatto che la storiografia costituzionalistica di solito sorvola su questo risvolto della teoria di Mortati, conviene riportare il lungo brano:

> «è illusorio che l'adeguazione della regolamentazione giuridica ai nuovi bisogni, che incessantemente si producono e la invocano in modo improrogabile, possa avvenire per opera dello stesso sistema legale, attraverso i mezzi di completamento, dai quali si ritiene risultare la c.d. chiusura dell'ordinamento normativo. Il sistema legale si muove meno rapidamente dei rapporti sociali; la legge, come è stato detto, è necessariamente in ritardo sui fatti, sicché dai criteri ispiratori di essa possono non risultare soddisfatte le nuove esigenze di cui si parla. Infatti queste possono essere così eterogenee rispetto ai casi previsti, così imparagonabili ad essi da non potersene trarre la disciplina che esse richiedono, né con il ricorso all'argomento a contrario, né con quello all'analogia, o ai principi generali, ove questi si intendano come principi desunti per via di successiva generalizzazione dalle singole norme»[30].

Si intende che nel suo procedere Mortati non disdegnasse l'uso di strumenti civilistici; in particolare, e qui il pensiero va immediatamente a Betti ma anche ad Ascarelli, quello della "tipicità", utilizzato per intendere la variabile realtà sociale attraverso «schemi ottenuti in virtù dell'astrazione [dai comportamenti umani] di caratteri comuni, presentantisi con aspetto di regolarità e di costanza». Ebbene, mediante la tipicità «[era] possibile considerare ordinata sotto regole obbiettivamente rilevabili l'attività di attuazione del fine politico»[31].

Al centro comunque rimaneva lo Stato, soggetto verso cui già tendeva la costituzione mate-

[26] Così, quasi testualmente, MORTATI 1998a [1940], 117. Sembrano evidenti le suggestioni sulle clausole generali tratte dalle scuole tedesche che muovevano dagli sforzi di Hedemann per la fondazione del *Wirtschafsrecht* negli anni Dieci e che si incrociarono poi con i teorici del diritto libero e con gli indirizzi sociologici (cfr. ZACHER 2002, 320-321 per il riconoscimento da parte di Hedemann della stupefacente penetrazione delle clausole generali). Ovviamente Mortati utilizzava questo retroterra entro le direttrici del proprio disegno costruttivo.

[27] Risale comunque a Santi Romano la celebre definizione del diritto costituzionale come *tronco* dell'ordinamento, da cui si dipartono i vari rami (v. ROMANO 1926, 9 e ancora ROMANO 1945, 26).

[28] ROSSI 1940, 40 e cfr. LANCHESTER 1994b, spec. 23 (ma l'intero saggio è ricco di spunti sul rapporto tra gli insegnamenti di Luigi Rossi e la dottrina di Mortati negli anni Trenta).

[29] MORTATI 1998a [1940], 132-136 e 161 ss. In particolare il giurista si interrogava sulla distinzione tra principi generali giuridici e principi politici e, escludendo che per riconoscerli valessero criteri formali, individuava come criterio «la considerazione della posizione costituzionale delle persone o dei corpi da cui emanano e dell'intenzione avuta da costoro nell'emetterli»; in definitiva era una questione di effettività (161).

[30] MORTATI 1998a [1940], 135 s.

[31] MORTATI 1998a [1940], 96 s. Betti veniva citato alcune volte nel libro di Mortati, ma, salvo errore, sempre in relazione a tesi concernenti l'ordinamento romano (130 nt. 26 e 148 nt. 60).

riale e poi chiamato a gestire quella formale[32]. Riportando una nozione comunemente accolta, Mortati affermava che «lo Stato, in conseguenza dell'assoluta supremazia rispetto a tutti i soggetti fisici o giuridici nel suo territorio, dalla quale è contrassegnato, ha come suoi caratteri ineliminabili di essere: stabile, autoritario, coattivo, necessario e totale»[33]. La costituzione era considerata come una funzione dello Stato, «la prima e la più rilevante», nell'ambito di una visione che, per quanto riguardava le funzioni statuali, lo studioso riteneva bisognosa di una radicale rimeditazione rispetto alle concezioni ottocentesche dello Stato di diritto[34].

Ha ragione chi ha sostenuto che la teoria mortatiana non fosse una banale proclamazione del fatto bruto che si faceva diritto[35]. Come pure ha colto nel segno chi ha rigettato le interpretazioni che vedono nel rapporto tra politica e diritto tracciato dal giurista calabrese una semplice espressione di compromissione politica. È vero infatti che Mortati non può essere considerato un giurista di regime come invece il suo maestro Panunzio[36]. La stessa tendenza verso il modello del partito politico unico era racchiusa in una teoria formalizzata che guardava comparatisticamente all'esperienza dello *Stato moderno*[37]; essa prevedeva che nel modello ci potesse essere anche un pluralismo di partiti (purché però confluenti su valori molto simili, altrimenti occorreva ipotizzare che la lotta tra le *élites* partitiche sarebbe sfociata comunque nella vittoria di uno dei contendenti, finendo eventualmente con il fondare un nuovo Stato)[38]. Era genuino lo sforzo per approntare un impianto che spiegasse il perché e il come della genesi delle costituzioni e le accompagnasse poi in tutto il loro cammino, penetrando nei meandri dell'ordinamento in funzione. Il che non toglie che Mortati rimanesse ben ancorato all'esperienza del diritto positivo – impossibile per un "realista" farne a meno – sicché la formalizzazione presentava più di qualche falla[39]: di certo egli non rinunciava a portare a dimostrazione di giuridicità degli atti della giustizia materiale eventi tratti dall'esperienza dei partiti totalitari, in Italia o in Germania[40].

[32] Se da un lato è vero che, con forte distacco dalle impostazioni del costituzionalismo ottocentesco, nella teoria mortatiana il centro d'interesse non è più lo Stato bensì la costituzione (ZAGREBELSKY 1998, XXVI-XXVII), dall'altro, se non si focalizza tutta l'attenzione sulla costituzione materiale dimenticando quella formale, il fulcro operativo rimane lo Stato, *causato* dalla politica e perciò sua espressione. Come scrive l'eminente costituzionalista, «per il costituzionalismo ottocentesco, lo Stato era la forza costitutiva della costituzione e della politica [...]. Per la nuova concezione [di Mortati], la politica produce lo Stato, il quale produce diritto politicizzato» (ZAGREBELSKY 1998, 27). In altre parole, la parte vincente, i cui valori politici si manifestavano nella costituzione materiale, organizzava pure lo Stato, centrale nella incessante attività di produzione del diritto. Coerentemente Mortati concepiva quale fondamento della consuetudine la volontà dello Stato (MORTATI 1998a [1940], 180). Sulla centralità dello Stato nella sua teoria della costituzione v. anche FIORAVANTI 2001, 762 s., 770 e *passim* e AMATO 1990, 233, il quale in proposito, in un orizzonte temporale più ampio, mette in luce la diversità della posizione di Mortati rispetto al pensiero di La Pira e di Dossetti, nonostante la comune matrice cattolica. Dovuto alle letture della pubblicistica tedesca o al clima culturale respirato sotto il fascismo, di certo nelle opere mortatiane del periodo qui considerato balza evidente la «costruzione organicistica della società che sale allo Stato e all'interesse generale, attraverso i gradini delle comunità intermedie» (AMATO 1990, 243).

[33] MORTATI 1998a [1940], 54 s.

[34] MORTATI 1998a [1940], 10 s. L'autore rimandava ad altra sede lo studio aggiornato delle funzioni dello Stato.

[35] ZAGREBELSKY 1998, XXXII. Proprio il pericolo di banalizzazione ha suggerito di limitare o addirittura eliminare l'uso del sintagma "costituzione materiale" per evitare i fraintendimenti del linguaggio corrente (cfr. BARBERA 2007, 12 e ID. 2015, 266 e nt. 8).

[36] FIORAVANTI 2001, 773 s. e FIORAVANTI 2013, 1386.

[37] FIORAVANTI 2001, 773 e BONFIGLIO 2021, 61.

[38] MORTATI 1998a [1940], 101 s. e 199 nt. 167. Sul punto un'analisi critica, con notazioni riguardanti la (parziale) revisione di Mortati dopo la caduta del fascismo, è in DOGLIANI 1994, 336 s. (con osservazioni ulteriori sul sostanziale "ritorno alle origini" del Mortati degli anni Sessanta, 340 ss.).

[39] Lo riconosce ZAGREBELSKY 1998, X s.

[40] È il caso del rovesciamento del principio *nullum crimen sine lege* in Germania (MORTATI 1998a [1940], 168). Tutta la letteratura comunque riconosce che la teorizzazione del partito in funzione della costituzione matura in Mortati nelle condizioni storiche dello Stato totalitario fascista: per tutti v. CIANFEROTTI 1980, 286 ss., COSTA 1986, 355 («Certo, il partito a cui Mortati fa riferimento è il partito dell'esperienza politico-ideologica del fascismo: totalitario, incompatibile con una pluralità di partiti concorrenti») e GREGORIO 2013, 244 nt. 79 («[Mortati] non esce dall'ottica totalitaria del-

Nella prospettazione complessiva dell'opera anche la teoria delle forme di Stato con le sue distinzioni classiche (Stato patrimoniale, di polizia, di diritto) doveva essere rivista non con un semplice aggiornamento al presente, bensì con lo smantellamento di quei paradigmi che sapevano di storia passata: doveva considerarsi fondamentalmente l'ispirazione politica del partito al potere[41]. Posizione realista forte e coerentemente applicata da Mortati. La riproporrà, in forma specifica, in un saggio scritto nell'estate del 1941 e dedicato al PNF come organo dello Stato[42]. Richiamatosi all'idea che il partito il quale avesse ottenuto la maggioranza dei voti avrebbe avuto il diritto di introdurre le proprie concezioni nella vita dello Stato, Mortati aggiungeva che tale funzione «non muta[va] per il fatto che in un determinato momento la legge [desse] ai rappresentanti di una sola delle forze in contrasto il diritto di farla valere e vederla realizzata nell'azione statale»[43]. Di nuovo, come nel libro sulla costituzione materiale la teorizzazione non escludeva situazioni diverse dal partito unico[44]; ma tutto il saggio si muoveva entro il recinto italiano del momento: rifletteva su un *qui* e *ora* ben definiti dalla legislazione vigente, che così comprovava la teoria. Le norme mostravano l'indissolubile compenetrazione degli interessi del partito fascista con quelli dello Stato[45].

Forse può dirsi che Mortati non aveva la tempra del giurista "contro", peraltro difficilmente manifestabile in tempi di dittatura. Il suo spirito critico si esprimeva entro le maglie del diritto positivo: nuotava nella scuola giuspubblicistica italiana[46] e aveva preso la tessera del PNF sin dal 1927, ben prima dell'ondata delle iscrizioni che tra professori e intellettuali avvenne verso il 1932-33. Ma non lo potevano seguire i pasdaran del fascismo, perché troppo asciutta era la raffigurazione dei due pilastri del regime, il partito unico e il governo; niente affatto attraente era la sua visione corporativa, che nella galassia del corporativismo del regime mostrava caratteri organicisti più legati al mondo sociale che all'economia e al lavoro[47]. Men che meno erano disposti a rilanciare le sue tesi i giuristi positivi tradizionalisti che, fossero o no sinceramente vicini alla politica di regime, non intendevano abbandonare le collaudate forme della dogmatica e le categorie correnti dell'interpretazione.

In effetti il discorso di Mortati era spesso spiazzante per la tendenza a considerare gli elementi "sociali" normalmente espunti dall'orizzonte del giurista; s'intende, li considerava per immetterli nel sistema giuridico. Si può in proposito assumere come esempio un breve intervento del giurista sulla rivista *Stato e diritto* che, diretta da due pubblicisti/corporativisti come Giuseppe Chiarelli e Riccardo Del Giudice – entrambi usciti in origine dalla fucina gentiliana: l'impronta era data soprattutto dal primo, futuro giudice costituzionale – in quei primi anni Quaranta ospitava non di rado saggi eterodossi e critici[48]. Lo spunto era dato dalla pubblicazione di un volume di Codacci Pisanelli, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, e si trattava del problema dell'efficacia di criteri o principi desunti dall'esperienza sociale e comunque, come precisava Mortati, da discipline o da ordinamenti diversi da quello dello Stato: criteri e precetti che potevano essere assunti a scopo interpretativo o integrativo di disposizioni, ma che comunque ponevano il problema della «posizione che essi vengono ad assumere allorché penetrano nel mondo del diritto»[49]. La loro utilizza-

la necessità del partito unico, pur probabilmente ponendo le basi teoriche per un suo superamento»).

41 MORTATI 1998a [1940], 196-200.

42 MORTATI 1941a: il giurista citava (295) il "recentissimo" r.d. 27 giugno 1941 n. 600 sulle attribuzioni del segretario del partito fascista e dunque il saggio si può collocare nell'estate di quell'anno. Il saggio apparve nella rivista *Stato e diritto*, su cui si dirà *infra*.

43 MORTATI 1941a, 290.

44 Lo sottolinea GREGORIO 2013, 246.

45 MORTATI 1941a, 293; a riprova il giurista citava l'art. 3 dello statuto del PNF sul compito fondamentale di agire per il potenziamento della rivoluzione fascista, che diventava perciò anche compito dello Stato, nonché l'art. 2 del decreto 27 giugno 1941 per il quale il duce doveva curare, quale capo del governo, che lo Stato agisse in conformità delle esigenze politiche del partito (294 s.).

46 Precisazioni in LANCHESTER 2017, 17.

47 DE SIERVO 1990, 303-309 e 324 ha criticato la generica ascrizione del pensiero di Mortati al corporativismo.

48 Sulla rivista si rinvia a LANCHESTER 2004, 102.

49 MORTATI 1941b, 131.

zione nel diritto pratico ne faceva delle fonti giuridiche? Il giurista non utilizzava il termine "fonte", ma si soffermava a spiegare il disinteresse degli studiosi per la questione risalente:

> «da una parte [per la] concezione, dominante per un certo tempo, della natura esclusivamente statuale del diritto, dall'altra [per la] tendenza, anch'essa prevalente finora, che conduceva a considerare come sottratto alla conoscenza del giurista, o per lo meno non suscettibile di una proficua indagine scientifica, ogni valutazione al di là delle norme legislative capaci di svolgimento e di attuazione attraverso una deduzione sillogistica»[50].

Il problema posto era teorico, ma con ricadute eminentemente pratiche. E sempre più gli effetti della modernizzazione portavano a riproporlo. Come scriveva il giurista:

> «La complessità che è venuta a rivestire la regolamentazione giuridica nel mondo moderno in seguito all'ampliarsi dell'azione dello Stato ed al complicarsi dei rapporti sociali, con la correlativa difficoltà di una precisa regolamentazione preventiva da parte del legislatore, ha avuto come conseguenza di dare un'enorme estensione ai casi di rinvio a norme sociali, e di conferire perciò un più appassionante interesse all'interpretazione giuridica di tale fenomeno, sicché uno scrittore tedesco, l'Hedemann, ha potuto indicare tale problema come il più importante che si presenti ai giuristi nel XX secolo»[51].

Il giurista formulava così una denuncia precisa dell'arretratezza della dottrina di fronte al sistema delle norme aperte e delle clausole generali, sempre più diffuse per la regolazione di una società di massa. Molti i segni di una crisi che la guerra certamente contribuiva ad ampliare e che le coeve sistemazioni codicistiche, pur celebrando il "trionfo" del regime per la chiusura del cerchio dei codici, potevano appena rappezzare. Nello stesso 1941 l'eccentrico Mossa – certamente il più affine giurista italiano a quel diritto dell'economia che un paio di decenni prima era stato lanciato in Germania dallo stesso Hedemann evocato da Mortati – proponeva una panoramica storica della dottrina commercialistica che esprimeva le sue simpatie per gli indirizzi antiformalistici maturati in Germania (teorie del diritto libero, correnti sociologiche alla Ehrlich, giurisprudenza degli interessi, e, come detto, *Wirtschaftsrecht*)[52]. E nello stesso torno d'anni maturava il dibattito sui principi generali del diritto che, trasversale fra le varie discipline e tutt'altro che riducibile a semplice scontro interno tra giuristi di regime e studiosi attestati a difesa dell'autonomia della scienza giuridica, esprimeva nel suo complesso l'esigenza di riorganizzazione dell'ordinamento all'apice di un ventennio di cambiamenti profondi[53].

Il conflitto bellico alle porte (il convegno pisano nel quale culminarono le discussioni sui principi generali si tenne pochi giorni prima dell'entrata in guerra dell'Italia) travolse gli assetti politico-istituzionali. Si tratta ora di vedere come la personalità e le idee di Mortati operarono nella temperie politica e culturale successiva allo sfacelo della dittatura.

[50] MORTATI 1941b, 132.

[51] MORTATI 1941b, 131 s.

[52] MOSSA 1941; per un commento BIROCCHI 2022b. Su Hedemann v. la monografia di WEGERICH 2004.

[53] Per le posizioni di Mortati sui principi generali si rinvia a SCIUMÈ 2002, 237-241. È paradossale che il dibattito sui principi generali, marcatamente sviluppatosi a seguito della prolusione romana di Del Vecchio e al quale dette largo spazio la *Rivista internazionale di filosofia del diritto* da lui stesso fondata, non poté vedere la partecipazione del filosofo del diritto (pur fascista della prima ora), epurato a seguito delle leggi razziali. È ben noto che, ormai in piena guerra e mentre si promulgava la legge sull'ordinamento giudiziario e volgeva al termine la preparazione degli ultimi tre codici, la discussione sui principi generali si concluse con la decisione, tutta politica, di considerarli espressi nella Carta del lavoro, a cui si dava esplicitamente valore di legge (l. 30 gennaio 1941 n. 14: la norma, entrata in vigore il 29 aprile 1942, fu implicitamente abrogata dal decr. legisl. luogot. 28 novembre 1944, n. 369).

3. *Nel difficile passaggio tra il 1943 e il 1945*

Probabilmente la coscienza che il regime fosse da configurare come una "tirannia" – così ne parlò Mortati subito dopo la Liberazione[54] – giunse in lui solo con la rovina della guerra. Se davvero egli percepì la caduta del fascismo come uno "choc"[55], ciò può essere interpretato nel senso che lo sconquasso bellico e il precipitare della sconfitta giunsero inattesi e lo indussero a riesaminare con altra prospettiva il corso degli avvenimenti precedenti. Che la guerra – annunciata come breve e inevitabilmente vittoriosa e comunque vantaggiosa e rivelatasi tremenda nelle sofferenze e nell'esito – sia stata per molti giuristi il motivo scatenante che invece ha fatto pensare alla miseria e nudità del fascismo è un dato certo[56]. Lo stesso Mortati nel 1945 insistette nel rilevare che uno dei capisaldi della responsabilità da imputare a Mussolini e al monarca era appunto la disfatta della guerra[57].

Sta di fatto che il giurista si inserì prestissimo nel variegato dibattito scaturito a seguito della *decisione costituente* contenuta nel r.d.l. del 25 giugno 1944 n. 151[58]. Vi prese parte in molteplici forme e dunque anche con testi che generalmente vengono detti "militanti", al pari, per esempio, di quanto fecero Calamandrei e Crisafulli, Astuti e Lavagna nelle rispettive aree di riferimento politico; ma non c'è dubbio che *La costituente* di Mortati (agosto 1945) ebbe l'effetto di una irruzione nella discussione[59]. Il libro infatti inquadrava la realtà politico-istituzionale del presente entro le linee architettoniche di un sistema che, ragionando sul passato, tracciava nel contempo il disegno del futuro. Da poco il professore calabrese aveva aderito al partito democristiano e, per competenza e capacità, non poteva che esserne uno degli uomini di punta sulle questioni istituzionali[60]. In effetti fu certamente un personaggio di spicco (designato nella seconda commissione Forti per la preparazione della Costituente, impegnato nella elaborazione della legge elettorale per l'elezione della Costituente, membro poi della Costituente inserito tra i "75" e specificamente al lavoro nella II sottocommissione); e tuttavia fu solo uno fra i protagonisti sul palcoscenico di quel partito che, unico tra i raggruppamenti politici di massa, contava molto sull'effetto ordinante del diritto per stabilizzare su un programma democratico moderato la vita sociale del Paese[61]; basti ricordare che la DC già dal 1943 si avvaleva dell'impegno attivo di molti giuristi di varie generazioni, da Segni a Tupini, da Tosato ad Amorth, da Ambrosini a Gonella, da Pergolesi a Balladore Pallieri, da Leone a La Pira, da Caristia a Dossetti e al giovane Aldo Moro. Rispetto a diversi di costoro, tuttavia, Mortati non vantava né l'esperienza né i legami che solitamente si instauravano nella rete delle organizzazioni e più in generale del movimento

[54] MORTATI 1945b, 645.

[55] Così afferma LANCHESTER 2004, 212 nt. 15, il quale attesta anche il perdurare di rapporti di collaborazione con intellettuali fascisti e di legami col maestro Panunzio, che provvidenzialmente Mortati aiutò nel 1944 nella Roma liberata.

[56] Per tutti DE SIERVO 2017, 222.

[57] Ben fondato LANCHESTER 1989, 108: «nel periodo cruciale tra il 1943 e il 1945 Mortati modificò profondamente le sue coordinate politico-culturali e si impegnò fortemente nella rifondazione del sistema».

[58] Sul contesto storico-politico in cui si inseriva quel dettato normativo del governo Bonomi v. MALGERI 2017, 20 ss.

[59] Se è concesso un rilievo critico che non vuol essere il solito brontolio dello storico interessato al passato, spiace dover rilevare che la recente e peraltro meritoria riedizione dell'opera (MORTATI 2020) comprenda solo la parte teorica e siano state perciò tralasciate le altre due (la sezione propriamente storica e quella della situazione italiana postfascista). Il fatto è che le teorizzazioni del giurista calabrese sono strettamente connesse con l'osservazione storica delle architetture istituzionali; questa è sempre presupposta in lui ma in questo caso è addirittura espressa con una lunga esposizione. A maggior ragione dunque tali parti appaiono utilissime per comprendere il suo pensiero.

[60] Sull'iscrizione alla DC fa fede una lettera di Mario Scelba (26 dicembre 1944) che lo invitava a chiarire i punti di contatto con le ideologie fasciste rinvenibili in sue precedenti opere: Mortati rispose puntigliosamente con un *memorandum* su cui v. D'ORAZIO 2017, 246-250.

[61] Cfr. DE SIERVO 2021, 5-7; lo stesso autore (DE SIERVO 2017, 224 nt. 16) ricorda che già nella clandestinità del 1943 la DC aveva reso operativa una Commissione per studiare «i lineamenti di un nuovo ordinamento costituzionale del paese».

cattolico; i suoi orientamenti sociali, del resto, erano indipendenti dal programma del vecchio Partito popolare, essendo invece frutto della sua personale sensibilità cristiana e della cultura pubblicistica dei *novatores* antiformalisti.

In effetti Mortati non era uomo dallo spirito correntizio, posto che nemmeno l'amicizia con Dossetti, il quale lo spinse alla militanza nella DC dopo le iniziali simpatie per la Democrazia del lavoro, si tradusse in una adesione alla corrente del futuro sacerdote nonostante i rapporti di collaborazione sempre mantenuti[62]. Di certo le idee di Mortati ebbero minor ascolto rispetto a quelle di tanti altri meno blasonati costituenti[63]. A spiegare questo esito non vale osservare che, mentre da un lato Mortati non dismise affatto l'abito giuridico, dall'altro il testo costituzionale non poteva essere solo opera fatta a tavolino da tecnici, ma esprimeva necessariamente un confronto tra le correnti politiche. Il Mortati giurista, infatti, scontava nella propria formazione l'osmosi continua tra politica e diritto, sicché disponeva di quella "naturale" predisposizione a proiettare le teorie giuridiche nel mondo della pratica politica. Si può solo concedere che, una volta messo il tema della Costituente all'ordine del giorno, la ragione politica prevalse, sicché le diverse idee da lui coltivate rispetto agli indirizzi prevalenti nella DC spiegano un certo suo isolamento[64].

Lo si vedrà analizzandone l'opera. È sintomatico che Mortati non figuri tra i relatori che tennero una lezione in seno alla *Settimana sociale dei cattolici d'Italia* tenutasi nell'ottobre del 1945 e dedicata a *Costituzione e Costituente*, che annoverava un insieme sapientemente costruito di interventi, sia di ecclesiastici sia di laici legati al partito[65]. Egli anzi non figurava nemmeno nella rosa più larga di relatori stilata inizialmente[66]. E *pour cause*: negli ambienti ecclesiastici e politici del partito le posizioni mortatiane erano criticate o addirittura avversate[67]. In quella sede, in particolare, la trattazione del tema della Costituente fu affidata a un colto gesuita, padre Antonio Messineo, ben saldo nel suo giusnaturalismo tomistico e fiero avversario del positivismo. Davvero conservatrici le sue posizioni, i cui punti forti erano la distinzione tra costituzione sostanziale (di natura giusnaturalistica) e scritta e l'appartenenza del potere costituente allo Stato (concepito pure come istituzione naturale) e in ultima analisi al popolo organicamente inteso. Egli manifestò complessivamente una visione istituzionale di tipo continuista (con la critica alla natura "creativista" della Costituente imputata evidentemente a Mortati)[68] e sottolineò che la Costituzione avrebbe dovuto essere approvata per referendum; sulla forma istituzionale ovviamente non si pronunciava. Erano tutti punti di forte distanziamento da Mortati, di cui evitava la citazione per qualche concordanza di pensiero (per esempio l'affermazione che il titolare ultimo del potere costituente agiva attraverso i partiti politici)[69], salvo un riferimento duramente critico, che per la verità travisava gravemente la teoria del giurista calabrese: che cioè la Costituente sarebbe un fatto "agiuridico"[70].

[62] POMBENI 1979, 428 nt. 7 e 432 nt. 15; cfr. LANCHESTER 2004, 103 e LANCHESTER 2012.

[63] Cfr. DE SIERVO 1990, spec. 331 nt. 74.

[64] LANCHESTER 2004, 103 (per il "non semplice" rapporto anche con le gerarchie ecclesiastiche, oltre che con la DC) e D'ORAZIO 2017, 257-259. È noto del resto lo scacco elettorale subito da Mortati nel 1948, nonostante la vittoria elettorale del suo partito.

[65] *Costituzione e Costituente. Atti della XIX Settimana sociale dei cattolici d'Italia. Firenze 22-28 ottobre 1945*, Edizioni Icas A.R.C.E., 1946. Le nove lezioni furono tenute da mons. Giuseppe Graneris, Guido Gonella, Ferruccio Pergolesi, Camillo Corsanego, Amintore Fanfani, Egidio Tosato, Antonio Amorth, prof. mons. Antonio Messineo, mons. Antonio Lanza.

[66] MALGERI 2017, 122-128 (sui lavori della *Settimana*) e 123 (sulla rosa iniziale); v. anche DE SIERVO 1980, 568-576.

[67] Indicazioni bibliografiche in DE SIERVO 2017, 226 nt. 23 e 228 nt. 28. Più tardi (1958) – ma non sembra azzardato ritenere che le sue riflessioni già appartenessero al periodo che qui interessa – Mortati espresse recisamente l'idea che la Chiesa non solo non possedesse le conoscenze necessarie per valutare le situazioni politiche, ma se anche le avesse possedute la loro esternazione sarebbe stata in contrasto con la propria missione (D'ORAZIO 2017, 259 nt. 37).

[68] ANTONIETTI 1998, 161-164. E verso i "continuisti" in effetti Mortati aveva un atteggiamento di aperta contrapposizione (cfr. LANCHESTER 2017, 21).

[69] MESSINEO 1946, 199.

[70] MESSINEO 1946, 194.

Sulla stessa falsariga, e per intere pagine, attacchi non meno diretti alle tesi del costituzionalista calabrese furono portati nella relazione di mons. Lanza, dedicata alle estensioni e ai limiti del potere costituente[71]. Tutto questo mostra quanto stretti fossero gli spazi entro cui nell'area cattolica operava Mortati.

In effetti sin dal gennaio 1945 questi era intervenuto con un articolo sulla situazione politico-istituzionale in corso a seguito della *decisione costituente*. Pubblicato su un quindicinale della corrente romana della Dc, di tendenza repubblicana e di sinistra[72], esso esibiva la nota acribia dell'autore – qui condensata per la natura della rivista ospitante – e si faceva carico di interpretazioni dirette a incidere sugli indirizzi politici in discussione. Due le idee centrali, tra loro legate.

a) Innanzi tutto, sul piano istituzionale, la discontinuità dell'ordinamento che si era avviato con quella *decisione* rispetto al regime statutario;

> «[Tale decisione costituente] presuppone l'avvenuto spostamento del rapporto di forze politiche, che, com'è ben noto, sta sotto ad ogni costituzione, o, in altri termini, il verificarsi di una modificazione dell'assetto istituzionale che reggeva l'ordine formale preesistente»[73].

b) In secondo luogo l'apertura di un processo costituente, già in atto con misure provvisorie ma irreversibili, che sottendeva la rottura del vecchio ordine costituzionale e preparava le nuove basi. Scriveva Mortati:

> «Se ora si tenga presente che una costituzione non è un coacervo di disposizioni giustapposte, bensì un insieme sistematico di principi alimentati da uno stesso spirito, si presenta non ingiustificata l'opinione espressa secondo la quale lo Statuto scosso nel suo fondamento, inapplicabile nelle sue disposizioni più caratteristiche, sia venuto meno come totalità unitaria, come sistema organico di rapporti fra i poteri supremi, ed abbia ceduto il passo ad una costituzione provvisoria che non deriva dall'antica, ma da se stessa, la sua validità»[74].

Vi era dunque una discontinuità dello Stato, anche se – attentissimo lo rilevava subito dopo il giurista – non tutto il vecchio ordinamento decadeva *ipso iure*, rimanendo in vigore le norme compatibili col nuovo ordine. La posizione era dunque radicale e non solo per la sottesa simpatia repubblicana dell'autore, che certamente era in contrasto con i prudenti atteggiamenti del partito democristiano, ma anche per la recisa affermazione di discontinuità dello Stato: lo storicismo mortatiano, nutrito di quel sano sociologismo che ammetteva nel discorso costituzionale il potere delle forze sociali dominanti, non era gradualista e di stampo conservatore, ma appunto accettava le cesure. E se una tale impostazione, a parte qualche voce discorde in quello stesso 1945, fu generalmente respinta dal ceto dei giuristi, era estremamente difficile che essa potesse coagulare l'indirizzo politico del partito in cui Mortati aveva scelto di militare.

4. *Il potere costituente: presa sul serio, la discontinuità si raddoppia (lo Statuto stracciato dal fascismo)*

Sulla stessa scia, ma in forma ovviamente articolata, si colloca il libro sulla Costituente pubbli-

[71] LANZA 1946, 203-237 *passim*. DE SIERVO 1997, 430 ha riconosciuto che le relazioni dei due ecclesiastici avessero «come fondamentale bersaglio polemico» le tesi di Mortati; v. anche MORO 1979, 232 s.

[72] MORTATI 1998b [1945], 421-428. La rivista, diretta da Domenico Ravaioli, ambiva a costruire un ponte tra l'est sovietico e l'Occidente, evitando di appiattire l'Italia quale appendice della potenza americana e mirando a costruire una sorta di federazione tra i Paesi latini del Mediterraneo nel solco di una civiltà condivisa.

[73] MORTATI 1998b [1945], 422.

[74] MORTATI 1998b [1945], 427.

cato qualche mese dopo. Esso conferma che l'elaborazione teorica di Mortati viveva entro l'ordinamento vissuto; impensabile senza l'esperienza politica, mirava d'altra parte a influire su di essa. Come giustamente è stato detto, l'opera si presenta come «contributo intellettuale e pratico, destinato ad un pubblico non specialista»[75]; e ciononostante quell'impianto così vasto, dedicato nelle sue tre parti alla teoria, alla storia e al problema italiano, ne faceva con evidenza un prodotto intellettuale alto – molto distante dalle pubblicazioni divulgative o acerbe che erano state date alle stampe tra il 1944 e il 1945[76] –, ma anche più ampio e approfondito rispetto ad opere di affermati giuspubblicisti uscite tra il 1946 e 1947[77]. Il realismo dei lavori iniziali si riaffermava e veniva ora applicato al processo costituente in atto attraverso un metodo induttivo che traeva norme e principi da una conoscenza della storia istituzionale comparata, opportunamente tipizzata e quindi giuridicamente utilizzata.

Il giurista non rinnegava nulla delle posizioni precedentemente espresse e in effetti non ne aveva bisogno. Il discorso dello Stato e della sua costituzione, sempre mosso nella dialettica tra costituzione materiale e formale, funzionava bene se solo si precisava che il momento presente era quello della discontinuità sicché si era avviato il processo che aveva al centro il (futuro) organo costituente, necessariamente espressione di forze politiche in grado di imporre il proprio potere sovrano[78]. L'origine puramente fattuale di tale organo non toglieva che il processo potesse essere studiato in modo sistematico sia sotto il profilo teorico (da qui la ricerca delle forme logiche e delle regole da applicare al procedimento innescato), sia storico (perché le diverse manifestazioni osservabili erano riconducibili a "tipi")[79].

Quelle forze che nella riflessione precedente davano vita alla costituzione materiale ora diventavano l'anima specifica della Costituente: cambiava solo l'angolo di osservazione in relazione alla fase storica, sicché il giurista spostava l'attenzione sulla fase costruttiva e sugli attori, adesso partecipi di una realtà pluralistica, mentre la precedente riflessione si misurava con (e prevalentemente teneva conto del)l'esistenza del partito unico.

L'impianto mortatiano possedeva una sua elasticità naturale, che viveva nella dialettica tra costituzione materiale, come insieme di principi in grado di essere imposti dai nuovi ceti al potere, e formale, tra documento che registrava un certo assetto dei rapporti di forza (momento statico) e documento che esprimeva anche un progetto e aveva dunque una proiezione espansiva nell'avvenire (e a tal fine doveva essere precisa ma anche generica e potenzialmente dinamica per adattarsi alle esigenze future)[80].Ma se il modello interpretativo della realtà istituzionale non mutava, tutto ciò che brulicava al suo interno – gli snodi, gli ingranaggi – veniva passato al setaccio dal giurista, che sembra appropriarsi veramente della funzione di intellettuale. Era un lavorio che, mentre implicava la riconsiderazione delle vicende trascorse, inevitabilmente faceva emergere silenzi e omissioni precedenti: riacquistata la libertà, il giurista si schierava, sfruttando il più possibile l'impianto delle proprie costruzioni, specialmente quello condensato nell'opera del 1940. Se infatti si riconosceva il momento costituente – che pure si doveva studiare nelle possibili forme teoriche in cui poteva innescarsi e svolgersi[81] – si doveva per forza riconoscere che c'era stata una cesura istituzionale e politica: quello che Mortati considerò il colpo di Stato del 25 luglio[82]. Dun-

[75] GOLDONI 2020, 27.

[76] Ad esempio, quelle di DE DONNO 1944, RUINI 1945, JANNACONE 1945, del giovane BARILE 1946 (gennaio, ma licenziato nel 1945). Come opportunamente hanno sottolineato BURATTI, FIORAVANTI 2010, 25 nt. 30, dietro le opere giuridiche più citate e note ci fu un pullulare di saggi in riviste (non solo giuridiche) che andrebbero considerati.

[77] Il rilievo, con precise indicazioni, è in LANCHESTER 2017, 19 e nt. 17.

[78] Ha ragione BONFIGLIO 2021, 59-60 e 63, nel rilevare che gli interventi di Mortati negli anni di costruzione della Repubblica possono essere disposti unitariamente attorno al concetto di costituzione materiale.

[79] MORTATI 1945a, 5-6.

[80] MORTATI 1945a, 3 s.

[81] È il tema della prima parte del libro, che qui si tralascia.

[82] V. sopra, § 1, in fine.

que, e più che mai scrivendo in coincidenza con la Liberazione, il giurista ribadiva che il nuovo Stato nasceva dalle ceneri dello Stato fascista, in discontinuità; e precisamente si fondava sulla costituzione (ovviamente temporanea) posta dal governo provvisorio[83]. Non solo ma, procedendo all'esame delle "cause" e andando a ritroso, individuava un'altra cesura: la marcia su Roma e la conseguente ascesa di Mussolini al potere. Come notava il giurista, quest'ultima

> «avvenne sotto la minaccia dell'impiego di forza armata, e all'infuori dell'usuale congegno di voti, di consultazioni, di designazioni degli organi ad esse abilitati, secondo l'ordinamento allora in vigore»[84].

La ricerca delle *cause* è eloquente, perché significava rintracciare le origini politiche della costituzione vissuta, con le conseguenti responsabilità. Il tema era spinoso tra le forze antifasciste e addirittura un tabù tra i giuristi, come al solito inclini, al di là delle proprie simpatie, ad accreditarsi come operatori neutri nella propria attività. Sull'avvenuto rovesciamento dello Statuto il giurista calabrese invece si pronunciò nettamente. La responsabilità della monarchia si riscontrava su un triplice piano: giuridico – egli smontava in particolare l'argomento della presunta irresponsabilità regia per gli atti del governo –, morale e politico[85]. D'altra parte Mortati negava che i comportamenti del monarca, a cominciare dall'affidamento del governo a Mussolini e poi nel tollerare le successive azioni dell'Esecutivo, rientrassero nel normale esercizio dei poteri regi. Vi contrastava, innanzi tutto, «la proclamazione, consacrata anche in numerosi atti ufficiali, del carattere rivoluzionario del mutamento operato con la conquista del potere per opera del partito fascista»[86]. Inoltre vi ostava

> «il modo stesso in cui tale conquista avvenne (anche se essa venne ratificata successivamente nelle forme legali) [...e] la serie numerosa delle disposizioni, le quali in parte hanno abrogato espressamente alcune essenziali disposizioni statutarie, in parte hanno fatto venir meno istituti e condizioni necessarie per il regolare funzionamento dei poteri costituzionali, con il risultato di conferire anche agli istituti rimasti in vigore della carta albertina un significato diverso da quello che possedevano in origine»[87].

In particolare la funzione regia non poteva essere separata dall'operatività delle istituzioni parlamentari, stravolte invece dall'affermazione del partito unico (qui ancora Mortati si allontanava dalle posizioni espresse negli anni Trenta). Né per sostenere la compatibilità di tali mutamenti con lo Statuto valeva invocarne l'elasticità, giacché «la capacità di adattamento delle norme costituzionali non può andare oltre certi limiti, che servono come criterio per l'individuazione e l'identificazione di ogni singolo ordinamento positivo»[88].

Insomma, la carta del 1848 era stata fatta a brandelli, nello spirito, nelle istituzioni e in molte sue disposizioni. Nella teorizzazione di Mortati non c'era più spazio per le dottrine continuiste dei vecchi maestri[89]; non ce ne era nemmeno per quegli orientamenti politici che, mettendo tra parentesi il ventennio mussoliniano, prospettavano un ritorno all'ordinamento prefascista. Solo

[83] MORTATI 1945a, 101.
[84] MORTATI 1945a, 153.
[85] MORTATI 1945a, 140 ss.
[86] MORTATI 1945a, 136.
[87] MORTATI 1945a. Così scrivendo Mortati rettificava implicitamente posizioni precedentemente assunte (nel 1931 inquadrava il regime entro il modello di Stato di diritto...) e prendeva del resto sul serio quel che Mussolini stesso aveva dichiarato ai tempi d'oro (discorso al Senato, 12 maggio 1928): «Lo Statuto non c'è più» (cfr. DE CRISTOFARO 2016, 27).
[88] MORTATI 1945a, 136 s. Qui Mortati si confrontava col saggio di chiusura del suo maestro (ROSSI 1940, spec. 39) sull'elasticità dello Statuto, divertente *pastiche* d'autore, ma idealmente "interfaccia" (così LANCHESTER 2013, 1740) della costituzione in senso materiale.
[89] In particolare per l'atteggiamento di Orlando dopo la marcia su Roma v. BIROCCHI 2015, 36 s.

per un breve lasso di tempo, tra il 25 luglio e l'8 settembre 1943, la situazione era stata in bilico, con il tentativo della monarchia di ritornare all'ordine del primo dopoguerra[90]; ma da quell'ultima data aveva preso avvio un complesso di decisioni e di avvenimenti culminato nel citato decreto del 25 giugno 1944, a seguito del quale era cessata l'efficacia dello Statuto ed era stato instaurato un ordinamento costituzionale provvisorio[91].

Di quest'ultimo, a più riprese, il giurista sottolineava un certo *carattere dittatoriale*[92]. Da un lato, infatti, era necessario che l'insieme delle forze alla guida del processo di transizione verso la Costituzione fosse abbastanza coeso e comunque trovasse la linea di compromesso necessaria per arrivare alla meta, sicché la decisione costituente era, «per la sua stessa indole, espressione di un procedimento democratico»[93]; dall'altro, tuttavia, l'origine fattuale del governo provvisorio, il suo nascere *contro* (altre forze, espressive della Costituzione precedente), il bisogno di operare efficacemente e con urgenza – la transitorietà produceva incertezza e per definizione mal tollerava le lungaggini che avrebbero affossato gli obiettivi – rendevano inevitabile quel certo tratto dittatoriale. La stessa necessità di procedere in modo tempestivo e unitario obbligava a semplificare l'articolazione dei centri di potere assommando nel governo provvisorio funzioni che, nell'ordinamento stabilizzato, sarebbero state esercitate da organi diversi. Occorreva comunque evitare che l'ineliminabile carattere dittatoriale dell'azione degenerasse in terrore e cioè, come tipico dello schema mortatiano, bisognava *giuridicizzare* per quanto possibile l'itinerario di formazione del nuovo Stato[94].

Come è facile intendere, il problema riguardava in primo luogo il trattamento da riservare ai sostenitori del passato regime. Era il tema dell'epurazione, affrontato da Mortati in modo esplicito anche se non nei dettagli. Politicamente esso era in ballo sin dal tardo 1943 – come egli stesso ricordava, l'epurazione rientrava tra le condizioni dettate nell'armistizio dagli alleati – e si era tradotto in norme, il cui perno era contenuto nel d.l.l. 27 luglio 1944 n. 159 che aveva dato luogo a procedimenti sia di natura amministrativa, sia penale. Mortati lo trattava sotto il profilo teorico ed era perfettamente coerente con la propria esposizione. L'epurazione era un passaggio necessario, che doveva essere svolto secondo direttrici di legalità, ma non quella desunta dall'ordinamento fascista, bensì la nuova legalità allora provvisoriamente in corso. Qui sta il nodo del dibattito allora in atto. In contemporanea con l'opera di Mortati si assistette, sulle pagine de *Il ponte*, al confronto pubblico tra Jemolo e Calamandrei[95]. Il primo, che un anno prima in coincidenza con il varo del decreto legge luogotenenziale ora citato aveva già organizzato il *manifesto dei diciannove* criticando alcuni profili di irretroattività della normativa, ribadiva la tesi di stretta legalità, almeno per le norme penali, mentre il secondo apriva a margini di retroattività sottolineando che entrava in gioco quel criterio della *necessità* che nelle situazioni eccezionali, come quelle presenti, autorizzava la deroga ai principi ordinari[96].

Mortati dichiarava che, in attuazione del nuovo rapporto di forze determinatosi, spettava al governo provvisorio sostituirsi agli organi «diventati inidonei [...] per la corresponsabilità nella

[90] MORTATI 1945a, 137 ss.
[91] MORTATI 1945a 145.
[92] MORTATI 1945a, 78-79, 157 e 166.
[93] MORTATI 1945a, 80.
[94] MORTATI 1945a, p. 160, quasi testualmente. Anche l'espressione "giuridicizzare" appartiene a Mortati (161).
[95] I due interventi (JEMOLO 1945 e CALAMANDREI 1945) furono pubblicati nel fascicolo del luglio 1945; del libro di Mortati, aggiornato a provvedimenti emanati alle soglie dell'estate di quell'anno, fu terminata la stampa il 28 agosto 1945. Nel corso degli stessi mesi ebbe vasta risonanza una serie di articoli di un uomo di punta del movimento cattolico conservatore, il gesuita Salvatore Lener, di impostazione strettamente legalitaria (vennero poi raccolti in un'opera unica: LENER 1946).
[96] Dettagli sul *manifesto* e sul dibattito intercorso nel 1945 sull'epurazione in BIROCCHI 2022a. Per l'interpretazione tendenzialmente "rivoluzionaria" del decreto del 27 luglio 1944 in quei mesi del 1945 da parte di Calamandrei v. LANCHESTER 1994c, 142.

politica contro la quale bisognava rivolgersi» e nel contempo occorreva «eliminare dai posti occupati tutti coloro che avevano compiuto opera di collaborazione con il fascismo»[97]. Più generalmente, anzi, oltre che dei titolari di uffici pubblici compromessi col regime, bisognava provvedere all'«esclusione di altri che, con mutata etichetta, o in diversa direzione, perpetuino il comportamento partigiano dei primi e pieghino l'azione dello Stato ad interessi personali o di partito»[98]. Ovviamente, inoltre, doveva essere stabilita la proibizione di ricostituire il partito fascista, anche sotto altro nome e comunque di raggruppamenti con programma affine[99].

Di nuovo, l'azione del governo provvisorio non poteva che manifestarsi con un certo sapore dittatoriale, ma doveva mantenersi entro i binari della (nuova) legalità; il che comportava un provvedimento che, se politicamente veniva sentito come il contraltare dell'epurazione, era il necessario corollario del processo di giuridicizzazione della lotta politica: quello per il disarmo generalizzato della popolazione[100]. Sin dalla fase provvisoria il monopolio della forza doveva passare allo Stato.

5. *La Costituente come centro del processo di transizione: i nodi del governo provvisorio e dei partiti*

Nel discorso di Mortati la Costituente era l'attore decisivo del processo di transizione, pur con i vincoli di ordine internazionale e interno che opportunamente il giurista segnalava; ma per apprezzare la collocazione storica del suo pensiero nel 1945 sono importanti anche i dintorni dell'organismo che si andava a eleggere. Due in particolare, tra loro legati: il Comitato di Liberazione Nazionale, come coagulo delle forze costituenti, che pertanto doveva assumere le redini del governo provvisorio, e i partiti. Per il CLN il giurista non esitava a parlare di organo dello Stato, con una puntigliosa spiegazione che mostra come l'idea di legalità andasse allargata agli atti di volontà emersi negli avvenimenti della fase costituente; e i partiti erano a loro volta soggetti costitutivi dell'ordinamento democratico[101]. Secondo le sue parole:

> «Da un punto di vista rigidamente formalistico si potrebbe [...] sostenere che l'attività del comitato, non apparendo formalmente consacrata in alcun atto attribuibile allo Stato, non sia da considerare come attività di organo, e che invece appartenga alla sfera del pregiuridico. Senonché tale punto di vista, che muove da una concezione ristretta e puramente legalistica della giuridicità la quale impedisce sempre di cogliere nella loro pienezza e di interpretare nel loro esatto valore i fenomeni del mondo del diritto, è soprattutto da evitare quando si debbano cogliere gli elementi di un'instaurazione di fatto. [...] Nei moderni regimi democratici i partiti, siano o no formalmente riconosciuti, entrano a formare un elemento costitutivo dell'ordine giuridico. Sicché il comitato di liberazione, che è appunto espressione delle più rilevanti correnti di opinioni politiche, avrebbe per questo solo titolo una valida pretesa di riconoscimento della qualità di organo»[102].

Il giurista rifletteva sugli avvicendamenti di governo avvenuti a partire dal primo incarico affidato a Badoglio ed era troppo pragmatico per non rendersi conto delle asperità della politica democratica, attraversata in particolare dalle rivalità più o meno accese anche tra i partiti della coalizione; ma esprimeva altresì alcune tendenze ideali che reputava razionali e come tali cercava di farle trapassare

[97] MORTATI 1945a, 138.
[98] MORTATI 1945a, 161.
[99] MORTATI 1945a, 174.
[100] MORTATI 1945a, 161.
[101] Sul CLN nel pensiero di Mortati v. BONFIGLIO 2021, 63-64; più tardi, in adesione a Mortati, v. LAVAGNA 1960, 784-785.
[102] MORTATI 1945a, 155 nt. 1.

dal campo della politica a quello del diritto. Ancora una volta, il momento costituente, nato fattualmente ma provvisto di una volizione capace di imporsi come potere seppur provvisorio, non poteva che incanalarsi immediatamente entro i canoni giuridici. Perciò organismi come il CLN e i partiti, emersi dal niente o dalla clandestinità, al momento precari o precarissimi nelle strutture e nelle adesioni, nella visione di Mortati diventavano protagonisti come soggetti portanti del nuovo Stato (temporaneamente il primo, stabilmente i secondi). Ed ecco allora la distinzione tra i governi badogliani, espressione del tentativo di mantenere in piedi la struttura del vecchio ordinamento, e quelli successivi. Ecco la critica alla proposta di un governo di tecnici, che evidentemente tentava di esorcizzare le divisioni tra i partiti, fingendo che esse non fossero politiche, mentre al contrario si trattava di prendere decisioni politiche, incanalate però entro regole giuridiche. Ecco ancora il rifiuto di procedere scindendo le forze antifasciste in un gruppo di maggioranza che avrebbe dovuto governare, e in un gruppo di minoranza, all'opposizione: pur nella dialettica delle visioni partitiche, per Mortati era vitale che nella transizione si mantenesse la coesione di governo[103].

Mortati delineava un percorso secondo il quale i partiti antifascisti, consapevoli dei compiti di costruzione del nuovo Stato avrebbero dovuto svolgere un ruolo doppio: di parte dell'unità coesa che si esprimeva nel governo provvisorio e, nella società civile, di parte portatrice di ideali e programmi politici su cui il popolo come corpo elettorale sarebbe stato chiamato democraticamente a pronunciarsi. Dunque per loro contemplava due ruoli distinguendo la veste istituzionale, che prevedeva un'attività imparziale, da quella partitica, consistente nel raccogliere e guidare istanze sociali legate al sentire dei propri seguaci[104]. In progresso di tempo, e cioè dopo l'entrata in vigore della Costituzione, sarebbe rimasta solo la seconda funzione, che comunque comportava la dimensione pubblicistica dei partiti e la necessità di una loro regolamentazione giuridica, di contro al lungo disinteresse del diritto nella loro ormai non breve vita[105].

Questo sarà, come è noto, un tema o anzi un assillo costante per Mortati ancora fino al decennio successivo al 1948[106]; ma intanto è importante cogliere il germogliare dell'idea della centralità dei partiti per il loro ruolo costituzionale. Essi diventavano elementi fondamentali della democrazia e il loro operare presupponeva evidentemente il pluralismo. Questa realtà si inseriva nel vecchio schema mortatiano; ora, in un mondo brulicante di aggregazioni intermedie che complessivamente si connotava come società industriale di massa, sin dal *momento costituente*, ma poi anche a regime, si trattava di far coesistere teoricamente l'esigenza del pluralismo con quella della stabilità attorno ai principi e agli interessi portanti del nuovo Stato.

Nell'ottica di Mortati voci e istanze diverse dovevano essere incanalate nelle maglie del diritto; e nella sua panoramica ricostruttiva il giurista dimostrava una sorta di efficientismo geometrico (vedi i suggerimenti sui congegni elettorali). Ovviamente si affidava alla ricetta positivistica, necessaria per formalizzare le varie situazioni entro direttrici di legge[107]. In particolare riteneva necessaria una

[103] MORTATI 1945a, 158-160. La posizione del giurista calabrese si può accostare a quella del Partito d'Azione, che lottò intransigentemente, ma invano, per la «trasformazione del CLN in organismo depositario di una nuova coscienza statuale» (DE ROSA 1955, 133); specificamente per il pensiero dell'azionista Calamandrei nel 1945 v. DE LUNA 2021, 264 e 434 nt. 52.

[104] MORTATI 1945a, 160-161.

[105] MORTATI 1945a, 172.

[106] Una sintesi delle sue posizioni all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione è in MORTATI [1949], succoso opuscolo preparato come lezione agli studenti della Federazione Universitaria Cattolica Italiana. In esso erano ripresi i capisaldi concernenti le funzioni dei partiti negli ordinamenti democratici già messi in evidenza in precedenza; coerentemente il giurista usava ancora la categoria di "parte totale", da intendere «nel senso di parte capace di farsi interprete e di attuare l'interesse generale dell'intera collettività» (MORTATI [1949], 4). Il testo – qui citato nell'edizione originale – è stato ripubblicato in "Nomos. Le attualità nel diritto", 2015, n. 2, con importante *Nota introduttiva* di LANCHESTER 2015 (disponibile in http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2015/10/Mortati_Nomos-2_2015.pdf). Nella medesima rivista (2015, n. 3) è stata edita una serie di saggi su *Concetto e funzioni dei partiti politici* nel pensiero di Mortati.

[107] Una bella pagina su Mortati «positivista ma non legalista» è in ZAGREBELSKY 1989, 65.

«disciplina preventiva» che condizionasse il riconoscimento dei partiti, specialmente in vista della competizione elettorale per la formazione della Costituente: per promuovere il formarsi degli «indirizzi fondamentali da imprimere al nuovo Stato» occorreva evitare l'occasionalità dei raggruppamenti partitici, la loro personalizzazione, la caratterizzazione localistica, la ristrettezza del seguito. Per legge, dunque, si sarebbe dovuto condizionare il loro riconoscimento ai fini della presentazione delle liste elettorali al possesso di requisiti quali il numero minimo degli iscritti e la diffusione degli aderenti in almeno la metà delle circoscrizioni elettorali[108]. Mortati aggiungeva che ai partiti doveva essere in generale assicurata ampia libertà di formazione e di propaganda, ma è evidente che intanto, sul punto che contava, le condizioni richieste erano pesanti[109].

Lo spirito complessivo dell'architettura delineata da Mortati si può così compendiare:

- la presenza di una base democratica formata innanzi tutto dai partiti come organismi di aggregazione necessari «per ordinare le manifestazioni del sentimento politico del popolo» e per l'indiretto controllo sui poteri; quella base doveva essere interiormente vivificata mediante il collegamento con una rete di organismi intermedi espressivi del mondo sociale;
- l'attuazione di una democrazia del lavoro attraverso una compartecipazione del lavoratore alla vita dell'azienda (il giurista parlava ambiguamente di «eliminazione del regime salariato» e di impulso «per un ampio margine a forme di produzione senza impiego di salariato»);
- l'instaurazione di un ordinamento, imperniato sull'equilibrio tra la tutela della personalità umana e del suo necessario agire entro la socialità; esso era considerato storicamente mobile perché espressivo di forze, mentalità e interessi sottostanti alle strutture istituzionali e però racchiusi nelle forme dello Stato (e perciò "regolarizzazione" pubblicistica dei partiti e degli organismi intermedi; decentramento e non autonomia delle regioni)[110].

6. *Concludendo*

Montato in poco tempo, il libro sulla Costituente è un esempio d'uso del diritto comparato e della storia disposto entro un filo conduttore di teoria del diritto, che era un ideale politico; un precipitato del bagaglio culturale dell'autore in relazione ai compiti fondamentali del momento. Nessuna esibizione di erudizione, ma simbiosi di teoria e pratica. Nel merito conteneva un programma interno alla sinistra sociale della Democrazia Cristiana, in quel delicato crinale (il 1945, nei mesi successivi alla Liberazione) in cui si combatté per stabilire gli assetti del Paese.

Rispetto alle proprie elaborazioni degli anni Trenta è evidente la continuità dell'impianto; le acute considerazioni, stese pochi mesi dopo l'opera sulla *Costituente*, sulle nuove condizioni delle società uscite dalla prima guerra mondiale si ricollegavano appunto a bisogni di riconfigurazione degli assetti istituzionali da allora sempre più vivi[111]. E però dopo la caduta del fascismo c'è anche la capacità del giurista di rimodellare l'impostazione con le opportune modifiche in senso democratico. Così la personalità umana, la cui tutela era posta al centro del *Codice sociale* della dottrina cattolica e che però in precedenza tra i giuristi (compreso Mortati) restava in uno sfondo remoto probabilmente per il pericolo che la sua evocazione venisse scambiata per la difesa dall'atomismo ottocentesco, era ora postulata come perno dell'ordinamento insieme ai *luoghi* di aggregazione in cui essa si esprimeva[112].

[108] MORTATI 1945a, 173.

[109] Mortati si spingeva fino al punto di suggerire meccanismi per indurre i partiti allo svolgimento dei propri compiti "costituzionali", nel duplice obiettivo di evitare che essi imponessero agli iscritti una disciplina inaridente e coatta e di favorire i legami con aggregazioni omogenee di interessi in campo economico, storico, ecc. (MORTATI 1945a, 175).

[110] MORTATI 1945a, 199-201 e 214-218.

[111] MORTATI 2019 [1946], 52-55.

[112] Si allude al *Codice sociale. Schema d'una sintesi sociale cattolica* o Codice di Malines (1927), che aveva avuto vari rimaneggiamenti anche in versione italiana e che era stato ristampato ancora nel 1944 per le Edizioni "La civiltà cattolica"; il *Codice di Camaldoli* (stampato nell'aprile 1945) lo aveva rinnovato grazie a importanti riflessioni di intellettuali cattolici (tra cui

Traboccante di storicismo – la costituzione non era una somma di articoli, né un puro affare di invenzione, bensì un organismo vivente[113] – il disegno non poteva che essere quello di una democrazia salda ma moderata. I principi della costituzione, positivizzati ma di per sé di natura programmatica, avrebbero potuto affermarsi gradualmente attraverso l'interpretazione[114].

Rispetto alle proposte correnti, e specificamente quelle del suo partito, le posizioni di Mortati si connotavano per la coerenza e l'assenza di tatticismi: caratteri che, nel panorama politico-ideale del tempo, addirittura danno l'impressione che la moderazione si colorasse di tinte radicaleggianti secondo un giudizio ricorrente tra i suoi avversari[115]. È un profilo che si coglie particolarmente in uno scritto del tutto coevo all'opera qui principalmente commentata, dal momento che apparve nelle stesse settimane in una sede "militante" interna alla DC[116]. Mortati insisteva sul dovere etico di sfuggire alle lusinghe della facile popolarità camuffando le proprie posizioni o non assumendo coraggiosamente le proprie responsabilità di fronte all'opinione pubblica. Alle analisi doveva corrispondere un insieme di proposte coerenti e non contingenti. Da qui la strigliata contro l'attendismo sulla forma di governo, mentre lo schieramento del partito a favore della repubblica doveva essere convinto, spiegando senza remore all'elettorato il coinvolgimento della monarchia nel disastro e la necessità di voltare pagina. Ma il discorso si allargava e il giurista invitava a operare conseguentemente muovendo dalle cause che avevano dato luogo alla crisi sfociata nell'attuale *momento costituente*. Ne individuava due:

> «da una parte, la insufficienza del senso civico, dall'altra, l'indifferenza e la tendenza di aspettare dall'altro o dal di fuori, o di ricercare bell'e fatte le soluzioni dei problemi proposti dalle esigenze di vita associata»[117].

Di conseguenza non si doveva alimentare la tendenza a confidare sugli interventi provvidenziali: al contrario, occorreva instillare la convinzione che a ciascuno competesse «l'iniziativa per la tutela degli interessi comuni e la difesa della libertà»[118]. Qui si rivelava la concezione *forte* e *laica* di repubblicanesimo coltivata da Mortati. Conviene riprodurre i passi essenziali:

> «dovendo nella repubblica tutto il popolo intervenire con funzione direttiva nella gestione dello Stato, quest'intervento non può riuscire proficuo [...] se non ove sussista una sostanziale affinità di interessi e dove i privilegi non siano eliminati: dove cioè il popolo trovi nel comune interesse alla conservazione dell'assetto posto a garanzia degli interessi stessi le energie sufficienti per la loro difesa»[119].

Capograssi: v. CIERVO 2010, 286-289). In campo cattolico dai primi anni Quaranta la rivista *Jus* divenne un centro di aggregazione di energie di rinnovamento teorico/pubblicistico (LANCHESTER 2004, 102); e occorre inoltre ricordare il famoso libro di LOPEZ DE OÑATE 1968 [1942] che, tra le rovine della guerra, muovendo dalla cerchia capograssiana pose con forza la tutela della persona umana quale perno dell'ordinamento. Erano segni evidenti di un antifascismo latente, ma, allora, senza sbocchi politici (cfr. MORO 1979, 177). Dal 1943, invece, nel programma costituzionale del movimento cattolico diventò aperta la centralità della personalità umana (spicca il pensiero dell'allievo di Betti e futuro sindaco fiorentino, Giorgio La Pira). Singolarmente pessimistiche e quasi disperate (ma in sintonia con le sue posizioni sullo Stato e sull'esperienza giuridica) appaiono gli interventi di Capograssi nel 1945, alcuni dedicati specificamente alla costituzione, che a suo dire non interessava quasi nessuno (pubblicati tra il febbraio e il novembre di quell'anno su vari fascicoli del *Meridiano*, sono stati rieditti in CAPOGRASSI 1959, 83-113; notazioni in ANTONETTI 2017, 184-187, MORO 1979, 205 e *passim* e CIERVO 2010, 281-291). Per quanto riguarda Mortati, si può ipotizzare che avesse introitato il personalismo di Mounier attraverso i contatti con il circolo dossettiano (LANCHESTER 1989, 90 e 108 nt. 54).

[113] Così, quasi testualmente, MORTATI 1945a, 198. Come è stato detto, per Mortati esiste «un progresso dell'esperienza costituzionale» (ZAGREBELSKY 1989, 57).

[114] MORTATI 1945a, 212.

[115] Per tutti di recente DE SIERVO 2021, 10 nt. 33.

[116] MORTATI 1945b: il mese ufficiale di pubblicazione (agosto 1945) collima con quello del libro sulla *Costituente*.

[117] MORTATI 1945b, 644. Evidente il legame con le posizioni dossettiane (ANTONETTI 2017, 207).

[118] MORTATI 1945b, 645.

[119] MORTATI 1945b, 646.

Ecco allora il disegno di una democrazia partecipata, a partire dal comparto economico, eliminando le posizioni di vantaggio provenienti dalle rendite familiari o comunque tutti i vantaggi che non derivassero dall'attività del singolo e prevedendo la «partecipazione di ognuno all'attività produttiva in modo da assicurargli in essa una posizione corrispondente alla dignità umana, di fatto responsabile e non di solo strumento passivo»[120]. In definitiva, non una folla amorfa, bensì una «società saldamente organizzata in una molteplicità di gruppi sociali» (partiti, categorie professionali, enti territoriali): era la via da percorrere per «mantenere ferma l'unicità della fonte del potere, formata dal popolo, centro motore di tutto l'apparato statale»[121].

Evidente l'afflato etico per affermare che la politica non doveva essere materia da politicanti[122]. E ci si può chiedere, come talvolta è stato fatto, se il disegno fosse utopico o, piuttosto, realista e, guardando ai risultati, se il giurista sia da annoverare tra i vincenti o i perdenti[123]. Qui importa rilevare che Mortati era un indagatore acuto, capace di riflettere sui dati, di interrogarsi sul loro *perché* (scolasticamente, la causa) e sul loro funzionamento e, conseguentemente, di proporre anche una visione di prospettiva. Nel periodo di transizione, in cui lo abbiamo osservato in particolare guardando al suo impegno *in vista della* Costituente e non *nella* Costituente, quest'ultimo aspetto saliva evidentemente in primo piano determinando l'impegno politico diretto del giurista. E non meno chiaro, a questo punto, è che il gran libro del 1945 si configura come uno snodo tra il primo Mortati e quello che poi agì nell'Italia repubblicana[124].

Si può concludere con una osservazione che riguarda il nucleo della sua riflessione, ovvero la problematica relazione tra politica e diritto. Un rapporto osmotico pacificamente operativo? Da una parte lo sforzo era teso a giuridicizzare le linee fondamentali della politica, sicché queste, calate in modo cosciente ed equilibrato nelle forme del diritto, poi non venissero disattese come semplice enunciazione programmatica: il diritto costituito, insomma, doveva essere preso sul serio e non solo proclamato. Dall'altra parte l'impianto storicistico implicava il mutare degli indirizzi politici, che dunque facevano pressione sul testo costituito reclamando la prevalenza della politica sul diritto. Bastava l'accortezza di una strumentazione elastica nell'espressione della costituzione e nella sua interpretazione per risolvere questo nodo?

Nella vicenda di Mortati, che poi in gran parte è anche la nostra, il momento costituente non poteva che essere (relativamente) breve, denso di speranza, faticoso nella ricerca di un equilibrio fra i partiti antifascisti. Non meno faticoso e però protratto per il resto dell'esistenza fu il poi, che per quanto riguarda la concezione costituzionale del giurista calabrese si tradusse in una metamorfosi: quella per cui la costituzione materiale da *causa* del testo formale si volse a «progetto di trasformazione della società e dello Stato ispirato dalla costituzione formale». Un progetto, comunque, niente affatto campato sulle speranze bensì fondato sul presupposto dell'immediata precettività di quest'ultima a cui «nessuno è autorizzato a rinunciare»[125].

[120] MORTATI 1945b, 646. Non si pensi a un programma economico troppo avanzato: nello stesso 1945 e nell'ambito delle proposte democristiane si segnalano posizioni non meno radicalmente riformatrici come quella di Balladore Pallieri (segnalata da BARUCCI 1980, 687).

[121] MORTATI 1945b, 647 e più complessivamente 647-653.

[122] In due occasioni nell'opera sulla *Costituente* il giurista usava criticamente questa espressione (MORTATI 1945a, 181 e 217); più tardi, in occasione della sua nomina a giudice costituzionale, Francesco De Martino diede calorosamente atto di questa dimensione antipoliticante di Mortati (D'ORAZIO 2017, 264 nt. 49).

[123] È la domanda che circola nell'ammirevole saggio di ROMAGNOLI 2005 (testo che, riferito all'impegno specifico di Mortati nel campo lavoristico, ha però valenza generale).

[124] Periodo che plausibilmente ZAGREBELSKY 1989, 82 s., ha suddiviso in tre fasi, intese però entro una sorta di continuità dinamica (v. anche 53).

[125] ROMAGNOLI 2005, 123; un'acuta conclusione è in BRIGAGLIA 2006, 259.

Riferimenti bibliografici

Amato G. 1990. *Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale*, in Galizia M., Grossi P. (eds.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 231 ss.

Antonetti N. 2017. *I cattolici democratici e i problemi costituzionali (1943-1946)*, in Antonetti N., De Siervo U., Malgeri F., *I cattolici democratici e la Costituzione*, Rubbettino, 151 ss.

Barbera A. 2007. *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in *"una e indivisibile"*, Giuffrè, 9 ss.

Barbera A. 2015. *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*. Annali, VIII, Giuffrè, 263 ss.

Barile P. 1946. *Orientamenti per la Costituente*, La Nuova Italia.

Barucci P. 1980. *Il dibattito sulla «costituzione economica»*, in Rossini G. (ed.), *Democrazia cristiana e Costituente nella società del dopoguerra*. II. *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, Edizioni cinque lune, 673 ss.

Birocchi I. 2015. *Il giurista intellettuale e il regime*, in Birocchi I., Loschiavo L. (eds.), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma TrE-Press, 9 ss.

Birocchi I. 2022a. *Le opposte vicende militanti di Candian e Betti nella crisi del diritto e il reincontro nell'*ordinamento di transizione, in Birocchi I., Mura E., *Il diritto come sistema e il ruolo del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti e di Aurelio Candian*, Edizioni ETS, in corso di pubblicazione.

Birocchi I., 2022b. *Lorenzo Mossa tra il diritto vivente e le teorie del diritto libero*, in *Studi in onore di José Reinaldo de Lima Lopes*, in corso di pubblicazione.

Bonfiglio S. 2021. *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della costituzione in senso materiale*, in Lanchester F., D'Orazio R., *I costituenti della Sapienza*, Wolters Kluwer - Cedam, 59 ss.

Brigaglia M. 2006. *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè.

Buratti A., Fioravanti M. 2010. *Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana nella stagione della Costituente*, in Buratti A., Fioravanti M. (eds.), *Costituenti ombra*, Carocci, 18 ss.

Calamandrei P. 1945. *Postilla,* in «Il ponte», I, n. 4, 285 s.

Capograssi G. 1959. *Opere*, VI, Giuffrè.

Capograssi G. 1990. *Le esercitazioni di Filosofia del diritto (1928-1929)*, in Id., *Opere*, VII, Giuffrè, 391 ss.

Cheli E. 2000. *Prefazione*, in Mortati C. 2000. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Giuffrè, V-X.

Cianferotti G. 1980. *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè.

Ciervo A. 2010. *Giuseppe Capograssi. Dubbi sulla Costituente,* in Buratti A., Fioravanti M. (eds.), *Costituenti ombra*, Carocci, 281 ss.

Costa P. 1986. *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè.

De Cristofaro E. 2016. *Guarentigie legali e resistenza politica: letture dello Statuto durante il ventennio fascista*, in Cortese F. (ed.), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze University Press, 27 ss.

De Donno A. 1944. *La Costituente*, Edizioni Roma.

De Luna G. 2021. *Il partito della Resistenza. Storia del Partito d'Azione 1942-1947*, Utet.

De Rosa G. 1955. *I partiti politici dopo la Resistenza*, in Battaglia A. et al. *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, 113 ss.

De Siervo U. 1980. *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte: scelte e confronti costituzionali*, in Rossini G. (ed.), *Democrazia cristiana e Costituente nella società del dopoguerra*. II. *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, Edizioni Cinque lune, 557 ss.

De Siervo U. 1990. *Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati*, in Galizia M., Grossi P. (eds.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 301 ss.

De Siervo U. 1997. *Rifondazione dello Stato ed idea di Costituente*, in Franceschini C., Guerrieri S., Monina G., (eds.), *Le idee costituzionali per la Resistenza*, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 417 ss.

De Siervo U. 2017. *I cattolici democratici e le scelte della Costituente*, in Antonetti N., De Siervo U., Malgeri F., *I cattolici democratici e la Costituzione*, Rubbettino, 215 ss.

De Siervo U. 2021. *Il ruolo dei giuristi alla Costituente*, in Lanchester F., D'Orazio R., *I costituenti della Sapienza*, Wolters Kluwer - Cedam, 1 ss.

Dogliani M. 1994. *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino.

D'Orazio R. 2017. *L'Archivio Mortati: prime considerazioni*, in Lanchester F. (ed.), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Wolters Kluwer - Cedam, 243 ss.

Fantappiè C. 2015. *Il conflitto delle fedeltà. Arturo Carlo Jemolo e il fascismo*, in Birocchi I., Loschiavo L. (eds.), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma TrE-Press, 159 ss.

Fioravanti M. 2001. *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana* (1990), in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, II, Giuffrè, 657 ss.

Fioravanti M. 2013. *Mortati Costantino*, in Birocchi I., Cortese E., Mattone A., Miletti M.N. (dir.), Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo), II, Il Mulino, 1386 ss.

Fioravanti M. 2019. *Mortati a Weimar. Saggio introduttivo*, in Mortati C. 2019 [1946], *La costituzione di Weimar*, Giuffrè, V-XXII.

Fornasari G. 2013. *Giustizia di transizione e giustizia penale*, Giappichelli.

Fornasari G. 2015. *Giustizia di transizione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VIII, Giuffrè, 547 ss.

Galli C. 1979. *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», IX, 81 ss.

Giannini M.S. 1990. *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in Galizia M., Grossi P. (eds.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 7 ss.

Goldoni M. 2020. *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in Mortati C. 2020. *La teoria del potere costituente*, a cura di Goldoni M., Quodlibet, 9 ss.

Gregorio M. 2013. *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè.

Grossi P. 1999. *Itinerari dell'impresa*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28, t. II, 999 ss.

Jannacone C. 1945. *La Costituente dello Stato democratico*, Vallerini.

Jemolo A.C. 1922. *Crispi*, Vallecchi.

Jemolo A.C. 1932. *Recensione a C. Mortati, L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, in «Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione», XXIV, pt. I, 177 ss.

Jemolo A.C. 1945. *Le sanzioni contro il fascismo e la legalità*, in «Il ponte», I, n. 4, 277 ss.

LANCHESTER F. 1989. *Costantino Mortati e la «dottrina» degli anni Trenta*, in ID. (ed.), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 89 ss.

LANCHESTER F. 1994a. *Il periodo formativo di Costantino Mortati* (1990), in ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, 49 ss.

LANCHESTER F. 1994b. *Il metodo nel diritto costituzionale comparato: Luigi Rossi e i suoi successori* (1993), in ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, 3 ss.

LANCHESTER F. 1994c. *Partiti e sistema elettorale in Piero Calamandrei* (1990), in ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, 139 ss.

LANCHESTER F. 2004. *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Laterza.

LANCHESTER F. 2012. *Mortati Costantino Napoleone*, in Dizionario biografico degli italiani, LXXVII, disponibile in https://www.treccani.it/enciclopedia/costantino-napoleone-mortati_%28Dizionario-Biografico%29/ (consultato il 10 aprile 2022).

LANCHESTER F. 2015. *Nota introduttiva*, in «Nomos. Le attualità nel diritto», n. 2.

LANCHESTER F. 2017. *Mortati e la "legislatura costituente"*, in LANCHESTER F. (ed.), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Wolters Kluwer/Cedam, 15 ss.

LANZA A. 1946. *Estensioni e limiti del potere costituente*, in *Costituzione e Costituente. Atti della XIX Settimana sociale dei cattolici d'Italia. Firenze 22- 28 ottobre 1945*, Edizioni Icas A.R.C.E., 203 ss.

LAVAGNA C. 1960. *Comitati di liberazione*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Giuffrè, 778 ss.

LENER S. 1946. *Diritto e politica nelle sanzioni contro il fascismo e nella epurazione dell'amministrazione*, Edizioni "La civiltà cattolica".

LOPEZ DE OÑATE F. 1968 [1942]. *La certezza del diritto*, Giuffrè.

MALGERI F. 2017. *Il contesto politico*, in ANTONETTI N., DE SIERVO U., MALGERI F., *I cattolici democratici e la Costituzione*, Rubbettino, 19 ss.

MESSINEO A. 1946. *Fonte del potere costituente*, in *Costituzione e Costituente. Atti della XIX Settimana sociale dei cattolici d'Italia. Firenze 22-28 ottobre 1945*, Edizioni Icas A.R.C.E., 175 ss.

MORO R. 1979. *I movimenti intellettuali cattolici*, in RUFFILLI R. (ed.), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, I, Il Mulino, 159 ss.

MORTATI C. 1941a. *Sulla posizione del partito nello Stato*, in «Stato e diritto», II, n. 4-5 (luglio-ottobre), 279 ss.

MORTATI C. 1941b. *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in «Stato e diritto», II, 131 ss.

MORTATI C. 1945a. *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Darsena.

MORTATI C. 1945b. *Perché siamo repubblicani*, in ANTONETTI N., DE SIERVO U., MALGERI F., *I cattolici democratici e la Costituzione*, II, 641-653.

MORTATI C. [1949]. *Concetto e funzione dei partiti politici*, "Quaderni di ricerca" [senza data, ma 1949].

MORTATI C. 1998a [1940]. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.

MORTATI C. 1998b [1945]. *Decisione costituente e continuità dello Stato*, in *Politica d'oggi*, I, n. 1, 15 gennaio 1945, riprodotto in ANTONETTI N., DE SIERVO U., MALGERI F. (eds.), *I cattolici democratici e la Costituzione*. Ricerca dell'Istituto Luigi Sturzo, II, il Mulino, 421 ss.

MORTATI C. 2000 [1931]. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Giuffrè.

MORTATI C. 2019 [1946]. *La Costituzione di Weimar*, Giuffrè Francis Lefebvre.

MORTATI C. 2020. *La teoria del potere costituente*, a cura di Goldoni M., Quodlibet.

MOSSA L. 1941. *Scienza e metodi del diritto commerciale*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», XXXIX, pt. I, 97 ss.

POMBENI P. 1979. *Il gruppo dossettiano*, in RUFFILLI R. (ed.), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, I, il Mulino, 425 ss.

ROMAGNOLI U. 2005. *Costantino Mortati*, in GAETA L. (ed.), *Costantino Mortati. "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Giuffrè, 105 ss.

ROMANO S. 1926. *Corso di diritto costituzionale*, Cedam.

ROMANO S. 1945. *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè.

ROSSI L. 1940. *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Cedam, 25 ss.

RUINI M. 1945. *Verso la Costituente. Problemi della Costituzione*, Edizioni Europa.

SCIUMÈ A. 2002. *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Giappichelli.

TRENTIN S. 1929. *Les transformations récentes du droit public italien. De la charte de Charles-Albert à la création de l'Etat fasciste*, Giard.

WEGERICH Ch. 2004. *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann [1878-1963]*, Mohr Siebeck.

ZACHER C. 2002. *Die Entstehung der Wirtschaftsrechts in Deutschland*, Duncker & Humblot.

ZAGREBELSKY G. 1989. *Il metodo di Mortati*, in LANCHESTER F. (ed.), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 51 ss.

ZAGREBELSKY G. 1998. *Premessa*, in MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.

«UN LIBRO CHE NON HA MAI FINITO DI DIRE QUELLO CHE HA DA DIRE»: LA COSTITUENTE DI COSTANTINO MORTATI

GIOVANNI **BISOGNI**

&dq

«Un libro che non ha mai finito di dire quello che ha da dire»: La Costituente di Costantino Mortati

«A book which has never exhausted all it has to say». Costantino Mortati's La Costituente

GIOVANNI BISOGNI

Professore associato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli studi di Salerno.
E-mail: gbisogni@unisa.it

ABSTRACT

Costantino Mortati è un classico e – nelle parole di Italo Calvino – un classico «non ha mai finito di dire quello che ha da dire». Scopo dell'articolo è soffermarsi, in particolare, sulla sua concezione del potere costituente che, per quanto datata, non ha ancora «finito di dire quello che ha da dire». Tale concezione giace su un equilibrio che, per Mortati, è essenziale affinché un ordinamento giuridico possa dirsi democratico e aspirare alla stabilità e alla durata: l'equilibrio fra ciò che è "formale" (nel senso di "procedurale") e ciò che attiene al contenuto degli atti giuridici nonché fra ciò che è "formale" (nel senso di "ufficiale") e ciò che è "materiale" (nel significato ben noto che Mortati attribuisce a questo termine). Tale equilibrio verrà illustrato in tre passaggi: 1. la posizione di Mortati nell'alternativa fra formalismo e sostanzialismo; 2. il raffronto con Carl Schmitt; 3. il sostanzialismo di Mortati e il suo rapporto con il diritto naturale.

Costantino Mortati is a classic and – in Italo Calvino's words – a classic «has never exhausted all it has to say to its readers». The present paper focuses, in particular, on his conception of constituent power that, albeit old-fashioned, has not yet «exhausted all it has to say». This conception lies on a balance that, in Mortati's view, is essential if any legal system may be said to be democratic and may aim to be stable and long-lasting: the balance between what is "formal" (in the sense of "procedural") and what has to do with to the content of legal acts, as well as between what is "formal" (in the sense of "official") and what is "material" (in Mortati's well-known significance). Such an interpretation will be shown through three steps: 1. Mortati between formalism and substantivism; 2. the comparison with Carl Schmitt; 3. Mortati's substantivism and its relationship to natural law.

KEYWORDS

Mortati (Costantino), potere costituente, formalismo, sostanzialismo, Schmitt (Carl)

Mortati (Costantino), constituent power, formalism, substantivism, Schmitt (Carl)

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

«Un libro che non ha mai finito di dire quello che ha da dire»: *La Costituente* di Costantino Mortati

GIOVANNI BISOGNI

1. *Mortati fra formalismo e sostanzialismo* – 2. *Mortati e Schmitt* – 3. *Sostanzialismo giusnaturalistico?*

Da un certo punto di vista ristampare *La Costituente* sarebbe d'interesse solo per gli storici del diritto, ma non per i teorici né tantomeno per i giuristi di diritto positivo.

La ragione è semplice. Con la caduta del Muro di Berlino e l'adesione dei paesi facenti parte del Patto di Varsavia all'UE è finita l'epoca in cui un popolo possa perseguire – per adoperare un sintagma tipicamente mortatiano – un «fine politico fondamentale» completamente diverso rispetto al passato. È iniziata, invece, l'epoca in cui thatcherianmente «there is no alternative» rispetto al «fine politico fondamentale» proprio dell'UE, che tollera solo adeguamenti dell'ordinamento costituzionale ad esso, ma non contrapposizioni radicali – se non al prezzo non certo di rivoluzionare l'Unione, ma semplicemente di abbandonarla.

A ciò si aggiunga che sin dal 1998 ovvero quando il *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* decise di ripubblicare *La costituzione in senso materiale*, Mortati non andava per la maggiore. Gustavo Zagrebelsky proprio in apertura della sua premessa alla ristampa riportò un episodio accaduto al congresso dei costituzionalisti italiani del 1994 che, a suo dire, testimoniava dello scarso seguito di cui ormai godeva il costituzionalista calabrese: in una delle sue sessioni l'oratore, nel dichiarare espressamente l'opportunità di metter da parte quella dottrina, «fu applaudito a scena aperta e quell'applauso, di fronte a una notazione che, in altri tempi, avrebbe almeno fatto discutere, è rappresentativo di uno stato d'animo diffuso»[1].

Certo, rimarrebbe la consolazione di poterlo usare in termini critici, un po' come si fa oggi con Carl Schmitt. Un autore inutilizzabile sotto il profilo propositivo a causa della natura eccessivamente verticale e monistica delle soluzioni offerte, ma ancora valido «come matrice critica rispetto alla quale non si può che essere oltre ma mai del tutto affrancati» – «un tramonto senza fine», come è stato giustamente detto[2].

In questo scritto si cercherà di argomentare il contrario. La convinzione che lo sorregge è che Mortati sia un "classico" ovvero – per dirla con le parole di Italo Calvino – «non ha mai finito di dire quello che ha da dire»[3]. Fuor di metafora, Mortati non serve solo a svelare le aporie, le incongruenze, i semplicismi teorici di coloro i quali vorrebbero porsi alle spalle un modo di fare giurisprudenza e filosofia politica legato a termini come "sovranità", "partito", "indirizzo politico". Non v'è dubbio che in tempi liquidi come quelli attuali questo lessico mostri un po' l'età, ma è altrettanto indubbio che è il medesimo lessico – se si vuole, proprio il potere costituente e la sua "logica" – ad essere implicito, sempre per rifarsi allo scenario europeo, al "tormento" costituzional-costituente da cui è afflitta una UE politicamente e giuridicamente sempre più ingombrante e Stati membri che, a sentire il tribunale costituzionale di Karlsruhe, rimangono ancora «die Herren der Verträge»[4].

[1] Zagrebelsky 1998, VII.
[2] Preterossi 2004, 5 ss.
[3] Calvino 1995, 7.
[4] BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08, cd. Lissabon Urteil.

Scopo delle brevi note che seguono è soffermarsi su questa "logica" e afferrarne l'*ubi consistam*. Esso, come vedremo, riposa su un equilibrio che è assolutamente imprescindibile se un dato ordinamento intenda definirsi democratico ed aspirare alla stabilità e alla durata: l'equilibrio fra ciò che è formale (nel senso di procedurale) e ciò che attiene al contenuto degli atti giuridici nonché fra ciò che è formale (nel senso della sua ufficialità) e ciò che è materiale (nel senso ben noto che Mortati attribuisce a questo termine). Tale equilibrio verrà illustrato in tre passaggi: 1. la posizione di Mortati nell'alternativa fra formalismo e sostanzialismo; 2. il raffronto con Carl Schmitt; 3. il sostanzialismo di Mortati e il suo rapporto con il diritto naturale.

1. *Mortati fra formalismo e sostanzialismo*

Quando Mortati si oppone al formalismo, è figlio del proprio tempo. All'epoca il formalismo consisteva nell'uso di forme giuridiche elaborate sotto lo Stato liberale di diritto ma per contenuti ben diversi, e molto spesso incompatibili, rispetto a quelli che fino a poco tempo prima le caratterizzavano ordinariamente: ad esempio, un parlamento pensato per e vissuto sulla base di un suffragio censitario, ma popolato da forti partiti di massa; una pubblica amministrazione che si rapportava ai cittadini tendenzialmente solo con atti d'imperio e che ora svolge anche attività imprenditoriale; contratti di lavoro subordinati concepiti per parti individuali e che ora pretendono di essere "collettivi"... Se in passato tali istituzioni e tali concetti erano stati studiati in maniera "formale" ovvero indipendentemente dal contenuto che poteva avere una legge, un atto amministrativo, un contratto, lo si doveva ad un non-detto: la convinzione in base alla quale la legge non sarebbe mai stata il prodotto degli interessi di una classe sociale a dispetto di un'altra; gli atti amministrativi sarebbero stati espressione dell'autorità dello Stato e non certo atti aventi scopo di lucro; il contratto sarebbe stata la manifestazione dell'autonomia morale di ciascun individuo e non certo l'accomodamento negoziato di interessi di gruppo...

Dinanzi a tale quadro le opzioni erano due. La prima consisteva nel separare la forma dal contenuto. Quest'ultimo è ormai soggetto a contestazione sia politica che culturale e si è tramutato in "politeismo", ragion per cui l'unica istanza che può offrire un barlume di certezza e neutralità è solo la "forma". È questa – come noto – la pista battuta consapevolmente da Hans Kelsen[5]. Il diritto non solo non è "realtà" – appartiene al dover-essere –, ma soprattutto può avere qualsiasi contenuto. Non si dà contenuto che la legge, l'atto amministrativo, il contratto non possano avere: basta che siano proceduralmente validi ovvero che siano stati prodotti conformemente al procedimento prescritto dal diritto positivo per la loro esistenza (normativa). Ovviamente, se legge, atto amministrativo, contratto possono avere qualsiasi contenuto, possono averne anche di palesemente contradditori, ma questo, per Kelsen, non rappresenta un serio problema: l'importante è essere autorizzati da una norma di diritto positivo a produrre quel contenuto, con buona pace della coerenza e dell'unità dell'ordinamento, che a questo punto non può che essere solo "dinamica" – in breve, l'unitarietà della catena di comando, non di ciò che è comandato.

Non è questa l'opzione prescelta da Mortati. La forma non va separata dal contenuto e non per ragioni giusfilosofiche particolarmente sofisticate – ragioni che comunque si percepiscono in tutta la riflessione di Mortati[6] –, ma non foss'altro perché

> «può accadere che la forma prevista per la revisione sia impiegata allo scopo di procedere ad una radicale trasformazione dell'assetto preesistente, e, viceversa, che si adottino procedimenti più o meno di-

[5] E rinnovata oggi da Natalino Irti: IRTI 2007.

[6] Sulla filosofia del diritto di Mortati, per quanto egli non si sia mai voluto cimentare in ricerche propriamente giusfilosofiche, vd. almeno BRIGAGLIA 2006. Per una introduzione generale al pensiero mortatiano valgono ancora oggi LANCHESTER 1989 e GALIZIA, GROSSI 1990.

vergenti da quello regolato nella costituzione per apportare a questa modifiche, le quali non ne alterino l'essenza»[7].

Se si vuole cogliere questa "essenza", se si vuole accertare qual è il contenuto appropriato ad una data procedura – nel caso di specie, una revisione costituzionale –, occorre andare al di là della "forma", (intesa stavolta come sinonimo di ufficialità). Se invece si rimane attestati al diritto consacrato nei testi dotati di autorità, se non si fa lo sforzo di coglierne il principio generatore, il suo fondamento materiale di validità, una revisione proceduralmente corretta ma sostanzialmente eversiva della costituzione e, viceversa, una revisione *extra ordinem* ma sostanzialmente costituzionale risulteranno indecifrabili. Non si tratta di rilevare, sociologicamente, che senza determinati presupposti il diritto "ufficiale" non potrebbe funzionare; oppure – più polemicamente – che esso non è l'unico diritto, ma ne esiste un altro accanto al primo. Per Mortati occorre andare oltre queste pur condivisibili posizioni e comprendere che, se esiste una costituzione formale, è perché essa rimanda ad una costituzione materiale che l'ha creata, ad un "contesto", inteso non in senso generico e vago, ma strutturato e articolato in «forze materiali e principi politici», di soggetti decidenti e di contenuti da attuare, per così dire, di attori e copioni da interpretare, che rappresentano gli «elementi direttivi, precedenti e trascendenti quell'ordine [formale]»[8].

Mortati aveva già effettuato questa scelta prima del secondo conflitto mondiale e la ricerca aveva condotto a quella "costituzione in senso materiale" che costituisce l'oggetto del suo *opus magnum*. Lo scritto dedicato al potere costituente coglie questa nozione nel suo momento genetico e mostra forse in maniera più efficace del testo del 1940 l'essenzialità del partito politico quale elemento – «quello strumentale»[9] – della costituzione in senso materiale.

L'approccio di Mortati al tema del potere costituente non è astratto. È ovvio che ogni ordinamento ha una propria costituzione in senso materiale ed ha avuto un potere, per così dire, costituente semplicemente perché ha generato la costituzione in senso materiale, ma Mortati sa che ricerche del genere finirebbero con l'essere troppo vaghe per un'indole come la sua, molto attratta della determinatezza e dalla concretezza[10]. Perciò la storia conta in Mortati; e la storia di cui si occupa è quella dello Stato moderno[11]. Lo Stato moderno è un aggregato politico che storicamente ha mostrato due regolarità: la prima consiste nel monismo ovvero nel costituire un «centro unico di autorità»[12] su un dato territorio, accompagnato dalla «coercibilità del comando statale»[13]; la seconda sta nella partecipazione ovvero «nell'attribuzione alla persona umana di un suo autonomo ed insopprimibile valore»[14], il che postula che qualsiasi potere politico debba direttamente o indirettamente legittimarsi in base a questo valore. Ovviamente, queste due regolarità si sono manifestate in misura quantitativamente diversa sotto il profilo sia sincronico che diacronico, ma, per Mortati, non v'è dubbio che a partire dagli inizi del Novecento si debba registrare «una influenza sempre maggiore del corpo elettorale sugli eletti»[15]. Il portato di questa

7 MORTATI 2020 [1945], 45.

8 MORTATI 2020 [1945], 40.

9 MORTATI 1998 [1940], 74. Da un punto di vista teorico *La costituente* può considerarsi una sorta di spin-off de *La costituzione in senso materiale*: per uno studioso desideroso di porsi giuridicamente al di là dello Stato sarebbe stato inevitabile confrontarsi prima o poi con la sorgente della sua costituzione, la cui trattazione in effetti è quasi del tutto assente nel saggio del '40 (il termine "costituente" spesso si riferisce al potere di revisione costituzionale). Sul potere costituente in Mortati cfr. da ultimo LANCHESTER 2017; un'eco in lingua inglese si ha in COLÓN-RÍOS 2020, 216 ss., e più diffusamente sul pensiero mortatiano CROCE, GOLDONI 2020.

10 È quello che Mortati chiama il potere costituente in un senso assoluto su cui – non a caso – Mortati espressamente non intende soffermarsi (cfr. MORTATI 2020 [1945], 41-43).

11 Sull'importanza della storia in Mortati cfr. ZAGREBELSKY 1989, 51 ss.

12 MORTATI 2020 [1945], 32.

13 MORTATI 2020 [1945], 32.

14 MORTATI 2020 [1945], 87.

15 MORTATI 2020 [1945], 111.

tendenza sta nell'emersione del partito politico che, sulla base di una più o meno circostanziata ideologia, si fa protagonista decisivo nell'esercizio del potere costituente e, dunque, anche del quotidiano funzionamento della costituzione in senso materiale. È questa la "materia" che Mortati vede al di là della costituzione in senso formale. Ed è molto più visibile in sede costituente perché in tal caso la costituzione formale non esiste ancora, e in un'epoca caratterizzata da un crescente coinvolgimento politico degli individui

> «non sembra controvertibile che al funzionamento degli ordinamenti statali basati sulla partecipazione attiva di larghe masse di cittadini sia necessaria l'esistenza, di raggruppamenti, che soddisfino nel campo politico quello stesso bisogno associativo, che è nel fondo della natura umana e condizione necessaria per la soddisfazione di interessi collettivi»[16].

Certo, è una "materia" che oggi può considerarsi, se non proprio dissolta, quantomeno molto ridimensionata. Il partito di massa che era ciò cui Mortati aveva dinanzi dagli anni '30 in poi quasi non esiste più[17] – e si potrebbe discutere se ciò rappresenti un vantaggio in termini di maggiore partecipazione politica. Anche lo Stato è molto meno monista di quanto Mortati pretendesse e lo testimoniano già le *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*[18], ove il fenomeno di pluralizzazione sociale e politica è giudicato da Mortati così spinto da fargli pensare «ad un ricorso storico di reviviscenza dello Stato feudale di ceti, a sovranità frazionata, con una connessa pluralità di lealismi e conflitti di lealtà»[19]. Sul piano dei contenuti, poi, occorrerebbe aggiungere il diritto dell'Unione europea che certo non è nato da un potere costituente, ma di fatto è divenuto un diritto costituzionale, in parte consonante, ma in parte anche dissonante – si pensi, ad esempio, ai diritti sociali – rispetto alla nostra Costituzione.

Sembrerebbe, allora, che avesse ragione Kelsen. Come anni fa aveva acutamente rilevato Maurizio Fioravanti, il giurista oggi o è "un politico del diritto" – non un interprete, ma quasi un mediatore di interessi attraverso la forma giuridica – o è un "tecnico del diritto" – un interprete che si limita e deve limitarsi a certificare il *pedigree* delle norme che deve applicare[20]. Dinanzi ad un quadro del genere usare ancora la nozione di costituzione in senso materiale può risultare quasi fuori moda – se non addirittura indizio di sospetto sovranismo. Al giurista contemporaneo si chiede di essere fedele più che ad un – ormai presunto – «fine politico fondamentale», a qualcosa che si vuole sia molto meno politico e molto più giuridico ovvero a principi i quali, proprio perché svincolati da forze politiche nazionali, possono essere ricavati dalle «tradizioni costituzionali comuni» (art. 6 TUE).

Eppure, per Mortati l'equilibrio fra procedura e contenuto, fra chi decide e che cosa si decide, fra diritto formale e diritto materiale, rappresenta la normalità del giurista. In effetti, se si prescinde dal profondo disincanto kelseniano – che non a caso non ha avuto seguito sul piano interpretativo – il formalismo, inteso come attenzione esclusiva sia alle procedure che alla sola legalità, è un lusso e ce lo si può permettere solo in periodi storici – come il XIX secolo – decisamente

[16] MORTATI 2020 [1945], 112.

[17] Cfr. per tutti IGNAZI 2012, e soprattutto IGNAZI 2019 [2017].

[18] Pubblicata nel 1973, ora in MORTATI 2020, 129 ss.

[19] MORTATI 2020, 145. In effetti, il limite maggiore di Mortati sta proprio nell'eccessivo monismo. Già ne *La Costituente*, infatti, egli ritiene che «il regime democratico è basato sulla discussione e sulla persuasione, sull'alternativa al potere di partiti diversi, e questa evidentemente non potrebbe avere luogo se i partiti fossero portatori di concezioni politiche in così radicale contrasto fra di loro da non potere coesistere» (MORTATI 2020 [1945], 93). E in effetti, a titolo confermativo, Mortati si rifiuterà sempre di attribuire alla Corte costituzionale alcun ruolo politico, anche solamente nella forma della funzione di indirizzo politico-costituzionale (proposta avanzata, ad es., da BARILE 1967 (1962, ma in realtà 1960), 444 ss., sulla base dell'idea che il pluralismo sociale va composto politicamente in parlamento e non articolato sul piano istituzionale (cfr. MORTATI 1972b [1962], 79 ss.).

[20] FIORAVANTI 2001 [1987], 605 ss.

stabili sotto il profilo sociale ed economico, alimentando l'idea di poter distogliere lo sguardo dalla realtà sulla quale il diritto viene calato. Ma al di fuori di questa ipotesi è fisiologico assumere le forme giuridiche anche in rapporto al contesto in seno al quale sono destinate ad operare, alle finalità obbiettivamente perseguite con il loro uso e ai contenuti di cui possono essere normalmente – e vengono contingentemente – munite.

Si badi: questo equilibrio fra forma e sostanza non rappresenta uno dei tanti criteri cui il giurista può ricorrere in quel gioco di guardie e ladri che è l'interpretazione fra legislatore e interpreti. Sotto il profilo teorico-interpretativo il "sostanzialismo" di Mortati si pone a monte degli svariati strumenti a disposizione del giurista e magari contribuisce a definirne il perimetro di agibilità[21]. Potrebbe essere approssimato, ad esempio, a quell'«accordo generale circa l'applicabilità dei termini classificatori» che, secondo Hart, prescinde dai «canoni interpretativi» e che permette di individuare i cd. «casi normali, in cui i termini generali sembrano non avere bisogni di alcuna interpretazione e in cui il riconoscimento degli esempi appare non problematico o "automatico"»[22]. Oppure, forse con maggiore appropriatezza, a quelli che Alf Ross chiama «fattori pragmatici dell'interpretazione» – fattori che non mancano mai nell'interpretazione, foss'anche solo nella forma del «senso comune», e che, quando sono «più alti» prendono la «veste di deliberazioni circa le conseguenze di una interpretazione, valutate e reciprocamente misurate alla luce dei valori fondamentali»[23].

Certo, questi «fattori pragmatici» non sono gli stessi che Mortati divisava tra gli anni '30 e gli anni '40. E si può anche essere d'accordo sul fatto che non sia facile oggi per un interprete individuarne i nuovi con la stessa sicurezza di Mortati. Ciò di cui non si può dubitare è, però, la loro rilevanza: al giurista europeo sarà richiesto di prendere le distanze dalla propria costituzione in senso materiale, e tuttavia deve essere sufficientemente attento a cogliere quei «fattori pragmatici» posti al di là della legalità del diritto europeo e che si condensano in quell'ordoliberalismo che ha rappresentato fino ad oggi la filosofia del diritto europeo quantomeno da Maastricht in poi[24]. Ma, poi, una nozione come quella di costituzione materiale, con tutta la sua "densità" politica, è davvero da archiviare alla storia allorquando la Corte costituzionale italiana nella ben nota ordinanza n. 24 del 2017 si è trovata ad opporre alla altrettanto nota decisione sul cd. caso Taricco della Corte di Giustizia dell'Ue l'«identità costituzionale della Repubblica italiana», fino al punto da affermare espressamente che «se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse

[21] Non si dimentichi, infatti, che ne *La costituzione in senso materiale* la «funzione del fine politico nell'interpretazione della legge» (come pure in caso di lacune) rappresenta solo una delle funzioni di «unificazione del sistema giuridico» svolte dalla nozione di costituzione in senso materiale (cfr. MORTATI 1998 [1940], 164 ss.).

[22] HART 1991 [1961], 149. Del resto, può aggiungersi che la costituzione in senso materiale, al pari della norma di riconoscimento, sia essenzialmente una "pratica sociale": al pari della prima, «nella maggior parte dei casi la norma di riconoscimento non viene dichiarata, ma la sua esistenza *si manifesta* nel modo in cui vengono individuate le norme particolari, da parte dei tribunali o di altri funzionari o dei privati o dei loro consiglieri» (HART 1991 [1961]., 120, sebbene vada riconosciuto che la nozione mortatiana ha il pregio di essere molto più precisa e soprattutto più "contenutistica" rispetto alla versione da pedigree offerta da Hart).

[23] ROSS 1990 [1958], 137-139. L'analogia risulta tanto più appropriata quanto più si tiene presente che, come in Mortati la costituzione materiale non è affatto riducibile ad uno dei tanti criteri interpretativi a disposizione (e soprattutto all'interpretazione teleologica), così anche in Ross la «interpretazione pragmatica non può essere identificata con l'interpretazione dal punto di vista dello scopo o dell'indirizzo politico» (ROSS 1990 [1958], 138). Detto in altri termini, e guardato dalla prospettiva della teoria dell'interpretazione giuridica, il "sostanzialismo" di Mortati vuole far luce su quelli che sono definiti «argomenti di secondo livello», che «servono esattamente a stabilire, o a enunciare, i criteri di selezione, di utilizzazione e di gerarchizzazione degli argomenti interpretativi astrattamente disponibili» – argomenti che, non a caso, «sembra appropriato compendiare nella nozione di "ideologia giuridica"» (PINO 2021, 316 s.).

[24] Non v'è dubbio che i «fattori pragmatici» nell'interpretazione del diritto europeo siano variati nel corso del tempo e che certo sono più articolati di quanto il mero riferimento nel testo all'ordoliberalismo lasci presumere (per una ricostruzione del genere cfr. almeno ITZCOVICH 2006); ma è altrettanto indubbio quanto quella interpretazione non sia stata mai – per dirla con Ross – solo secondo «l'uso linguistico» e sia sempre stata condizionata da «considerazioni pragmatiche».

l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale (...), questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo»?

2. *Mortati e Schmitt*

Questo modo di concepire procedure e contenuti come pure legalità e legittimità rappresenta una buona prospettiva per soffermarsi sul rapporto fra Mortati e il pensiero di Schmitt. Le distanze fra i due derivano, infatti, proprio dal peso che il primo dà ai "contenuti" della decisione costituente – il che conferisce alla concezione mortatiana del potere costituente una forza esplicativa e un nitore concettuale incomparabilmente superiori[25].

Anche in tal caso il testo del '45 è largamente debitore del testo del '40; ma anche in tal caso la prospettiva costituente evidenzia più efficacemente di quel testo la critica che Mortati muove Schmitt. Si tratta di una critica nota: Schmitt fa bene a non attestarsi al solo diritto "formale", ma ciò che Schmitt vi vede al di là è troppo indeterminato per un giurista. In particolare, non è chiaro chi prenda la decisione che rappresenterebbe il fondamento di tutto l'ordinamento giuridico, né come essa si strutturi proprio allo scopo di svolgere questa funzione fondativa.

Per Schmitt la decisione costituente – il «soggetto del potere costituente»[26] – può essere o il re o il popolo[27].

Di questi due, poi, a ben vedere quello "autentico" è il popolo e non il re. Il potere costituente, per Schmitt, crea un ordine dal nulla e, se vuole rimanere costituente, non deve costituirsi, ma rimanere come una sorta di fonte di energia politica cui ricorrere in caso di bisogno. Invece, un monarca, soprattutto quello ereditario (e non elettivo), è intrinsecamente un potere costituito: esso solo in maniera traslata può essere definito come potere costituente e, in effetti, per Schmitt questo costrutto nasce storicamente durante la Restaurazione allo scopo di replicare al successo di quella che è la formula originaria del potere costituente: il potere costituente del popolo[28].

Ora, sia per Schmitt che per Mortati il popolo è concetto politico, non sociologico. Fino a quando non è capace di agire politicamente un aggregato di individui è – per usare un termine hobbesiano, autore caro ad entrambi – moltitudine. Lo scarto fra i due è rappresentato dai requisiti necessari affinché una moltitudine diventi popolo. Per Schmitt tale passaggio si ha quando emerge la nazione: il potere costituente è il potere della nazione di dare forma alla propria esistenza politica e tale forma sarà la propria *Verfassung* ovvero quella che in termini mortatiani è la costituzione in senso materiale.

Ma come fa una nazione ad esercitare il potere costituente? Per Schmitt, essa è unità politica: è, come detto, un insieme di essere umani che è, però, soggetto dotato di autocoscienza politica. E per Schmitt vi sono solo due «principi di forma politica contrapposti, dalla cui realizzazione ogni unità politica assume la sua forma concreta": "identità" e "rappresentanza"»[29]. Il principio

[25] Non è casuale, infatti, che nelle *Brevi note* Mortati, del pensiero di Carl Schmitt, apprezzi senza riserve solo la sua concezione del diritto come ordinamento concreto in quanto «è proprio l'asserita isolabilità, o della norma, o della decisione, che si rende impossibile, come impossibile è intendere queste ultime senza un sostrato concreto, che è l'ordinamento» (MORTATI 2020 [1973], 131 s. in nota). Del resto, la teoria del diritto come ordinamento concreto è espressamente appaiata da Schmitt all'istituzionalismo di Santi Romano, al quale almeno in parte si deve quella maggiore robustezza teorica del potere costituente che nel testo è attribuita a Mortati rispetto a Schmitt. Sul rapporto fra Schmitt e Mortati e fra Mortati e Romano ancora utili sono rispettivamente CATANIA 2013a [2001], nonché CATANIA 2013b [2002], 97 ss. e 117 ss.

[26] SCHMITT 1984 [1928], 112.

[27] In realtà, Schmitt aggiunge anche una terza possibilità – evidentemente ricalcata sulla tradizionale tripartizione in monarchia, aristocrazia, democrazia – ovvero una «minoranza» (SCHMITT 1984 [1928], 117), ma è un'ipotesi alla quale, come si vedrà meglio infra, egli non attribuisce pari dignità rispetto agli altri due soggetti.

[28] Cfr. SCHMITT 1984 [1928], 116 s.

[29] SCHMITT 1984 [1928], 270.

di "identità" è schiettamente democratico: risponde all'ideale dell'autogoverno e mira a realizzare una unità politica in cui ogni membro obbedisce solo a sé stesso. Questo ideale nella sua purezza è, tuttavia, irrealizzabile. Innanzitutto, occorrerebbe stabilire chi siano i suoi membri (per sesso, per religione, per lingua etc.), ma, essendo soggetto costituente, non può esservi una norma previa che indichi chi faccia parte della nazione. A ciò si aggiungano due effetti paradossali: una piena attuazione del principio di "identità" conduce all'an-archia ovvero all'eliminazione della distinzione fra governanti e governati e – secondo effetto –, se idealmente tutti possono essere governanti di sé stessi, allora non esisterà una nazione, ma solo il genere umano senza distinzione (politica) fra popoli. Pertanto, per Schmitt, una certa dose, anche di minima, di "rappresentanza" è inevitabile: la nazione esiste solo se vi sia una persona o un gruppo ristretto di persone (leggi: un'assemblea) che la rappresenti. In altri termini, la nazione non esiste come entità empirica, ma solo nel riflesso che ne dà il rappresentante. Anche in tal caso, come non si dà una norma previa che definisca i membri della nazione, così non può darsi criterio *ex ante* che individui chi sia il rappresentante. L'unico criterio è l'effettività: è la capacità del rappresentante di saper rendere l'unità politica della nazione e tale capacità ha la sua prova nella «acclamazione»[30] che quest'ultima fa dell'operato del rappresentante.

Orbene, per Mortati, questa ricostruzione del potere costituente del popolo, pur essendo per certi aspetti condivisibile, è affetta da due limiti.

Il primo consiste nell'intravedere continuità dello Stato anche dinanzi a macroscopiche discontinuità politiche. Per Schmitt, se la nazione non viene meno ovvero se la rappresentanza funziona, è irrilevante se il rappresentante sia un parlamento borghese oppure un soviet supremo: «L'unità politica come intero può continuare ad esistere nonostante le modifiche ed i cambiamenti della costituzione»[31]. E a questa tesi, per Mortati, si giunge a causa del secondo limite cui va incontro la nozione schmittiana del potere costituente del popolo ovvero l'indeterminatezza. Ed infatti, Schmitt può permettersi di argomentare la perfetta continuità dello Stato perché, una volta certificata l'effettività del meccanismo rappresentativo, diventa del tutto irrilevante come la nazione sia riuscita a dotarsi di una costituzione oppure, in caso di potere costituente «derivato», come abbia potuto disfarsi della precedente e produrne una nuova e opposta a quest'ultima.

Per Mortati, invece, data l'inaccettabilità del primo limite, occorre porre rimedio al secondo. Detto altrimenti, se non si vuole giungere all'assurdo di qualificare come revisione costituzionale «ogni variazione nell'ordinamento dei poteri supremi o nella posizione dei fini, per quanto radicale»[32], giocoforza si deve penetrare nel mistero della rappresentanza ed indagare come si passi dalla nazione alla costituzione: più precisamente, occorre portare alla luce quel

> «principio organizzativo specifico, che introduca certi rapporti di dominio e di soggezione fra gli appartenenti ad esso, e cioè il predominio di certe forze, le quali riescono ad imporre una propria concezione dell'ordine associativo ed a coordinare intorno ad essa tutta la serie delle relazioni sociali»[33].

Per Mortati non basta che un potere agisca al di fuori delle norme giuridiche ufficiali e sia effettivo per potersi dire costituente: un potere del genere potrebbe muoversi al di fuori dell'ordinamento formale anche al solo scopo di salvaguardarlo. È solo la considerazione della sua «conce-

[30] SCHMITT 1984 [1928], 120.

[31] SCHMITT 1984 [1928], 132. E poco più in là, dinanzi al quesito se l'esecuzione di Luigi XVI abbia interrotto la continuità dello Stato francese oppure se la rivoluzione bolscevica abbia infranto o meno la continuità dello Stato russo, si risponde che «corrisponde proprio alla logica democratica l'accettazione della continuità anche in questi casi. Infatti, la teoria democratica conseguente non conosce nessuna altra costituzione legittima se non quella che su basa sul potere costituente del popolo» (SCHMITT 1984 [1928], 134).

[32] MORTATI 2020 [1945], 50.

[33] MORTATI 2020 [1945], 51.

zione dell'ordine associativo»[34], è solo dando rilievo al "contenuto" della sua azione che è possibile accertare la compatibilità con la costituzione materiale esistente o la volontà di sostituirla. Tutt'al contrario per Schmitt, per il quale ciò che conta è l'unità politica di un popolo ovvero lo Stato, a discapito della sua «specie» e della sua «forma» – la sua costituzione –: se l'unità politica si raggiunge solo nel riflesso che ne offre il rappresentante, per Schmitt è sufficiente che il riflesso funzioni indipendentemente da ciò che lo "specchio" restituisca[35]. In altri termini, a Schmitt non interessa che tipo di spettacolo il rappresentante stia mettendo in scena, ma più semplicemente che lo spettacolo funzioni e solo l'applauso del pubblico lo decreterà[36].

A ben vedere questo scetticismo schmittiano sui contenuti è fondamentalmente parallelo a quello kelseniano. Anche in Schmitt, al pari che in Kelsen, agisce un'antropologia politica pessimista e, quindi, non crede alla possibilità di rinvenire un "contenuto" che possa fondare un *in idem sentire de constitutione*. Entrambi, pertanto, sono, ciascuno a proprio modo, formalisti, con la differenza – certo, non di poco momento – per cui la "forma" kelseniana è normativa, quella schmittiana è esistenziale. Mortati non intende accondiscendere a queste visioni del diritto così disincantate, ma non perché – lo si vedrà tra un istante – possegga una filosofia del diritto così forte da individuare il contenuto che il diritto non potrebbe non avere; né semplicemente perché avrebbe vissuto un'esperienza costituzionale – quella del regime fascista – più stabile e di gran lunga meno traumatica di quella weimariana. Mortati si discosta da entrambi perché è perfettamente consapevole del prezzo giusteorico che si paga con un formalismo particolarmente spinto: se il contenuto è irrilevante, non si può garantire unità dell'ordinamento; non si può giudicare della continuità/discontinuità fra regimi diversi; l'organo supremo è per definizione illimitato e, di conseguenza, non gli si può far valere alcuna responsabilità, se non proprio giuridica, almeno politica; infine, nel caso in cui una norma attribuisca discrezionalità, essa sarebbe priva di criteri orientativi, assimilandosi in ultima analisi all'arbitrio. In altri termini, anche Mortati, come Schmitt, è alla ricerca della legittimità oltre la legalità, ma la sua vuole essere una legittimità sostanziale e non solo formale: non è solo la legittimità del decisore – il partito politico nel suo caso –, ma vuole essere una legittimità anche razionalistica ovvero anche del contenuto[37].

[34] MORTATI 2020 [1945], 51.

[35] Ecco perché fra nazione e popolo quale titolare del potere costituente Mortati preferisce nettamente quest'ultimo (mentre Schmitt, invece, considera popolo e nazione come sinonimi, anzi con una preferenza per quest'ultima formula perché «più pregnante e meno equivoca», SCHMITT 1984 [1928], 114). La teoria del potere costituente (e della sovranità) della nazione «potrebbe avere un senso solo se fossero determinati il modo e le forme dell'agire della nazione. Ma l'equivoco sta proprio in questo: nel presentare la nazione come entità già formata e capace di azione, mentre si ammette che essa è insuscettibile di manifestare una sua volontà, sicché il risultato della costruzione è che la volontà nazionale è quella che di volta in volta viene formulata dalle forze politiche che riescono a prevalere, e che non mutano la loro natura per il fatto di chiamarsi organi o rappresentanti della nazione» (MORTATI 2020 [1945], 101 s.) – un esito, per Mortati, del tutto inaccettabile con le costituzioni contemporanee che, al contrario di quelle ottocentesche, si basano molto più sulla diretta partecipazione popolare e molto meno sulla rappresentanza nazionale (cfr. MORTATI 2020 [1945], 114-116).

[36] In ciò gioca anche il diverso peso che in Mortati e in Schmitt ha la teologia politica quale dispositivo concettuale esplicativo del funzionamento del potere costituente. In entrambi essa è all'opera perché il rappresentante del popolo costituente non è individuato ed individuabile *ex ante* da una previa norma, ma lo si "riconosce" un po' come il fedele riconosce il proprio dio; tuttavia, in Mortati il ruolo del partito politico riduce notevolmente questa componente "fideistica" e provvede a razionalizzarlo non poco, in quanto «l'identità del sentire politico che sta alla base del rapporto fra elettore ed eletto determina un vincolo, che costringe quest'ultimo a riflettere nella sua azione le concezioni e gli orientamenti intorno a cui si è formato il rapporto (così da dar luogo a quello che si è chiamato il *Parlament-miroir*) e ciò con tanta maggiore aderenza quanto più determinati sono gli orientamenti stessi e quanto più rigida la disciplina dell'associazione, fino a giungere alla riproduzione di forme, più o meno larvate, di quel mandato imperativo che le costituzioni liberali dell'800 proibiscono espressamente» (MORTATI 2020 [1945], 114).

[37] Ciò spiega perché Schmitt non includa anche le minoranze come possibili soggetti titolari del potere costituente, minoranze che in età contemporanea sono esemplificate soprattutto dai partiti politici (cfr. SCHMITT 1984 [1928], 117). Come è noto, Schmitt è attratto dalla figura del partito, in virtù della sua potente capacità mobilitante in politica, ma al tempo stesso essa è considerata con diffidenza a causa della sua "naturale" parzialità, che mal si concilia

Tutto questo probabilmente conferisce alla concezione mortatiana del potere costituente meno *appeal* rispetto alla vaghezza della concezione schmittiana – quasi una prospettiva freddamente da giurista. Ma non v'è dubbio che ne guadagni notevolmente in termini di forza esplicativa. E – si potrebbe aggiungere – di utilità tecnica. *La Costituente* può essere anche letta come una sorta di vademecum per produrre stabili e duraturi ordinamenti costituzionali (e magari non costituzioni sempre aperte sull'abisso della guerra civile e sempre bisognose di un custode). Seguirne le indicazioni potrebbe essere d'aiuto per conferire un «principio organizzativo specifico» a movimenti politici che non vogliono limitarsi a «rappresentare» un popolo contrapposto all'ordine costituito; e in tal modo si potrebbe andare anche al di là di quell'effetto solamente «irritante» alla quale la compartimentazione stagna dei sistemi autopoietici condanna il «costituzionalismo sociale»[38].

Certo, la grammatica mortatiana del potere costituente è molto esigente. E forse troppo moderna. In effetti, se la cd. postmodernità giuridica ridimensiona i confini nazionali e rifugge dalle organizzazioni gerarchiche e dagli ampi programmi di rinnovamento sociale ed economico, Mortati pretende prestazioni difficili da adempiere e forse nemmeno richieste dalla prassi politico-costituzionale contemporanea. Da un lato, un insieme di «fini fondamentali dell'ordinamento concreto»[39], che accompagna «come la sua prima e fondamentale legge di vita, lo Stato, dal suo sorgere al suo estinguersi»[40]; dall'altro lato, «una distribuzione di forze (...), tale da consentire ad alcune di esse di esprimere una propria volontà, la quale appaia capace di farsi valere e di essere sentita come obbligante, in modo supremo e incondizionato, almeno entro certi termini di media obbedienza»[41]. Per di più, con l'affermazione contemporanea della sovranità popolare quella «distribuzione di forze» ha preso le forme del partito politico: una tipologia di partecipazione politica che, se non è data per tramontata, è considerata piuttosto recessiva attualmente. Se a questo quadro si aggiunge – e in tal caso la stabilità del regime fascista aveva, per così dire, abituato bene – la scarsa familiarità di Mortati con la conflittualità politica e sociale con tutte le difficoltà di elaborare «fini fondamentali» suscettibili di armonizzazione, si comprende perché la sua concezione del potere costituente possa apparire a qualcuno poco attuale e molto da storicizzare.

E tuttavia, l'equivalenza "Mortati-partito politico" è un errore. Ha ragione Zagrebelsky quando afferma che «che il partito, inteso quale formazione politica storicamente nota con questo nome, non è affatto ingrediente essenziale della dottrina della costituzione materiale»[42]. E non c'è bisogno di fare una ricostruzione puntuale nelle pieghe della produzione mortatiana per averne conferma: già ne *La costituzione in senso materiale* è precisato che quel «minimo di elementi organizzativi per poterla [la comunità sottostante allo Stato] pensare capace di attività" è integrato «al momento del formarsi nel seno della comunità di una forza politica»[43] e che solo a partire dalla Rivoluzione francese in poi questa «forza politica» prende il nome e la sostanza del «partito politico»[44]. A Mortati interessa non la causa, ma l'effetto: non il partito politico in sé, ma quella «differenziazione di valori e di posizioni fra i membri di essa, una sopra e sottordinazione di voleri, [che] instauri rapporti di comando e di obbedienza»[45].

con il monismo intrinseco del concetto di potere costituente. Altrettanto "naturalmente" il partito postula una ideologia per la propria riconoscibilità e per la propria distinguibilità rispetto ad altre forze politiche: postula, in altri termini un contenuto che sposterebbe Schmitt su un terreno, quello della legittimità materiale, cui egli non è disposto a scendere, stante quella antropologia politica pessimistica cui si è accennato nel testo.

[38] Il riferimento va ovviamente a TEUBNER 2012.

[39] MORTATI 2020 [1945], 33.

[40] MORTATI 2020 [1945], 33.

[41] MORTATI 2020 [1945], 36.

[42] ZAGREBELSKY 1998, XXX.

[43] MORTATI 1998 [1940], 61 s.

[44] Cfr. MORTATI 2020 [1945], 70-74.

[45] MORTATI 2020 [1945], 37.

Non v'è dubbio che la cd. postmodernità abbia reso questi rapporti sempre più pulviscolari e frammentati, ma che cosa è la democrazia se non – sono parole di Mortati – «l'attribuzione ad ogni singolo di una quota parte della sovranità e quindi del diritto di intervento diretto nella determinazione della forma di Stato»[46]? La sovranità popolare, si potrebbe dire, costitutivamente è aperta a declinazioni teoriche e pratiche atomistiche[47]; il partito politico può essere considerato come la modalità di espressione di questo principio adatta ai tempi di un'economia di tipo fordista ed industriale; in un'economia come quella attuale, ove le organizzazioni sono molto meno gerarchiche e decisamente più reticolari e condivise, quel «diritto di intervento diretto» richiederà pur sempre una «distribuzione di forze», ma stavolta molto più diffusa ed elastica, difficilmente approssimabile al partito politico di stampo novecentesco.

Ci si sbaglia, allora, se si ritiene che (non la crisi, ma più opportunamente) la trasformazione dei partiti dia vita ad una stagione di disintermediazione che renda del tutto irrilevante il contenuto del potere costituente, magari proprio in versione schmittiana[48]. Mortati è molto esplicito nell'affermare che la democrazia, che quel «diritto di intervento» non è una tecnica decisionale come le altre, indifferente alla sostanza della decisione presa[49]: essa, se proprio non implica un preciso e ben determinato indirizzo, quantomeno richiede politiche che rispondano al suo presupposto fondamentale ovvero il «valore della persona» e con esso «la sua partecipazione ai beni della vita, in posizione di sostanziale eguaglianza»[50]. In caso contrario – con parole che oggi possono sembrare profetiche –, «se si trascurasse di mettere in moto un processo di avviamento verso un nuovo ordine socio-economico, la democrazia, come è stato detto, apparirebbe come la maschera della preesistente oligarchia economica»[51].

Semmai è il contrario, allora. Con la stagione della disintermediazione emerge ancor più chiaramente del passato il «valore della persona» – che invece partiti politici ben organizzati e radicati nel territorio tendevano a diluire, se non proprio a sacrificare, in virtù della scala dimensionale al cui livello opera(va)no. Emerge, in altri termini, ancor più urgentemente l'esigenza di considerare le costituzioni non solo per la loro Parte II – relativa all'organizzazione dei poteri pubblici –, ma anche per la loro Parte I – i diritti fondamentali e il progetto di convivenza associata ivi vagheggiato –, tacciando di colpevole miopia, se non di dolosa lucidità, tutti quei progetti di riforma istituzionale che ritengono di lasciare intatta quest'ultima Parte, pur stravolgendo del tutto la Parte II.

[46] MORTATI 2020 [1945], 93.

[47] Lo testimonia l'excursus storico condotto da Mortati sulle fonti di «giustificazione» del potere costituente: cfr. MORTATI 2020 [1945], 82-89.

[48] Un esempio di questa irrilevanza è fornito dal «significante vuoto» di LACLAU 2008 [2005].

[49] Mortati lo afferma esplicitamente nella prefazione – non ristampata nel 2020 – a *La Costituente. La teoria, la storia, il problema italiano*, MORTATI 1972a [1945], 3 ss. In essa Mortati dichiara di volersi occupare, del potere costituente, solo delle questioni «di struttura», «relative all'organizzazione ed al funzionamento dell'assemblea costituente» e non anche di quelle «di fondo», «attinenti al contenuto», ma aggiungendo che «non si è tuttavia omesso di mettere in rilievo quelle esigenze generalissime dell'instaurazione costituzionale, che, per essere imposte in modo necessario dai presupposti intrinseci ad ogni forma di democrazia moderna, si pongono come limiti dell'opera affidata all'assemblea, o, più propriamente, come condizioni di una specifica categoria di validità, propria di ogni attività discrezionale data dalla rispondenza allo scopo ad essa prefissato».

[50] MORTATI 2020 [1973], 150. In ciò è difficile non intravedere assonanze con la tesi secondo cui «l'idea dei diritti dell'uomo – idea che ha trovato espressione nei diritti fondamentali delle costituzioni – non vada né imposta dall'esterno come una limitazione al legislatore sovrano né semplicemente strumentalizzata ai suoi illimitati obbiettivi. I due princìpi (diritti dell'uomo e sovranità popolare) sono invece "co-originari"» (HABERMAS 2013 [1992], VII).

[51] MORTATI 2020 [1973], 150. Ecco perché non sarebbe una buona idea quella di "rilassare" la carica normativa del significato di termini come "Stato" o "costituente", in modo da liberarsi dal "tormento" semantico della modernità e allo scopo di accomodarli ad una fattualità decisamente frammentaria, settaria ed autoreferenziale (gli esempi sono abbondanti; in riferimento al potere costituente fra i tanti cfr. TEUBNER 2012, 63 ss.; ARATO 2017, incentrato su un potere costituente post-sovrano e post-rivoluzionario, per non parlare di NEGRI 2002).

3. *Sostanzialismo giusnaturalistico?*

Giunti a questo punto, il "sostanzialismo" mortatiano potrebbe sollevare qualche sospetto di criptogiusnaturalismo.

Come detto, "procedura" e "contenuto" e "forma" e "materia" devono andare di pari passo. Pertanto, le costituzioni non possono avere qualsiasi contenuto, né possono limitarsi kelsenianamente a disciplinare «la produzione delle norme giuridiche generali»[52]. E questo contenuto non può essere incompatibile con quel «valore della persona» che l'emersione della sovranità popolare ha imposto sul potere costituente. Gli indizi, quindi, sembrerebbero convergere, tanto più poi che *La costituente* attribuisce un ruolo importante – come vedremo tra un istante – al diritto naturale rispetto al testo del '40.

Va detto che la posizione di Mortati sul diritto naturale è articolata e non squadrabile facilmente, anche perché Mortati, pur di fatto praticandola, ha sempre preferito evitare di affrontare di petto questioni di filosofia del diritto. In effetti, ciò che gli sta a cuore è il risultato ovvero l'equilibrio fra forma e contenuto: come non si può avere una forma senza contenuto – e, dunque, il diritto naturale ha una voce in capitolo nella strutturazione della prima –, così non si può avere un contenuto senza forma – e, quindi, il primo non vige se non c'è un diritto positivo a recepirla. E di conseguenza: come un diritto formale senza diritto materiale girerebbe solamente a vuoto, così un diritto materiale senza diritto formale avrebbe scarse chance di stabilità, durata ed effettività. Ne vien fuori un rapporto fra diritto positivo e diritto naturale che non ha nulla di prescrittivo, ma si potrebbe dire di coimplicazione teoretica, derivante dalla constatazione – insuperabile, per Mortati, quasi un truismo – secondo cui le costituzioni non possono avere qualsiasi contenuto, ma non ne hanno uno necessario ed immutabile – una posizione che, per certi aspetti, ricorda molto il «contenuto minimo del diritto naturale» di H.L.A. Hart.

Ciò comprova ulteriormente perché in Mortati la storia conti. Si potrebbe anche ammettere, infatti, che diritto naturale e diritto positivo si rimandano l'un l'altro, ma si potrebbe replicare che trattasi di un rimando storicamente variabile e contingente; posizione assolutamente lecita e fondata, per Mortati, ma tutto sommato banale e soprattutto conoscitivamente inutile, perché ignora che quella contingenza influisce sul potere costituente e sulla concezione della costituzione[53]. Questo non significa cercare nelle pieghe della riflessione mortatiana una (micro-)filosofia della storia o addirittura un giusnaturalismo di tipo storico. Come detto, Mortati è alieno da prese di posizione così impegnative sul piano filosofico, anche perché della costituzione e dell'annesso potere costituente ha un'idea molto meno esigente: la sua vuole essere la prospettiva di un giurista storicamente "situato", un giurista – per adottare un lessico più familiare ai filosofi del diritto – che assume il punto di vista interno della modernità giuspolitica occidentale, ma che non giunge ad assolutizzarlo in termini dworkiniani.

Ed infatti, non si dimentichi che, per Mortati, requisito necessario e anche sufficiente perché si dia potere costituente (e costituzione) è l'effettività. È una questione di «logica giuridica»[54] a suo avviso, dal momento che «in qualsiasi formazione statale è dato rintracciare un momento creativo, caratterizzato da un atto di decisione, diretto a dar vita ad un'organizzazione autorita-

[52] KELSEN 1990 [1960], 252.

[53] Come rilevato in precedenza, Mortati non intende trattare del potere costituente «in senso assoluto» e qui può farsi cenno alla ragione, appunto, storica che giustifica questa sua posizione. In effetti, a suo avviso, il potere costituente, propriamente parlando, è solo moderno perché è espressione della nozione di sovranità popolare ovvero dell'idea – per Mortati, di lontane ascendenze cristiane – secondo cui «il vincolo con cui si costituisce lo Stato contrasterebbe alla natura di essere libero, propria dell'uomo; se non derivasse dallo stesso consenso di questo. Consenso, che, perché le esigenze esposte possano ritenersi soddisfatte, non può farsi consistere nella manifestazione passiva della volontà assoggettantesi ad un ordine esterno, bensì nella partecipazione consapevole alla formazione dell'ordine stesso» (MORTATI 2020 [1945], 84).

[54] MORTATI 2020 [1945], 42.

ria»[55]. Ciò conferisce al potere costituente «legittimazione»[56] – termine che potrebbe essere ricondotto al punto di vista esterno hartiano nella misura in cui si basa sulla «pratica constatazione, della idoneità della medesima di porsi come effettivamente vincolante, con il grado e con l'efficacia che essa presume di avere di suprema legge regolativa di un ordinamento statale»[57].

E tuttavia, Mortati non è Kelsen: la sola effettività non basta. E, come detto in precedenza, Mortati non è nemmeno Schmitt: l'acclamazione è troppo indeterminata, giacché se non si indagano le ragioni dell'acclamazione non si dispone di alcun criterio per rilevare la transizione da uno Stato zarista ad uno Stato dei soviet. È questa la ragione per cui ne *La costituente*, accanto al tema della «legittimazione», trova (maggior) posto anche la trattazione concernente la «giustificazione»[58] del potere costituente. In questa prospettiva è del tutto scontato che ciò che potrebbe garantire «legittimazione» non vale come «giustificazione». Si tratta della mera forza: teorie che vi ruotano intorno sono solo «una pura e semplice esposizione dell'essere, del meccanismo attraverso il quale riesce ad operare l'apparato autoritario»[59]. Un ordinamento del genere sarà anche in grado di funzionare, potrà anche essere certamente etichettato come giuridico, ma, per Mortati, non v'è dubbio che non possa avanzare la «pretesa alla stabilità e alla durata»: tale pretesa «importa che di norma l'ordinamento positivo tenda a realizzare l'ideale di giustizia prevalente nel gruppo sociale su cui domina, e si richiami ai valori corrispondenti, dei quali quindi si pone come organo di positivizzazione e di attuazione»[60]. Anzi, il potere costituente in tanto si manifesta, in tanto esiste, in quanto non si limita affatto ad esercitare la coazione, ma agisce proprio su quell'«ideale di giustizia» che ormai risulta del tutto incompatibile con l'ordinamento vigente e con la sua capacità di adattamento e di risposta.

Mortati non si nasconde la circostanza per cui parlare di "giustizia" equivale a parlare di diritto naturale[61]. Il diritto positivo può anche fare a meno del diritto naturale e non perderà punti in termini di "legittimità" (nel senso mortatiano), ma certo, se vuole essere "giustificato", se intende contare su una obbedienza convinta da parte dei suoi destinatari, non può che tendere verso ciò che storicamente viene individuato come il diritto naturale[62]. In effetti, se ci si pone in una prospettiva storica la straordinaria fecondità della giurisprudenza ottocentesca la si deve proprio ad un fortunato equilibrio fra una costituzione formale rappresentata dal diritto positivo vigente e una costituzione materiale incarnata dal diritto naturale sette-ottocentesco: in tanto la legge rappresentava la fonte suprema di diritto indipendentemente dal suo contenuto, in quanto non si aveva alcun dubbio che una società «in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione», come dispone l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Da questo punto di vista, anzi, *La costituzione in senso materiale* potrebbe essere anche letta addirittura come il tentativo, certamente assai impegnativo, di riscrittura dell'art. 16: il tentativo, cioè, di rinvenire una nuova costituzione materiale novecentesca capace di evitare il formalismo insito nell'uso di "forme" giuridiche ancora legate alla costituzione formale ottocentesca.

Da questa angolatura l'inclinazione giusnaturalistica di Mortati sembrerebbe, allora, difficile da mettere in dubbio. Posto in termini giusteorici contemporanei, la sua posizione non sarebbe

[55] MORTATI 2020 [1945], 41 s.
[56] MORTATI 2020 [1945], 71.
[57] MORTATI 2020 [1945], 76.
[58] MORTATI 2020 [1945], 77.
[59] MORTATI 2020 [1945], 82 (in nota).
[60] MORTATI 2020 [1945], 78.
[61] Cfr. MORTATI 2020 [1945], 79.
[62] In fin dei conti, non diversamente da quanto sostiene anche Hart per il quale un ordinamento giuridico può anche esistere sulla base dell'accettazione dei «criteri di validità giuridica dell'ordinamento», ma «la società in cui accadesse questo sarebbe deplorevolmente formata da pecoroni: e le pecore possono finire dal macellaio» (HART 1991 [1961], 138).

poi così tanto diversa da coloro i quali – e sono tanti oggi – sostengono che, se il diritto non può che costituire una ragione per agire, ebbene la migliore, la più genuina e autentica ragione per agire è la morale. Pertanto, il potere costituente è il potere di rendere operativo a livello giuridico i principi fondamentali della moralità moderna ovvero l'«attribuzione alla persona umana di un suo autonomo ed insopprimibile valore», in virtù della quale «sola spiegazione razionale della fonte del potere sociale appare quella che la ripone nella volontà degli stessi associati»[63].

Trattasi, però, di un sospetto infondato, e per più di una ragione. In primo luogo, già nel saggio del '40 la ricerca della costituzione in senso materiale chiaramente è condotta allo scopo di sottrarla alle teorie del diritto naturale[64] ed essa stessa esprime una «superlegalità costituzionale, fondata non su basi giusnaturalistiche, né sociologiche, ma connessa con l'ideologia sostenuta dalle forze politiche dominanti»[65]. Questa «superlegalità» può essere rovesciata solo dal potere costituente, che è nozione *intrinsecamente* non giusnaturalistica: esso è «volontà», una «volontà assolutamente primaria, la quale desume solo da sé stessa, e non mai da altra fonte, il suo limite e la norma del suo operare»[66], è una trascendenza che è, però, ancorata alla sfera mondana e in essa trova il proprio contenuto, la propria struttura e soprattutto il proprio limite. Non si dimentichi, infatti, che per Mortati – e da questo punto di vista non c'è soluzione di continuità fra lo scritto del '40 e quello del '45 – per trovare un limite, un limite giuridico, agli organi supremi non c'è affatto bisogno di scomodare l'idea di un diritto naturale che, da posizione sovraordinata, indichi chi e che cosa si possa disporre giuridicamente. E potrà sembrare paradossale, ma ciò emerge con maggior nitidezza proprio in sede costituente ovvero proprio in quella sede che apparentemente sembra essere dotata di potenzialità sconfinate: se un potere vuole essere costituente, se cioè vuole produrre una costituzione che valga come norma per l'avvenire, non può che assoggettarsi allo stesso assetto che intende realizzare e questo vincolo non ha origini morali o giusnaturalistiche, bensì «non può da altro derivare che dalla speciale distribuzione interna delle forze sociali, dall'intreccio dei bisogni ed interessi, di cui esse sono portatrici, e che, per potere essere soddisfatti, richiedono l'osservanza della legge costituzionale posta»[67].

Certo, dopo il secondo conflitto mondiale l'ostracismo verso il diritto naturale non era più prorogabile e, anzi, la tragedia dell'olocausto rendeva di nuovo viva l'esigenza di riattingere alla sorgente mai esauribile del diritto naturale. Anche in Mortati è ravvisabile l'eco di questa temperie e proprio ne *La costituente*; e tuttavia è sempre il medesimo testo a negare chiaramente che il rapporto fra diritto naturale e diritto positivo sia inteso nei termini di un nesso di subordinazione concettuale del secondo al primo[68]. Per Mortati, infatti, quel rapporto va inteso attraverso una nozione molto familiare ai giuristi: quella del rinvio. Più precisamente, trattasi di «rinvio ad una fonte materiale»[69], la quale vige solo in virtù della volontà dell'organo supremo operante il

[63] MORTATI 2020 [1945], 87.

[64] Cfr. MORTATI 1998 [1940], soprattutto 6 (in nota), ove chiaramente Mortati contesta coloro i quali sostenevano che la ricerca di una nozione materiale di costituzione fosse possibile solo aderendo ad un qualche tipo di giusnaturalismo.

[65] MORTATI 1998 [1940], 121.

[66] MORTATI 2020 [1945], 35.

[67] MORTATI 2020 [1945], 33.

[68] Ciò che può dirsi anche del Mortati costituente il quale, dinanzi alla proposta di inserire in Costituzione un articolo dedicato al diritto di resistenza, affermò che «circa la sostanziale esattezza e, vorrei dire, la santità di questo principio, nessuno potrebbe sollevare delle obiezioni, e tanto meno noi cattolici, poiché è tradizionale nel pensiero cattolico l'ammissione del diritto naturale alla ribellione contro il tiranno [...]. Quindi non è al principio che noi ci opponiamo, ma alla inserzione nella Costituzione di esso, è ciò perché a nostro avviso il principio stesso riveste carattere metagiuridico, e mancano, nel congegno costituzionale, i mezzi e le possibilità di accertare quando il cittadino eserciti una legittima ribellione al diritto e quando invece questa sia da ritenere illegittima» (Camera dei Deputati, Segretariato Generale, La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, 8 voll., Roma 1971 vol. V, 4408).

[69] MORTATI 2020 [1945], 79.

rinvio, realizzando «una novazione della fonte»[70]. In tal modo il razionalismo del diritto naturale permette di alimentare il diritto positivo senza per questo negare il carattere volontaristico di quest'ultimo: «La ragione così non è direttamente legislatrice, ma si pone come motivo del comando (e corrispondentemente dell'obbedienza), mentre la causa risiede nella volontà dell'autorità che dispone il rinvio»[71]. Dal che consegue non solo che il diritto naturale recepito non può essere interpretato «se non in armonia con i princìpi fondamentali propri dell'ordinamento stesso»[72], ma soprattutto che questa interpretazione non può che essere fornita che dall'«organo supremo dello Stato la cui pronuncia deve essere circondata da una presunzione assoluta di verità»[73], giungendo ad affermare che «la legittimazione si deve trovare nella volontà stessa dell'organo supremo (*stat pro ratione voluntas*)»[74].

È, quindi, in questo senso che per Mortati va inteso il rapporto fra "procedura" e "contenuto", fra "diritto formale" e "diritto materiale". Un ordinamento giuridico – e il connesso potere costituente che lo crea – non è riducibile all'insieme dei suoi poteri pubblici perché questo insieme, la sua conformazione, non è affatto indifferente al «fine politico fondamentale» perseguito. Questo «fine politico fondamentale» in un modo o in un altro rimanda al diritto materiale ovvero alla giustizia, a quel diritto naturale che in età moderna pone al centro dell'universo giuspolitico l'individuo; pertanto, la costituzione dello Stato moderno ha il compito di declinare, sotto il profilo sia sostantivo che procedurale, sia nella sua Parte I che nella sua Parte II, la rilevanza dell'individuo dettata dall'avvento del principio di eguaglianza. Ciò non comporta una "forma" ben precisa, una organizzazione dei poteri già delineata e precostituita, ma quantomeno porta con sé quella «forza politica» – che in età contemporanea prende il nome di "partito politico" – che ha il compito di strutturare e veicolare il «diritto di intervento diretto nella determinazione della forma di Stato»; e, al tempo stesso, non implica un contenuto costituzionale circostanziato, ma la formulazione ed attuazione di una ideologia che almeno non sia incoerente con il «valore della persona umana» in quanto attore della sovranità popolare.

Forse ora è chiara la ragione per la quale si è parlato, in analogia con il «contenuto minimo del diritto naturale», di una sorta di «contenuto minimo» del potere costituente. Certo, Hart è molto esplicito nel ricordare che il «né il diritto né la moralità accettata nelle società hanno bisogno di estendere la loro protezione e i loro benefici minimi a tutti coloro che stanno nell'ambito della loro portata, e spesso non l'hanno fatto»[75] – ciò che la sovranità popolare come radice del potere costituente non tollererebbe. Tuttavia, il modo in cui Hart connette diritto positivo e diritto naturale è molto prossimo al peso che Mortati attribuisce al diritto naturale nella strutturazione del moderno potere costituente. Esso può molto e solo la sua volontà è fonte di legittimazione dell'ordinamento. Tuttavia, non può tutto: per esser tale non può che dischiudersi al «nucleo di buon senso della dottrina giusnaturalistica»[76], un nucleo che a partire dall'età moderna fonda il potere politico legittimo dal basso, dall'individuo; e, se non intende cadere in contraddizione con se stesso, se non vuole smentire la sua natura costituente, deve essere il prodotto della sovranità popolare e deve alimentarsi di una ideologia che permetta in un modo o in un altro la partecipazione politica dell'individuo.

[70] MORTATI 2020 [1945], 80.
[71] MORTATI 2020 [1945], 80.
[72] MORTATI 2020 [1945], 80.
[73] MORTATI 2020 [1945], 80.
[74] MORTATI 2020 [1945], 80. Con un meccanismo non diverso da quello divisato dalla teoria kelseniana dell'interpretazione giuridica, nel caso in cui «il diritto positivo stesso deleghi una qualche norma metagiuridica, come la morale, la giustizia ecc.»: la delega a tali norme non produce una "giusnaturalizzazione" del diritto positivo, ma – al contrario – «le si trasformerebbe in norme di diritto positivo» (KELSEN 1990 [1960], 387), il che significa, per Kelsen, sottoporle alla dinamica volontaristica di quest'ultimo.
[75] HART 1991 [1961], 233.
[76] HART 1991 [1961], 231.

Riferimenti bibliografici

Arato A. 2017. *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?*, Cambridge University Press.

Barile P. 1967. *Legami fra la Corte Costituzionale e le funzioni esecutiva e legislativa e influenza di queste su quella*, in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, 444 ss.

Brigaglia M. 2006. *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè, 2006.

Calvino I. 1995. *Perché leggere i classici*, Mondadori.

Catania A. 2013a [2001]. *Mortati e Schmitt*, in Id., *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, Giappichelli, 99 ss.

Catania A. 2013b [2002]. *Santi Romano e Costantino Mortati*, in Id., *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, Giappichelli, 119 ss.

Colón-Ríos J. 2020. *Constituent Power and the Law*, Oxford University Press.

Croce M., Goldoni M. 2020. *The legacy of pluralism. The continental jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt and Costantino Mortati*, Stanford University Press.

Fioravanti M. 2001 [1987]. *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, vol. II, XX ss.

Galizia M., Grossi P. (eds.) 1990. *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè.

Habermas J. 2013 [1992]. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza.

Hart H.L.A. 1991 [1961]. *Il concetto di diritto*, Einaudi.

Ignazi P. 2012. *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Laterza.

Ignazi P. 2019 [2017]. *Partito e democrazia. L'incerto percorso della legittimazione dei partiti*, Mulino.

Irti N. 2007. *Il salvagente della forma*, Laterza.

Itzcovich G. 2006. *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli.

Kelsen H. 1990 [1960]. *Dottrina pura del diritto*, Einaudi.

Laclau E. 2008 [2005]. *La ragione populista*, Laterza.

Lanchester F. (ed.) 1989. *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Esi.

Lanchester F. (ed.) 2017. *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Cedam.

Mortati C. 1972a [1945]. *La Costituente. La teoria, la storia, il problema italiano*, in Id., *Raccolta di scritti*, Giuffrè, vol. I.

Mortati C. 1972b [1962]. *Costituzione (dottrine generali)*, in Id., *Raccolta di scritti*, Giuffrè, vol. II, 79 ss.

Mortati C. 1998 [1940]. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.

Mortati C. 2020 [1945]. *La teoria del potere costituente*, Quodlibet.

Mortati C. 2020 [1973]. *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2, 1, 1973, 511 ss.

Negri A. 2002. *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Manifestolibri.

Pino G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.

Preterossi G. 2004. *Tramonto senza fine. L'Occidente politico di Hegel e Schmitt*, in «Filosofia politica», 1, 2004, 5 ss.

Ross A. 1990 [1958]. *Diritto e giustizia*, Einaudi.

Schmitt C. 1984 [1928]. *Dottrina della costituzione*, Giuffrè.

Teubner G. 2012. *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press.

Zagrebelsky G. 1989. *Il metodo di Mortati*, in Lanchester F. (ed.), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Cedam.

Zagrebelsky G. 1998. *Premessa*, in Mortati C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.

L’ORDINE, DAL CENTRO AI MARGINI.

A PROPOSITO DELLA RIPUBBLICAZIONE DI DUE TESTI DI COSTANTINO MORTATI

MARCO **BRIGAGLIA**

&dq

L'ordine, dal centro ai margini.
A proposito della ripubblicazione di due testi di Costantino Mortati

The order inside out.
About the republication of two works by Costantino Mortati

MARCO BRIGAGLIA

Professore associato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Palermo.
E-mail: marco.brigaglia@unipa.it

ABSTRACT
In questo articolo, offro una ricostruzione della concezione dell'ordinamento giuridico, dello stato e della costituzione materiale di Costantino Mortati, mostrando la evoluzione da essa subita nel corso degli anni. Mi soffermo in particolare su due aspetti: sulla natura di "fatto normativo" della volontà delle forze politiche dominanti che, secondo Mortati, sostiene la costituzione materiale dello stato; e sul modo in cui Mortati applica la sua concezione alla fase di formazione e di mutamento della costituzione materiale, e ai periodi di indebolimento dell'unità politica.

In this article I propose a reconstruction of Costantino Mortati's view of the legal order, the state and the material constitution, and of its development through time. I focus on two issues. Firstly, I try to elucidate Mortati's conception of the material constitution (or better, of the will of the dominant political forces that underpin it) as a "normative fact". Secondly, I look at the application of Mortati's view to the process of emergence and transformation of the material constitution, and to the periods of weakening of the political unity of the state.

KEYWORDS
Costantino Mortati, costituzione materiale, ordinamento giuridico, potere costituente

Costantino Mortati, material constitution, legal order, constituent power

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

L'ordine, dal centro ai margini. A proposito della ripubblicazione di due testi di Costantino Mortati

MARCO BRIGAGLIA

1. *Introduzione* – 2. *L'ordine e i suoi elementi* – 3. *Organizzazione* – 4. *Normatività* – 5. *Coordinazione normativa* – 6. *Costituzione materiale* – 7. *Potere costituente* – 8. *Sfocature.*

1. *Introduzione*

L'occasione di questo articolo è un recente evento editoriale: la ripubblicazione di due importanti scritti di Costantino Mortati, nel volume dal titolo *La teoria del potere costituente* (Quodlibet Ius, 2020), a cura di Marco Goldoni – a cui si deve anche un bel saggio introduttivo – e con prefazione di Augusto Barbera.

Il volume raccoglie la prima parte del saggio *La costituente*, del 1945, intitolata appunto *La teoria del potere costituente*, e le *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, del 1973.

La ripubblicazione di opere di Mortati è, di per sé, un fatto meritorio[1]. Oltre ad essere uno dei più importanti giuspubblicisti italiani, Mortati ha anche messo a punto, nel corso degli anni, una concezione generale del fenomeno giuridico che, per la sua originalità, ricchezza e sforzo sistematico, meriterebbe, da parte dei filosofi del diritto, un'attenzione maggiore rispetto a quella, nel complesso sporadica, di cui è stata oggetto. In questi anni, con grande energia, Marco Goldoni si è impegnato a risvegliare l'attenzione del dibattito giusfilosofico sull'opera di Mortati, proponendone letture e utilizzi innovativi, e presentandola al più ampio pubblico dei lettori in lingua inglese[2].

Al di là di questo dato generale, è degna di nota anche la ripubblicazione di queste due particolari opere, e la scelta felice di accostarle. Esse rivestono infatti un ruolo importante, e complementare, nell'interpretazione complessiva del pensiero di Mortati.

In esse Mortati ribadisce e raffina la sua concezione generale dello stato come ordinamento giuridico e della sua costituzione materiale, e la spinge, per così dire, verso i margini dell'ordine, in un movimento doppio.

Il primo movimento, che si svolge ne *La teoria del potere costituente*, consiste nell'applicazione sistematica della teoria della costituzione materiale alla fase di formazione di un nuovo ordine statale. È, per Mortati, un'occasione per mettere alla prova il suo sistema concettuale, che domina ormai con grande sicurezza, utilizzandolo come chiave per ridefinire e distinguere, in modo semplice e coerente, categorie di margine del diritto pubblico (potere costituente, revisione costituzionale, colpo di stato, eccezione, rivoluzione).

Il secondo movimento inizia ne *La teoria del potere costituente* e prosegue, quasi trent'anni dopo, nelle *Brevi note*. Il modello prototipico di ordinamento giuridico, stato e costituzione materiale che Mortati era andato elaborando dagli anni trenta fino alla sua opera più famosa, *La costituzione in senso materiale* del 1940 (MORTATI 1998), era costruito con riferimento ad assetti politici

[1] Nel 1998, è stata ristampata *La costituzione in senso materiale* (MORTATI 1998), e nel 2000 l'importante opera giovanile di Mortati *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (MORTATI 2000). Sarebbe quanto mai opportuna una riedizione critica dell'intera *Raccolta di scritti*, edita in quattro volumi nel 1972, e degli scritti ad essa posteriori.

[2] V. ad es. GOLDONI, WILKINSON 2018; GOLDONI 2019; CROCE, GOLDONI 2020. Goldoni sta anche lavorando alla traduzione in inglese de *La costituzione in senso materiale*.

– lo stato liberale monoclasse e lo stato a partito unico dell'esperienza fascista – rispetto ai quali lo stato e la sua costituzione materiale esistono, per così dire, in modo netto, e con un'identità (apparentemente) chiara. Di fronte all'esperienza dello stato pluriclasse, Mortati tenterà di aggiustare il suo modello, in modo da renderlo capace di cogliere situazioni in cui, per il basso livello di integrazione, l'aspro conflitto politico, la tensione tra forze di conservazione di un ordine precedente e di affermazione di un ordine nuovo, lo stato e la costituzione materiale, per come lui li intendeva, si sfocano fino a farsi flebili, di identità instabile, al bordo della dissoluzione. Ebbene, stazioni decisive in questo percorso di sfocatura sono proprio i due saggi ripubblicati. La loro rilettura congiunta costituisce il completamento ideale alla lettura de *La costituzione in senso materiale*, permettendo di cogliere l'evoluzione del pensiero di Mortati, e, forse, di liberarlo dalla sua stereotipica rappresentazione come teorico dello stato fascista, in cui la retorica di cui è imbevuta quell'opera, insieme a infelici scelte terminologiche, rischia di ingabbiarlo[3].

In questo articolo, cercherò di seguire questo doppio movimento dal centro ai margini dell'ordine. Nei paragrafi 2-6 proporrò al lettore una ricostruzione complessiva della teoria mortatiana dell'ordinamento giuridico, dello stato e della costituzione materiale, tracciata in forma molto sintetica in apertura del saggio su *La teoria del potere costituente*. Cercherò di mettere in luce, in particolare, un aspetto che gioca, in quel testo, un ruolo centrale: la natura di "fatto normativo" della volontà delle forze politiche dominanti che, secondo Mortati, sostiene la costituzione materiale dello stato. Nel paragrafo 7 mi soffermerò su come Mortati applica la sua teoria dell'ordinamento statale alle fasi di formazione e mutamento di regime. Nel paragrafo 8, indicherò le linee essenziali dell'evoluzione, e della sfocatura, della nozione di costituzione materiale, segnalando la posizione che in essa occupano le due opere ripubblicate[4].

2. *L'ordine e i suoi elementi*

Nel corso della sua lunga traiettoria intellettuale, Mortati mise a punto una concezione dell'ordinamento giuridico che, per quanto sviluppata con riferimento pressoché esclusivo ad un tipo specifico di ordinamento, quello che lui chiama "stato moderno"[5], aspirava comunque ad un campo di applicazione molto più vasto: mirava a cogliere l'essenza del fenomeno giuridico in tutte le sue forme.

Il nucleo essenziale di questa concezione si può riassumere così: il fenomeno giuridico consi-

[3] Come ha detto bene Gustavo ZAGREBELSKY (1998, XIII), la concezione elaborata ne *La costituzione in senso materiale* «non è una concezione fascista dello Stato ma una concezione dello Stato applicabile (e applicata) a quello fascista». È pur vero, però, che lo stato fascista e lo stato monoclasse funzionano, in quell'opera, come principali modelli di riferimento. Ciò rischia di oscurare gli aspetti di continuità del pensiero di Mortati nella successiva apertura alla considerazione di modelli di stato diversi. V. anche FIORAVANTI 1990, 165-185; BARTOLE 1990; GROSSI 2000, 292; DELLA CANANEA 2003. Per un'interpretazione complessiva delle linee di continuità e discontinuità del pensiero di Mortati, mi sia consentito rinviare a BRIGAGLIA 2021.

[4] Vi è un'altra ragione di interesse in questi due saggi, di cui non mi occuperò. Ne *La teoria del potere costituente* emerge con chiarezza quella che, per Mortati, costituisce la principale chiave per la lettura dell'evoluzione dello stato "moderno": l'irruzione delle masse nella scena politica, e la ridefinizione dei possibili assetti organizzativi dello stato che essa comporta. In questo primo saggio, Mortati mostra un'incrollabile fiducia in una linea di evoluzione che porta, fatalmente, verso l'affermazione del principio di sovranità popolare, e, ad essa connesso, ad un regime di democrazia sociale. Nelle *Brevi note*, questa linea di evoluzione appare, se non rotta, ritardata, a causa delle resistenze di alcune forze al nuovo progetto politico, e alla conseguente inattuazione dei principi recepiti nella costituzione formale. Rinvio, per questo aspetto del pensiero di Mortati, a ZAGREBELSKY 1989, 57 ss.; BALBONI 1989.

[5] Mortati chiama "stato moderno" il tipo di stato diffusosi nelle società occidentali dopo la Rivoluzione francese, il cui carattere principale, a suo parere, è la spinta per l'accesso alla vita politica da parte di grandi masse (MORTATI 1940, 70). Su questa inconsueta definizione della "modernità" dello stato, v. ZAGREBELSKY 1998, XXI.

ste nella stabile organizzazione di un campo di attività sociale[6] al fine del soddisfacimento di una certa configurazione di interessi, laddove l'organizzazione non sia spontanea, ma supportata da pressioni normative, e ancorata alla volontà di forze sociali in posizione di prevalenza, che perseguono, e si sentono vincolate al perseguimento, di quella configurazione di interessi, che costituisce, in questo senso, il "fine" dell'organizzazione.

Mortati stesso ascrive la sua concezione al campo dell'istituzionalismo, in decisa opposizione ad approcci formalisti e normativisti: il diritto non è un sistema di regole e criteri formali di validità, ma una pratica normativa organizzata che include, ma non è esaurita da, regole e criteri formali.

Rispetto ai due grandi modelli con cui intraprese un più fitto confronto, e cioè la teoria dell'ordinamento giuridico di Santi Romano e la teoria dell'ordinamento concreto di Carl Schmitt, l'istituzionalismo di Mortati ha degli importanti tratti di originalità, che possono essere sinteticamente colti attraverso due etichette.

La prima etichetta è "istituzionalismo realista" (CROCE, GOLDONI 2020, 147), nel senso del realismo politico: a differenza dell'ordinamento giuridico di Romano e dell'ordinamento concreto di Schmitt, l'ordinamento di Mortati deve la sua esistenza a «forze sociali poste in posizione di supremazia» (MORTATI 1975a, 27 ss.).

La seconda etichetta è "decisionismo normativo" (BRIGAGLIA 2006, 14-16): nella concezione di Mortati, tra ordinamento, decisione (o meglio, volontà), e norma (SCHMITT 1972) non c'è un gioco dialettico, ma una totale compenetrazione. L'ordinamento di Mortati, come quello di Romano e Schmitt, riposa su uno sfondo di pratiche spontanee condivise, che fissano un tessuto di norme implicite, al confine tra normalità e normatività – pattern di comportamento usualmente seguiti (normalità), la deviazione dai quali è considerata scorretta, inappropriata (normatività). Perché da uno sfondo simile emerga un vero e proprio ordinamento giuridico, però, sono necessarie, secondo Mortati, due condizioni ulteriori. Da un lato, devono esservi forze sociali, in posizione di prevalenza, che hanno la volontà di perseguire il fine dell'ordinamento e, in funzione di ciò, di sostenerne, anche attraverso pressioni normative, la struttura organizzativa, e di svilupparla attraverso la produzione di norme ulteriori. D'altro lato, è necessario che la volontà delle forze prevalenti sia, in un senso da precisare (*infra*, § 4), auto-vincolata normativamente al fine. È questo il decisionismo normativo di Mortati: l'ordinamento in quanto tale esiste grazie alla volontà di forze sociali prevalenti che mirano a dare una certa forma organizzativa alla vita associata; questa volontà, oltre ad esplicarsi attraverso la produzione di norme, pone un vincolo normativo a sé stessa[7].

Nei paragrafi che seguono, tenterò di fare emergere questi aspetti dell'ordinamento giuridico mortatiano attraverso l'analisi dei suoi elementi essenziali: l'organizzazione, la normatività che la permea, e le forze sociali che la sostengono.

3. *Organizzazione*

[6] Mortati, in realtà, considera giuridico anche l'ordine volontario dell'azione e dell'esistenza di un singolo individuo (MORTATI 1975a, 5, nt. 1). Come vedremo, la normatività di Mortati si irradia, per così dire, dalla strutturazione normativa dell'azione volontaria individuale verso la composizione di strutture di coordinazione sociale via via più complesse.

[7] Sta qui il principale punto di distacco fra la decisione schmittiana – tanto la "decisione di un popolo sulla propria forma di esistenza politica" della *Verfassungslehre* (SCHMITT 1928), quanto la decisione sullo stato di eccezione di *Politische Theologie* (SCHMITT 1922) – rispetto alla volontà delle forze politiche prevalenti che, secondo Mortati, sostiene sia la creazione che la difesa dello stato. Laddove ciò che conta nella prima è il fatto stesso della decisione e il suo sfuggire a qualsiasi criterio normativo (si tratta di un "dato meramente esistenziale"), ciò che conta nella seconda è il fatto di essere una decisione il cui contenuto si è "oggettivato", trasformandosi in un auto-vincolo normativo. V. sul punto CATANIA 1987, 168 ss. (sulla mancanza dell'elemento normativo nella decisione schmittiana) e CATANIA 2001, 117 ss. (sulla normatività della decisione fondamentale come differenza centrale tra Schmitt e Mortati). Nella rilettura di Schmitt che Mortati propone nelle *Brevi note*, la decisione sullo stato di eccezione è ormai interpretata alla luce della propria concezione, e trasformata in una decisione vincolata da norme, seppur diverse da quelle espresse dalla costituzione formale – è decisione vincolata dalla costituzione materiale (MORTATI 2020, 136 s.).

In via generale, una "organizzazione" consiste nella coordinazione di più elementi – e in particolare di *azioni* di una *pluralità di individui* – in funzione di un risultato (HATCH 2011). Il nesso funzionale fra coordinazione e risultato è un nesso esplicativo: la coordinazione esiste, e ha quella struttura, *proprio perché* conduce (o si crede che conduca) a quel risultato. Il nesso funzionale può anche essere, in tutto o in parte, un nesso *intenzionale*: l'instaurazione o il mantenimento di una coordinazione con quella struttura dipende, in parte almeno, dal fatto che qualcuno vuole instaurare o mantenere una coordinazione con quella struttura, come mezzo in vista di quel risultato. In questo caso, il risultato costituisce, in senso proprio, il *fine* dell'organizzazione.

Gli ordinamenti giuridici sono, secondo Mortati, organizzazioni almeno in parte intenzionali di campi di attività e rapporti sociali, finalizzate alla soddisfazione di una certa configurazione ordinata di interessi, una gerarchia di scopi da raggiungere attraverso l'attività sociale. Mortati chiama "politici" gli ordinamenti che organizzano l'esistenza complessiva di una comunità, orientandola verso un "fine politico" – una specifica, sufficientemente determinata visione degli interessi che devono essere prioritariamente soddisfatti in quella comunità, e dei modi e le strutture organizzative attraverso cui soddisfarli (MORTATI 1975a, 19). Lo "stato" è, per Mortati, l'ordinamento politico che pretende di organizzare – con prevalenza su ogni altro ordinamento – l'esistenza complessiva della comunità vivente su un determinato territorio (MORTATI 1975a, 21-23).

Le organizzazioni possono avere una costruzione complessa e stratificata, in cui pattern di coordinazione più semplici sono inclusi in strutture di coordinazione più complesse, a loro volta inscritte entro ulteriori livelli di coordinazione. Ciò che consente di identificare i vari pattern e strutture di coordinazione interconnesse come parti di un'organizzazione unitaria è l'effettivo nesso funzionale/intenzionale che esse mantengono, nel complesso, con un fine unitario, sufficientemente determinato e riconoscibile. Così intese, le organizzazioni non sono dunque entità discrete, ma piuttosto network funzionali, che possono sovrapporsi con, o inglobare, altre organizzazioni.

Quanto appena detto si applica, secondo Mortati, anche a quelle peculiari organizzazioni che sono gli ordinamenti giuridici: essi non sono entità discrete, ma network funzionali, che tipicamente si sovrappongono, o inglobano, altri ordinamenti giuridici – è questo il nocciolo della teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici (ROMANO 2018, cap. II), che Mortati sottoscrive (MORTATI 1975a, 13-18). Lo stato, in particolare, non è altro che una organizzazione complessa, che abbraccia in una superiore unità funzionale la miriade di ulteriori organizzazioni – alcune delle quali costituiscono, a proprio titolo, ordinamenti giuridici – esistenti all'interno del suo territorio e della sua popolazione, coordinandole verso un unico fine politico. Lo stato – inteso in questa accezione del termine, «in quanto specie del *genus* ordinamento giuridico» (MORTATI 1975a, 22) – esiste solo nella misura in cui una simile unità funzionale si sia effettivamente creata, raggiungendo un grado sufficiente di integrazione.

Essendo l'organizzazione un'unità funzionale imperniata sul fine, è quest'ultimo che ne fissa il centrale criterio di identità: l'organizzazione può mantenere fissa la sua identità nonostante il mutare di parte dei suoi elementi e della sua struttura, nella misura in cui resti orientata verso il medesimo fine, e conservi quegli aspetti strutturali indissolubilmente connessi al fine. Di contro, l'organizzazione cambia identità se, nonostante il permanere di altri suoi elementi, si orienta verso un fine significativamente diverso da, e incompatibile con, quello precedente.

Lo stesso vale, secondo Mortati, per lo stato. Il suo criterio centrale di identità è il fine politico verso cui è effettivamente orientata la sua organizzazione. Una trasformazione del fine politico, come vedremo, determina una trasformazione dello stato (*infra*, § 7).

4. *Normatività*

4.1. L'ordinamento giuridico di Mortati è un'organizzazione di carattere normativo, a tutti i suoi livelli: dai pattern di coordinazione più semplici, alle strutture organizzative più articolate, fino al fine a cui sono orientate.

Ad una prima lettura, il tipo di normatività che Mortati ha in mente sembra riconducibile ad una forma di imperativismo (CROCE, GOLDONI 2020, 151), e nemmeno fra le più sofisticate: una norma è, semplicemente, un comando (MORTATI 1998, 84-86; MORTATI 1975a, 304 ss.).

Le cose sono, però, più sfumate e interessanti. La visione mortatiana della normatività, per quanto costruita con strumenti molto limitati e un po' grossolani, è comunque ben più elaborata di quanto appaia a prima vista. Sotto molti aspetti, inoltre, essa sfugge a schemi imperativisti, di cui pure condivide il tentativo "naturalizzatore" di radicare il normativo nelle dinamiche psico-sociali della volontà umana. La "concezione imperativa" a cui egli dichiara di aderire è solo l'etichetta che, fra quelle a lui disponibili, meglio poteva caratterizzare le sue idee. Ma le caratterizza molto superficialmente.

Credo che queste idee meritino più attenzione di quella che gli viene usualmente prestata. Anzitutto perché sono idee in sé e per sé interessanti: per quanto costruite in modo un po' grezzo e con categorie antiquate, intercettano strade successivamente percorse dall'espressivismo contemporaneo (v. sul punto BRIGAGLIA 2021, nt. 31) e da studi di psicologia della normatività. In secondo luogo, perché hanno, entro la teoria di Mortati, un ruolo chiave. Le dinamiche normative che Mortati cerca di mettere a fuoco costituiscono, secondo lui, il collante principale degli ordinamenti giuridici di qualsiasi livello di complessità. Ed è da queste dinamiche normative che dipende il senso e la tenuta di una delle sue tesi centrali, ribadita con insistenza ne *La teoria del potere costituente*: che la costituzione materiale e la forza sociale che la sostiene occupino uno spazio di *identità* tra fatto e norma, siano "fatti normativi" (MORTATI 1975a, 31; MORTATI 2020, 38).

Suggerirò dunque, in questo paragrafo, un'interpretazione della normatività – del tipo di normatività che caratterizza un ordinamento giuridico – secondo Mortati. Mi baserò su spunti e suggestioni sparse in diverse sue opere, ma i testi che userò come riferimenti principali, perché più chiari, sono, nel paragrafo 4.2, le pagine introduttive della seconda edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico* (MORTATI 1952, 1 ss.), e, nel paragrafo 4.3, alcune pagine di un'opera giovanile, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (MORTATI 1972b [1935], 476-480).

4.2. Le norme o regole sono modelli di condotta che svolgono due funzioni strettamente connesse.

La prima funzione riguarda il *controllo volontario dell'azione*: la rappresentazione della norma motiva uno sforzo di controllo per mantenere il proprio comportamento conforme ad essa, inibendo impulsi, abitudini, desideri contrastanti. Quando questo sforzo ha successo, e determina l'azione finale, dirò che l'agente "osserva" la norma.

La motivazione a osservare la norma deriva, dice Mortati, da un senso di "necessità" (MORTATI 2020, 77). Può trattarsi, anzitutto, della necessità di evitare conseguenze negative che altri minacciano in caso di inosservanza. Può trattarsi della necessità di osservare la norma in vista di un fine (diverso dall'evitare sanzioni) che si intende conseguire. Può trattarsi, ancora, di un senso di vincolatività esercitato dalla mera rappresentazione della norma, indipendentemente dalla riconnessione della sua osservanza o inosservanza a conseguenze desiderate o indesiderate – un senso di vincolatività spesso connesso a emozioni auto-dirette, come la colpa, scatenate dalla mera violazione della norma. Per riferirmi a questo tipo di motivazione, parlerò di motivazione "intrinseca"[8]. Per semplicità, dirò che chi è motivato intrinsecamente da una norma "aderisce" ad essa.

La motivazione intrinseca esercitata da una norma va distinta dalla convinzione della sua "giustizia" – e cioè, per Mortati, dalla sua conformità ad un ordinamento normativo "ideale", la

[8] Cfr. la nozione kelseniana di motivazione *diretta* (KELSEN 1945, 15).

cui esistenza e validità è indipendente da atteggiamenti umani. È possibile che la motivazione intrinseca si accompagni, o dipenda da, una convinzione di questo genere (MORTATI 2020, 78), ma non è necessario. Come vedremo fra poco, può consistere semplicemente in senso di "vincolo" al mantenimento di un proprio piano, prodotto da un auto-controllo rafforzato; o in un senso di "obbligo" (TOMASELLO 2020) o "impegno" nei confronti degli altri (MICHAEL et al. 2016), prodotto dalle loro aspettative e da emozioni sociali come la lealtà e il sentimento di appartenenza a un gruppo (HAIDT 2012, 161).

La seconda funzione delle norme riguarda la *valutazione dell'azione*: il comportamento effettivo è confrontato con la norma, e valutato negativamente in caso di difformità. La valutazione negativa, a sua volta, può motivare l'adozione di interventi correttivi, riparativi, punitivi, che possiamo indicare come "pressioni normative".

La motivazione a esercitare pressioni normative può derivare da conseguenze positive associate all'osservanza e/o conseguenze negative associate all'inosservanza. Ma può trattarsi, anche qui, di motivazione intrinseca: la mera violazione della norma, indipendentemente dalle conseguenze a cui è riconnessa, motiva l'applicazione di pressioni normative, e in particolare la punizione dei violatori, e scatena emozioni negative (tipicamente, rabbia) nei loro confronti.

4.3. L'aspetto più peculiare della concezione della normatività di Mortati è l'idea che la volontà di conseguire un fine possa strutturarsi normativamente, in modo tale da *auto-vincolarsi* al perseguimento del fine stesso.

La ordinaria volontà di conseguire un fine ha già una struttura normativa. Si dà, infatti, vera e propria *volontà* di conseguire un fine nella misura in cui la rappresentazione di esso (i) motivi sforzo di controllo volontario per individuare ed eseguire azioni funzionali al suo conseguimento, inibendo altri motivi confliggenti, e (ii) sia usata come schema di valutazione della propria azione, motivando interventi correttivi in caso di deviazione. Il fine, cioè, opera come norma.

Quando il fine è complesso e articolato nel tempo, la volontà assumerà una struttura autoreferenziale: sarà volontà di *continuare a volere* perseguire quel fine anche in futuro, di mantenersi fedeli ad esso. La volontà includerà, in questo senso, un micro-progetto di costruzione del sé (MORTATI 1975a, 5, nt. 1).

Da questa struttura della volontà può emergere un vero e proprio "auto-vincolo", nella misura in cui un fine complesso, a lungo termine, si radichi effettivamente nell'assetto motivazionale dell'agente, acquisendo forza motivazionale intrinseca: emerge un senso di "obbligo" a continuare ad agire e perseguire quel fine, accompagnato da un senso di fedeltà ad esso (MORTATI 1972b [1935]), fatto di emozioni auto-dirette, positive, come l'orgoglio, in caso di persistenza nel fine, e negative, come la colpa, in caso di deviazioni e desistenze, o addirittura di azioni auto-punitive (MORTATI 1975a, 4). Il fine non è più un mero stato psicologico contingente, soggetto a fluttuazioni arbitrarie, ma è divenuto il contenuto di una "norma di scopo", capace di auto-vincolare nel tempo la propria stessa volontà al suo conseguimento.

Quando tutto questo accade, la volontà si "obiettiva" in una norma (MORTATI 2020, 37). Con questa espressione Mortati tenta di catturare un fenomeno complesso e variegato. Il contenuto della volontà viene bloccato in una rappresentazione astratta inscritta in memoria, che tende ad essere richiamata e a vincolare il proprio "volere futuro" (MORTATI 1975a, 5, nt. 1). Questa rappresentazione è suscettibile di essere comunicata ad altri, e usata anche da loro come criterio di valutazione del nostro comportamento. Questa rappresentazione, soprattutto, si aggancia ad uno sdoppiamento gerarchico della propria volontà: essa funziona infatti *in modo analogo* ad un comando, rivolto però a sé stessi[9].

[9] Mortati fa più volte riferimento, nel contesto di questa discussione allo "sdoppiamento" di chi «si pone come legislatore e giudice di sé stesso» (v. ad es. MORTATI 2020, 39; MORTATI 1975a, 4 s.).

Per esprimere tutto questo insieme di atteggiamenti e disposizioni in modo sintetico, parlerò semplicemente di "adesione al fine".

L'adesione al fine può riguardare anche l'agire meramente individuale. Ma essa appartiene soprattutto a contesti di condivisione sociale di uno stesso fine. La condivisione di un fine comune fa emergere aspettative reciproche ed emozioni sociali, come sentimenti di lealtà e di appartenenza al gruppo, che alimentano un senso di obbligo e impegno, nei confronti degli altri membri del gruppo, al perseguimento del fine condiviso. Il fine non è più, in questo caso, solo una norma di scopo individuale, ma è divenuto una "legge oggettiva del gruppo".

È proprio questa, mi sembra, la dinamica che sta sullo sfondo di questo passo de *La teoria del potere costituente*:

> «il diritto non è veramente tale se non si presenti [...] quale volontà costante, cioè volontà fedele al fine da essa posto». Ma ciò può accadere «anche senza che si verifichi uno sdoppiamento sensibile fra l'autore della norma e il suo destinatario, allorché la trascendenza con cui si presenta l'interesse perseguito dal primo, rispetto alla limitatezza delle persone fisiche che lo pongono a fine della loro attività, fa sorgere in queste il sentimento dell'obbligo di osservare la norma, di escludere l'arbitrio che ostacolerebbe la soddisfazione dell'interesse stesso» (MORTATI 2020, 39).

5. *Coordinazione normativa*

5.1. La coordinazione costitutiva di un'organizzazione può anzitutto dipendere da meccanismi *automatici* – tendenze ad adottare regolarmente certi comportamenti in assenza di riflessione o sforzo di controllo volontario. In particolare, nelle organizzazioni umane, la coordinazione dell'azione riposa, in gran parte, su uno sfondo di automatismi non innati, ma *appresi* – come l'abitudine ad adottare, in modo irriflesso, i comportamenti appropriati al proprio ruolo, o un certo sfondo di emozioni e credenze implicite culturalmente plasmate (SEARLE 1995; BRIGAGLIA 2019, cap. 6).

Mortati non contesta la rilevanza di questo sfondo – a cui si riferisce nei termini di un accordo "spontaneo" nei comportamenti, o di una base di "omogeneità culturale". Ma la caratteristica delle organizzazioni umane, insiste, è di fondarsi non *solo* su uno sfondo di automatismi, ma *anche* su norme e pressioni normative.

Del resto, la coordinazione basata su norme offre, rispetto a quella meramente automatica, un vantaggioso *trade-off* tra stabilità e flessibilità. Le norme, nella misura in cui motivano all'osservanza, tendono a stabilizzare, rendere regolare, l'adozione del comportamento prescritto. La stabilità è minore di quella garantita da una rete di automatismi condivisi e radicati (le norme, richiedendo sforzo di attenzione e controllo, sono molto più esposte al rischio di deviazioni rispetto a meri automatismi). Ma la minore stabilità è compensata da una molto maggiore flessibilità. Gli automatismi, infatti, si apprendono con lentezza, e resistono al cambiamento. Le norme, invece, possono essere apprese, modificate, eliminate con estrema rapidità.

Perché le norme possano dar vita ad una coordinazione stabile ma flessibile, non può ovviamente bastare che vi sia convergenza su un certo insieme di norme di condotta predeterminate. È necessario, invece, che vi sia convergenza su un criterio per individuare *nuove* norme. Convergenza significa che (nel complesso, e con margini di fallimento più o meno ampi), le norme appropriatamente collegate a quel criterio, e solo quelle norme, motivano stabilmente all'osservanza (prevalendo, in genere, su altre norme). Una norma che motiva stabilmente all'osservanza è, dirò, una norma "accettata".

Per alcuni agenti, la convergenza si realizzerà in modo esplicitamente normativo: il criterio è una norma di secondo livello N1 che loro accettano, e che gli prescrive di osservare le norme N appropriatamente collegate a N1. (Non è necessario che ciò valga per *tutti* gli agenti del gruppo.

È possibile che alcuni agenti accettino le norme N per ragioni diverse, che però convergono di fatto verso il criterio N1. Di seguito mi concentrerò solo sulla convergenza che deriva dall'*accettazione* di un criterio comune. Ma va tenuto presente che le dinamiche di coordinazione possono essere diverse, e molto più complesse.)

Mortati ha in mente essenzialmente *due* tipi di criteri sui quali può crearsi convergenza.

Si può, anzitutto, convergere verso l'accettazione di uno stesso fine. Questa convergenza, se accompagnata da credenze condivise sulle relazioni causali rilevanti, tenderà a tradursi anche in una convergenza sui piani d'azione da mettere in atto in vista del fine, che saranno accettati come norme, la motivazione all'osservanza delle quali deriverà dal fine stesso. Questo è un criterio *sostanziale*: fra la norma e il fine c'è una relazione contenutistica, di tipo teleologico.

In secondo luogo, può crearsi convergenza sull'accettazione di qualcuno come "autorità" (grossomodo, qualcuno è accettato come autorità quando le norme da lui prodotte vengono accettate proprio in virtù del fatto che sono state da lui prodotte). Questo è un criterio *formale*, indipendente dal contenuto della norma prodotta. A sua volta, l'accettazione di quel soggetto come autorità potrà dipendere dalla convinzione che osservare le norme da lui prodotte sia necessario per raggiungere un fine condiviso, o sia necessario per evitare punizioni probabili in caso di violazione, oppure potrà dipendere dall'adesione all'autorità – cioè, da una motivazione intrinseca all'osservanza delle sue norme (Mortati 2020, 140 s.).

5.2. Fatte queste premesse, è possibile ricostruire il modello attraverso cui Mortati rappresenta la formazione e il mantenimento di un ordinamento giuridico.

Un gruppo di individui, una "forza sociale", ha la volontà di perseguire un certo insieme di interessi, un fine comune, in vista di questo fine stabilisce un insieme di norme che regolano le attività sociali rilevanti in modo strumentale al suo raggiungimento, e riesce a far sì che, nel contesto di riferimento, queste norme siano, nel complesso, accettate – nei termini di Mortati, "mediamente obbedite". Una soglia critica di membri della forza sociale, inoltre, aderisce al fine: essi sono, cioè, intrinsecamente motivati a perseguire il fine, anche applicando pressioni normative per far sì che le attività sociali siano orientate verso di esso, e si sentono vincolati a restare fedeli al fine. Questa soglia di individui costituisce il "nucleo attivo" della forza sociale. L'adesione al fine di questo gruppo più ristretto garantisce la costanza del loro sforzo a supporto dell'organizzazione.

Perché questa complessiva strutturazione dell'attività sociale avvenga, devono darsi due condizioni. È necessario anzitutto che, nel contesto di riferimento, vi sia una distribuzione di potere tale da mettere la forza sociale che sostiene il fine, e in particolare il suo nucleo più attivo, in una posizione prevalente. Negli ordinamenti più semplici e a base volontaria, il potere potrà consistere soltanto nella capacità di leadership e convincimento, oltre che nella abilità nel mettere in atto forme "morbide", non coercitive, di pressione sociale. Negli ordinamenti politici, il potere includerà la disponibilità di mezzi di coercizione, ma anche di strumenti di controllo economico, di egemonia culturale, ecc.

In secondo luogo, è necessario che la forza sociale che sostiene il fine, e in particolare il suo nucleo attivo, agiscano in modo coordinato, siano cioè "organizzate". Negli ordinamenti più semplici, la coordinazione potrà limitarsi alla condivisione di una struttura organizzativa, normativamente supportata, in vista di un fine convergente. Negli ordinamenti più complessi, come gli ordinamenti politici, saranno invece necessarie forme di coordinazione esplicita, strutture e procedure decisionali, apparati organizzativi.

In ordinamenti più complessi, inoltre, le norme dell'organizzazione includeranno anche criteri formali, che attribuiscono a certi soggetti il potere di istituire nuove norme, o riservano ad essi il potere di accertare la violazione delle norme dell'organizzazione e di decidere della applicazione di sanzioni – le hartiane "norme secondarie". Nell'ottica di Mortati, però, i criteri formali

giocano sempre un ruolo subordinato: sono mezzi in vista di uno scopo ulteriore, il fine dell'organizzazione, che costituisce il criterio di valutazione dell'operato delle stesse autorità formali.

(Con gli opportuni adattamenti, si può immaginare facilmente un modello analogo per il mantenimento di un ordinamento giuridico già esistente.)

Ed ecco il punto centrale. Nel modello appena ricostruito, l'ordinamento esiste in quanto tale, come unità normativa teleologica, in virtù della "volontà" della forza sociale prevalente, e in particolare del suo nucleo più attivo. Questa volontà è, anzitutto, un fatto, un fatto psico-sociale complesso. Non è però un puro fatto, ma un fatto *normativo*, e cioè un «fatto che ha in sé la sua legge e le garanzie della sua persistenza nell'avvenire» (MORTATI 2020, 38). Sappiamo in cosa consista questa garanzia: la volontà della forza sociale prevalente è una volontà normativamente auto-vincolata al perseguimento del fine.

5.3. Mortati ritiene che il modello ricostruito sopra sia in grado di dar conto di *tutti* gli ordinamenti giuridici, qualunque sia il loro livello di complessità. A qualsiasi livello di complessità, dall'organizzazione di un club sportivo all'organizzazione dello stato, il collante dell'ordinamento è sempre lo stesso, e cioè, da un lato, una rete di processi psicologici di tipo normativo – accettazione di, o adesione a, norme e criteri per la loro identificazione e produzione, insieme all'esercizio di pressioni normative, più o meno penetranti – e, d'altro lato, l'ancoraggio di questi atteggiamenti e comportamenti normativi a una rete di relazioni di potere.

Prima di vedere come questo modello si applichi allo stato, è necessario preavvisare il lettore di una difficoltà. L'attribuzione ad un'entità collettiva, la forza sociale, della "volontà" normativamente strutturata di perseguire un certo fine, e della capacità di agire in modo coordinato in vista di esso, è, ovviamente, tanto più problematica quanto più complessa sia la forza sociale in questione – estremamente problematica quando si tratti della forza politica che dovrebbe sostenere un macro-ordinamento come lo stato moderno. Dietro l'apparenza di facile unità prodotta da un lessico intenzionalista che sfrutta analogie con la volontà individuale, c'è una rete infinitamente complessa di attitudini diverse, interessi parzialmente confliggenti, disaccordi, comportamenti conflittuali e non coordinati, ecc.

Allo stesso modo, dietro l'immagine di una realtà efficacemente plasmata dalla forza sociale, vi è un groviglio di situazioni di incertezza, di conflitto, di resistenza.

Chiedo al lettore, per il momento, di tenere questo problema sullo sfondo, e di accettare il lessico metaforico di Mortati. Nell'ultimo paragrafo tornerò sul punto, spiegando quali risorse (non so se sufficienti) la teoria di Mortati abbia per fronteggiare il problema.

6. *Costituzione materiale*

6.1. Gli stati moderni a struttura burocratica sono caratterizzati da una forte tendenza alla formalizzazione. L'edificio del diritto si presenta come un immenso apparato nomodinamico e autopoietico, in cui le norme che appartengono al sistema, e di cui si pretende l'osservanza, sono individuate non in base al loro contenuto, ma attraverso criteri formali: il fatto di essere espresse in documenti (o comunque attraverso atti comunicativi) che provengono da autorità ufficiali attraverso procedure ufficiali, a loro volta disciplinate da norme che soddisfano criteri formali. La stessa tendenza alla formalizzazione investe l'applicazione di sanzioni, soprattutto se coinvolgono l'uso della forza.

Ma, nell'approccio anti-formalista di Mortati, criteri formali, autorità ufficiali e norme formalmente prodotte – chiamiamolo "diritto ufficiale" – sono solo una parte, e nemmeno la parte principale, della struttura normativa dell'ordinamento statale. Il diritto ufficiale, infatti, non è in grado di supportare da solo la coordinazione complessiva delle attività sociali nella forma unitaria che fa di esse un vero e proprio ordinamento. In primo luogo, il diritto ufficiale è fatalmen-

te lacunoso. Il suo funzionamento è sempre affiancato da un network complesso di norme e pratiche normative non ufficiali che lo integrano e ne condizionano l'interpretazione. In secondo luogo, l'accettazione del diritto ufficiale, e dunque la sua effettiva capacità di regolare normativamente l'attività sociale, è subordinata al suo accordo di massima con pratiche normative non ufficiali profondamente radicate.

A queste due ragioni – cifra distintiva degli approcci anti-formalisti – Mortati ne aggiunge una terza: ciò che fa dell'eterogeneo network costituito dal diritto ufficiale e dal suo sfondo e completamento non ufficiale una struttura organizzativa unitaria, e ciò che mantiene stabile questa struttura, è il ruolo normativo svolto, di fatto, dal fine politico – una certa visione della "forma" da dare alla comunità, degli interessi e valori che devono prioritariamente essere soddisfatti nella, e attraverso la, vita associata[10].

Il fine politico, però, non opera da solo, ma grazie al supporto di una forza politica portatrice del fine – gruppi di individui aggregati attorno al perseguimento di quel progetto politico – che, grazie alla propria azione coordinata e alla posizione di prevalenza in cui si trova, riesce a ottenere che le norme dell'organizzazione siano, nel complesso, accettate, motivino stabilmente all'osservanza.

La forza politica, come vedremo, può avere diversi livelli di organizzazione e integrazione. Ma la sua esistenza richiede sempre almeno due condizioni. La prima condizione è che vi sia una soglia critica di agenti rilevanti che accetta il fine come criterio normativo supremo, che (i) orienta, sulla base della riconducibilità o meno ad esso, la valutazione della legittimità o illegittimità di qualsiasi norma e pratica normativa dell'ordinamento, (ii) orienta normativamente l'attività di produzione, interpretazione e applicazione del diritto ufficiale, e (iii) ne giustifica la disapplicazione, o anche la sospensione di intere parti, quando ciò appaia necessario per il raggiungimento del fine.

La seconda condizione è che vi sia una soglia critica di agenti rilevanti che *aderisce* al fine, rendendo così stabile il suo ruolo di criterio normativo supremo, e con esso il mantenimento, nelle sue linee, dell'intera struttura organizzativa. In questo senso, il fine funziona come "autogaranzia": è il modo stesso in cui esso esiste nella struttura psicologica di una soglia critica di agenti rilevanti, la sua capacità di motivarli intrinsecamente, che garantisce il suo perseguimento.

Se si vuole, queste due condizioni possono essere rese abbastanza fedelmente in un lessico più familiare, come quello hartiano. La prima condizione è che il fine conti, per una soglia critica di agenti rilevanti (che non sono solo i "funzionari"), come norma di riconoscimento accettata. La seconda condizione è che una soglia più ristretta di agenti rilevanti accetti il fine *per convinzione*. "Rilevanti" significa, in questo contesto, posti in posizione di potere.

Nelle pagine iniziali de *La teoria del potere costituente*, Mortati riassume in modo molto chiaro questo insieme di idee:

> «Perché uno Stato possa formarsi nel seno di una società [...] è necessario che nell'ambito di una comunità sociale, vivente su un certo territorio, si determini una distribuzione di forze [...] tale da consentire ad alcune di esse di esprimere una propria volontà, la quale appaia capace di farsi valere e di essere sentita come obbligante [...] almeno entro certi termini di media obbedienza [...] La forza di cui si è parlato, perché possa dar vita ad uno Stato, deve divenire [...] capace di obiettivare la sua volontà, di sottrarla all'arbitrio, di sottoporla ad una norma, suscettibile di raccogliere in unità tutta l'infinita serie di rapporti sociali, determinando la rilevanza o il grado di rilevanza dei vari interessi della consociazione, quali sono intesi dalla potestà dominatrice» (MORTATI 2020, 36 s.; cfr. MORTATI 1940, 62 ss.).

Riassumendo: lo stato secondo Mortati è un network di norme, pressioni normative, e comportamenti da esse plasmati, il cui funzionamento complessivo e la cui trasformazione sono, di fat-

[10] Sull'originalità di questa concezione teleologica dello stato v. FIORAVANTI 1990, 134.

to, governati normativamente da un fine politico unitario, che, per una soglia critica di agenti rilevanti, giustifica l'istituzione e la difesa di una struttura organizzativa volta al suo conseguimento, guida e giustifica le revisioni di quella struttura organizzativa a fronte di nuove circostanze, e fornisce il criterio interpretativo da impiegare per l'interpretazione, l'integrazione, la applicazione o disapplicazione, di tutte le norme dell'ordinamento[11].

6.2. Per indicare il fine politico, considerato nella sua capacità di fungere da "norma fondamentale" che regola efficacemente, nel complesso, il funzionamento dell'intera organizzazione autoritativa dello stato e di tutte le attività sociali rilevanti, trasformando una molteplicità eterogenea e multiforme di azioni e strutture in un'unità funzionale stabile, un vero e proprio stato, dotato di una specifica identità, Mortati ricorre – qualificandole espressamente come sinonimi (MORTATI 2020, 68) – a tre espressioni familiari del lessico giuridico politico: "regime politico", "forma di Stato" e, soprattutto, "costituzione materiale".

Il termine "costituzione" serve a indicare la capacità del fine di sostenere e orientare l'intera organizzazione, conferendole la sua specifica identità. Il termine "materiale" vale invece a marcare una serie di opposizioni polemiche verso concezioni della costituzione che Mortati rifiuta (ZAGREBELSKY 1989, 66). La costituzione, infatti, è *materiale* perché: (a) non consiste soltanto, né tanto, in un assetto di procedure e competenze, suscettibili di orientarsi verso qualsiasi contenuto, ma consiste, invece, in un nucleo di obiettivi contenutisticamente determinati, che vincolano l'attività delle autorità ufficiali; (b) non è solo una norma "presupposta", che rende possibile *pensare* l'ordinamento come unità normativa, ma è, invece, una norma "positiva", e cioè, nel lessico di Mortati, efficace, capace di informare, di fatto, la struttura e le dinamiche dell'ordinamento statale; (c) non consiste in un principio normativo "ideale", ma in una norma radicata nella struttura motivazionale di una soglia critica di agenti rilevanti o "forze sociali", e nella rete di relazioni di potere in cui si trovano inserite[12]; (d) non si identifica con il contenuto della costituzione formale, ma lo eccede, e può dissociarsi da esso.

Quest'ultimo punto richiede un approfondimento.

Il tipico assetto costituzionale dello stato moderno prevede la presenza di un documento normativo ufficiale, la costituzione formale, nella quale è contenuta la formulazione di un insieme di interessi che devono essere prioritariamente realizzati attraverso l'apparato autoritativo e l'intera organizzazione dei rapporti sociali, programmi di trasformazione a lungo termine della società, lineamenti della struttura organizzativa funzionale a questi obiettivi, e in particolare della organizzazione degli organi di vertice – la "forma di governo". Ma le formulazioni della costituzione formale, avvisa Mortati, non riescono ad esaurire, e possono anche dissociarsi da, il fine politico effettivo, la costituzione materiale (MORTATI 1998, 115-123).

In primo luogo, il fine politico in cui consiste la costituzione materiale, secondo Mortati, non è un progetto esplicitamente definito in tutti i suoi dettagli, che possa essere catturato in una formulazione conclusiva. È uno schema orientativo, costituito da un nucleo essenziale di preferenze e orientamenti di fondo, che, da un lato, sono abbastanza vaghi da consentire di essere variamente specificati e riformulati, abbracciando nuovi interessi emergenti all'interno della comunità e nuove strutture organizzative rese necessarie dal mutamento delle circostanze, e, d'altro lato, sono abbastanza determinati da consentire, almeno in un ampio numero di casi, di contrapporre quel fine

[11] Sul ruolo del fine come criterio che vincola la discrezionalità di tutti gli apparati del diritto ufficiale v. ad es. MORTATI 1936. Sul ruolo del fine come giustificazione della sospensione di intere parti del diritto ufficiale, v. MORTATI 2020, 136. Un'ottima caratterizzazione dell'ordinamento mortatiano come network di poteri discrezionali coordinati dall'orientamento verso un unico fine si trova in FIORAVANTI 1990, 147. V. anche BERSANI 2007; DELLA CANANEA 2003, 329-331.

[12] Il termine "costituzione materiale", dice Mortati, designa *l'unità esistenziale* del fine politico e delle forze che ne sono portatrici (MORTATI 1973, 7).

politico a fini diversi e incompatibili, e di discriminare fra ciò che costituisce una sua mera specificazione, adattamento o riformulazione, e ciò che è invece una vera e propria deviazione da esso (MORTATI 1998: 74, 117, 206). In virtù di ciò, il fine può funzionare come criterio che vincola la revisione della costituzione formale, discriminando fra aggiustamenti e riformulazioni legittime, e modifiche illegittime perché stravolgono il suo nucleo essenziale[13].

In secondo luogo, non vi è una necessaria armonia fra il fine dichiarato nella costituzione formale, e quello effettivo della costituzione materiale. Può infatti accadere che il primo non riesca a mobilitare un sostegno sufficientemente intenso e durevole tra le forze sociali rilevanti, restando lettera morta, o che esso sia, sin dall'inizio, una mera copertura ideologica rispetto ai reali interessi della classe dominante (MORTATI 1975a, 406). Il tenore della costituzione formale fornisce solo *indizi* sul contenuto della costituzione materiale, che deve essere accertato anche attraverso fonti testuali diverse (dichiarazioni di partito, convenzioni tra forze sociali, ecc.) ma, soprattutto, attraverso una (in molti casi complessa, non univoca) analisi dei *fatti sociali* rilevanti: della struttura concreta della società e delle relazioni di potere, delle interpretazioni dominanti del diritto ufficiale, delle prassi costituzionali, dell'ideologia diffusa tra classi sociali che hanno accesso alle posizioni dominanti, ecc. (MORTATI 1998, 194 s.; MORTATI 1972a [1962], 143 s.).

6.3. Che il fine politico costituisca il criterio normativo supremo sulla base del quale valutare la legittimità o illegittimità di ogni componente dell'ordinamento non significa che il fine politico sia intrinsecamente "giusto", conforme ad un ordinamento normativo ideale, né che vi sia il dovere morale di osservarlo. La normatività che pervade l'ordinamento è quella che oggi si chiama normatività "formale" (MCPHERSON 2011) o "istituzionale" (JOYCE 2001), relativa cioè ad una certa pratica o sistema normativo. "Legittimità" significa correttezza *dal punto di vista del fine politico*, e cioè dal punto di vista di una pretesa che ha avuto successo. Il successo della pretesa di regolazione in cui il fine consiste non crea alcun dovere morale di conformarsi ad essa. Crea soltanto un rafforzamento della pretesa – maggiori pressioni normative verso la conformità, e maggior soglia di agenti che accettano la pretesa, o aderiscono ad essa. È questo che Mortati intende dire quando insiste sulla relatività dei valori giuridici. (Il punto richiederebbe altro approfondimento, ma non è questa la sede.)

7. *Potere costituente*

La teoria del potere costituente sviluppata da Mortati è una diretta applicazione della concezione dello stato e della sua costituzione materiale ricostruita sopra.

C'è in realtà, nel modo di trattare questo concetto, uno scarto importante consumato nel passaggio da *La costituzione in senso materiale* (MORTATI 1940) a *La teoria del potere costituente* (MOR-

[13] Il ruolo pervasivo che Mortati assegna alla costituzione materiale come principio (tras)formativo dell'intero ordinamento, dal funzionamento degli apparati pubblici alla regolazione delle attività private, richiama, per molti aspetti, quello che è stato individuato come il carattere centrale degli stati costituzionali contemporanei, il processo di "costituzionalizzazione" (GUASTINI 1998): «un processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale esso risulta totalmente "impregnato" dalle norme costituzionali», attraverso la diffusione di un insieme di pratiche e dottrine come l'applicazione diretta della costituzione da parte dei giudici, la sovra-interpretazione della costituzione, la sua applicazione ai rapporti tra privati. Analogamente, la "superlegalità costituzionale" della costituzione materiale, con la sua sottrazione alla potestà di revisione, richiama fortemente la dottrina del "nucleo immodificabile" della costituzione (su cui v. PINO 2010, 146 ss.). Ci sono, però, anche delle grandi differenze. Mentre questi processi, nel costituzionalismo contemporaneo, sono comunque ancorati al testo della costituzione formale, per Mortati se ne possono completamente sganciare. Per Mortati, inoltre, la validità della costituzione materiale non dipende né dal suo essere contenuta in un documento ufficiale, né dalla sua corrispondenza ad una morale (ritenuta) oggettiva, ma semplicemente dalla sua effettività.

TATI 1945). Sebbene questo scarto si dimostri, a conti fatti, puramente terminologico, è importante in quanto indizio della maturazione delle categorie di Mortati e della sua accresciuta sicurezza nell'applicarle.

Ne *La costituzione in senso materiale* (MORTATI 1998, 120), Mortati recepisce la nozione di potere costituente come potere di revisione costituzionale – o in alternativa, in una osservazione qui confinata in nota, come potere della nazione sovrana (Sieyès). Assumendo come punto di riferimento *questo* concetto di potere costituente – l'altro concetto, quello di Sieyès, nella sua prospettiva risulta già dissolto dalla considerazione che la "nazione" è un'entità inesistente – Mortati si preoccupa di distinguere da esso la nozione, da lui messa a punto, di volontà delle forze politiche dominanti orientata all'instaurazione di un certo regime politico (una certa forma di stato, o costituzione materiale). Il potere costituente *non è* la volontà delle forze politiche dominanti.

Ne *La teoria del potere costituente*, invece, Mortati non si sente vincolato da concetti preesistenti, e ridefinisce direttamente la nozione di potere costituente nei termini delle sue categorie:

> «Potere costituente è precisamente la forza predetta, vista nel momento in cui si ordina, nel momento in cui, dal fondo di una consociazione più o meno omogenea, più o meno contraddistinta da una tendenza di vita comune, da bisogni unitari, faccia emergere una volontà politica, determini una differenziazione di valori e di posizioni fra i membri di essa, una sopra e sottordinazione di voleri, instauri rapporti di comando e obbedienza [...]
>
> Potere costituente è il termine che designa il lato attivo di questo processo di differenziazione, quello da cui deriva l'idea politica posta come centro di unificazione dei comportamenti, nonché l'apparato autoritario destinato a presidiarla.
>
> Il potere costituente, nel momento stesso in cui si afferma come tale, nel momento in cui riesce a determinare la convinzione diffusa circa la sua idoneità ad attuare l'ordine del quale esso è portatore [a ottenere regolare osservanza], si identifica con lo Stato, diviene già esso stesso Stato» (MORTATI 2020, 37).

Qui, ormai, il potere costituente indica direttamente la formazione dello stato come ordinamento giuridico: o l'intero processo di emersione e strutturazione di una forza politica dominante, portatrice di un certo fine politico, o il nucleo più "attivo" di questo processo, quello immediatamente connesso all'elaborazione del progetto istituzionale e la creazione, o la presa di possesso, di un apparato autoritativo volto ad attuarlo e garantirlo. In questo nuovo assetto dei concetti, il potere costituente *è* la volontà delle forze politiche dominanti.

Una volta pervenuto a questa ridefinizione, Mortati, facendo leva sulla rappresentazione della volontà della forza dominante come fatto normativo, si sbarazza con pochi tratti di penna della questione della natura giuridica o meramente fattuale del potere costituente. La volontà della forza politica, dal momento in cui esiste come tale, è giuridica perché normativamente vincolata. È, appunto, un "fatto normativo".

Anche la questione del momento in cui lo stato viene ad esistere, e del suo ambito di esistenza, è liquidata come poco significativa, banale. Lo stato esiste dal momento e nello spazio in cui la volontà della forza politica riesce, attraverso l'uso di un proprio apparato coercitivo o attraverso il controllo del vecchio apparato statale, ad ottenere, nel complesso, osservanza. Non vi è invece ancora stato quando si siano solo create le condizioni per l'emersione di una forza politica, né quando la sua pretesa sia ancora inefficace. E non vi è stato nemmeno dove questa pretesa sia rimasta inefficace, e cioè in zone del territorio che la forza politica pretende di organizzare secondo il suo progetto, ma che non sono sotto il suo controllo (MORTATI 2020, 38).

Nelle pagine successive, la nozione così ridefinita di potere costituente diventa lo strumento per ribadire e difendere, a proposito dei mutamenti di regime, la sua concezione anti-formalistica della costituzione materiale. Se si ammette

> «che ogni singolo Stato non viene ad esistere se non per il determinarsi di un principio organizzativo specifico [la costituzione materiale], che introduca certi rapporti di dominio e di soggezione fra gli

> appartenenti ad esso, e cioè il predominio di certe forze, le quali riescono ad imporre una propria concezione dell'ordine associativo ed a coordinare intorno ad essa tutta la serie delle relazioni sociali, allora si deve concludere che il mutamento dello Stato si ha tutte le volte che al posto di un principio organizzativo ne subentri un altro» (MORTATI 2020, 51).

Si ha dunque esercizio di potere costituente ogni volta che, al di là delle procedure applicate e degli organi che ne sono protagonisti, si ha non solo l'instaurazione *ex novo* di uno stato, ma anche un mutamento della costituzione materiale o regime di uno stato preesistente, pur nel permanere di altri suoi elementi – territorio, popolazione, e, spesso, buona parte del precedente diritto ufficiale.

Muovendo da questa premessa, Mortati traccia, col suo consueto spirito sistematico, una tassonomia coerente, che ridisegna categorie problematiche e controverse del diritto pubblico (MORTATI 2020, 46 ss.).

La tassonomia è costruita su una coppia di opposizioni: la prima opposizione è tra, da un lato, mutamento della costituzione materiale (o regime, o forma di stato), e cioè esercizio del potere costituente, e, d'altro lato, la conservazione o difesa della costituzione materiale; la seconda opposizione è tra, da un lato, processi portati avanti da organi di vertice dell'apparato statale, nel rispetto o in violazione delle procedure e delle competenze stabilite dalla costituzione formale, e, d'altro lato, processi portati avanti da forze esterne all'apparato statale o ai suoi vertici. L'applicazione di questa tassonomia genera le seguenti figure.

Mutamento legale della forma di stato: nel rispetto delle procedure e delle competenze stabilite dalla costituzione formale, si procede ad un mutamento della costituzione materiale, portato avanti da una forza politica che subentra alla forza prima dominante. È un esercizio legale (sulla base della legalità della costituzione formale) di potere costituente. L'esempio, ovvio, è la presa del potere dei nazisti, e in particolare il decreto dell'incendio del Reichstag (*Verordnung der Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, o "*Reichstagsbrandverordnung*") del 28 febbraio 1933 e, poche settimane dopo, l'approvazione della legge dei pieni poteri (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich,* o "*Ermächtigungsgestez*") del 24 marzo 1933. Con questi atti la costituzione formale weimeriana non è invalidata, ma solo sospesa, mentre l'assetto delle competenze è completamente stravolto, in vista della instaurazione di un regime radicalmente diverso, una nuova costituzione materiale.

Revisione della costituzione: nel rispetto delle procedure e delle competenze stabilite dalla costituzione formale, vengono modificate parti della costituzione formale che non incidono sulla costituzione materiale, o non al punto da trasformarla – sono meri sviluppi del fine politico, che non stravolgono il suo nucleo essenziale.

Colpo di stato: in violazione delle procedure e delle competenze stabilite dalla costituzione formale, organi di vertice dell'apparato statale ne prendono il controllo, allo scopo di sovvertire la costituzione materiale. È un esercizio illegale e "top-down" di potere costituente.

Stato di eccezione: in violazione delle procedure e delle competenze stabilite dalla costituzione formale, organi di vertice dell'apparato statale agiscono in difesa della costituzione materiale vigente. È una difesa "top-down" della costituzione materiale, illegale (sulla base della costituzione formale) ma legittima (sulla base della costituzione materiale)[14].

Rivoluzione: forze estranee all'apparato statale, o comunque ai suoi organi di vertice, rovesciano il regime vigente allo scopo di mutare la costituzione materiale. È un esercizio illegale e "bottom-up" di potere costituente.

Diritto di resistenza: forze estranee all'apparato statale, o comunque ai suoi organi di vertice, intervengono, al di fuori delle forme previste dal diritto ufficiale, in difesa della costituzione

[14] Sullo stato di eccezione, v. anche MORTATI 1931, 133-148; MORTATI 1972a [1962], 195 ss.; MORTATI 1998, 152-155. Una ricostruzione generale delle idee di Mortati sul punto si trova in CARLASSARE 1990.

materiale vigente, contro tentativi di suo sovvertimento, che possono essere portati avanti anche da organi di vertice dell'apparato dello stato. È una difesa "bottom-up" della costituzione materiale, illegale (sulla base del diritto ufficiale) ma legittima (sulla base della costituzione materiale). (Questa figura in realtà non è menzionata ne *La teoria del potere costituente*, ma emerge dalla tassonomia su indicata, ed è comunque inquadrata, esattamente in questi termini, in altri lavori – v. MORTATI 1975b, 32 s.; MORTATI 1976, 1245 s.).[15]

La sussunzione di eventi costituzionali concreti sotto una delle categorie su indicate può essere una questione difficile – la differenza tra mutamento della costituzione materiale o sua mera revisione è un fatto di grado (MORTATI 2020, 58) –, e può essere resa ancora più sfuggente dalla copertura ideologica che spesso l'azione di sovversione cerca nei valori dell'ordinamento precedente, che però ha intenzione di sovvertire – tipicamente, il colpo di stato viene presentato come stato di eccezione.

Per quanto sfumate in concreto, le categorie sono però, in astratto, chiare, e consentono quanto meno di distinguere casi paradigmatici. Così, ad esempio, l'azione del Generale Pinochet in Cile, per quanto presentata come difesa dell'assetto costituzionale contro i tentativi eversivi imputati al Presidente Allende, anche se fosse stata avviata in buona fede (certamente non lo era), è un'istanza chiara di colpo di stato, essendosi tradotta nella profonda trasformazione dell'equilibrio di poteri e della forma di stato precedentemente vigente. (Tipicamente, un colpo di stato è giustificato dalla necessità di difendere la "costituzione", intesa come mantenimento dell'ordine e dell'unità politica, contro il pericolo di una guerra civile; ma, direbbe Mortati, il mero mantenimento dell'ordine e dell'unità politica non fa una costituzione materiale, e, di fatto, raramente chi si erge a suo difensore cede il potere una volta ripristinato l'ordine, ma avvia piuttosto un processo di trasformazione volto al suo mantenimento).

8. *Sfocature*

8.1. Possiamo adesso tornare, in conclusione, sul problema lasciato in sospeso sopra (§ 5). L'idea che l'ordinamento giuridico sia il prodotto della volontà, auto-vincolata normativamente, di forze sociali prevalenti, che riescono a organizzare un campo di attività orientandolo ad un certo fine, può forse funzionare se riferito a micro contesti sociali. Ma può essere esteso anche a macro-contesti, come quelli degli stati moderni?

Questa difficoltà ha almeno due versanti. Il primo versante riguarda la nozione di "volontà". Mortati la costruisce con riferimento a processi psicologici di individui, estendendola poi a entità collettive. Ma se è forse (e solo forse) chiaro in che senso un gruppo ristretto di individui possa essere portatore di una volontà comune, non è affatto chiaro come possa esserlo una macro-forza sociale come quella operante in uno stato. Si tratta di una estensione metaforica del concetto di volontà. Ma è una metafora accettabile?

Il secondo versante riguarda la riduzione della complessità e variabilità della vita di un ordinamento complesso come uno stato sotto le linee di un "fine" unico, un progetto unitario e coerente. È una riduzione credibile?

Non si tratta di problemi che affliggono esclusivamente la teoria di Mortati. L'estensione dei concetti intenzionali che siamo abituati a usare per spiegare l'azione individuale a macro-dinamiche sociali è una pratica diffusissima e, direi, irresistibile – è uno dei pochi modi attraverso i quali il mondo sociale può apparire (anche se forse solo ingannevolmente) comprensibile. Ma il problema è particolarmente grave per Mortati, perché il suo modello è *interamente fondato* su un'idea di volontà collettiva che pretende di catturare *reali fenomeni psico-sociali*. Nel suo caso,

[15] V. sul punto CARLASSARE 1990, 490; CERVATI 1990, 456 ss.; SERRA 2017.

l'ascrizione di volontà a una entità collettiva non è una metafora innocua, né una *black box* che si limita a segnalare un fenomeno ignoto, ma è un vero e proprio tentativo di spiegazione.

Non sono sicuro che, in ultima analisi, i problemi siano risolvibili. Credo però che, raccogliendo vari spunti sparsi da Mortati, e tendendo conto dell'evoluzione complessiva del suo pensiero, il suo modello possa essere interpretato in un modo che, quanto meno, tempera le difficoltà.

Riguardo al primo problema, l'interpretazione che propongo è la seguente. Ad un macro-gruppo G può essere attribuita la volontà di un fine P se: (i) G ha un livello di organizzazione, quale che sia la sua forma, tale da far sì che le azioni dei suoi membri siano, nel complesso, sufficientemente simili a quelle di un individuo portatore di quella volontà; (ii) c'è, nel complesso, una convergenza sufficiente fra P e la volontà individuale dei membri di G (i fini perseguiti dai membri di G sono, nel complesso, sufficientemente prossimi a P, e la volontà individuale di una soglia critica di essi ha la appropriata struttura normativa); (iii) G agisce, nel complesso, in vista di P, *proprio perché*, nel complesso, la volontà dei suoi membri converge verso P. La condizione (i) rende esplicita l'analogia con la volontà individuale, ma le condizioni (ii) e (iii) ancorano la legittimità del ricorso a questa analogia all'*effettiva* esistenza di volontà individuali dal contenuto appropriato.

Alla luce di questa interpretazione, la coordinazione e l'integrazione della forza sociale diventano chiaramente questioni di grado. Ad un estremo, vi saranno casi in cui la forza sociale ha un alto grado di coordinazione (ottenuto nei modi più vari), ed è portatrice di fini con un alto grado di integrazione (al suo interno, conflitti e divergenze sono molto meno significativi delle convergenze). All'altro estremo, vi sono casi in cui la coordinazione e l'integrazione della forza sociale sono al minimo compatibile con l'attribuzione di una volontà collettiva (tipicamente, casi in cui la forza sociale è attraversata da conflitti di interesse profondi, solo precariamente contenuti). Fra i due estremi, vi è un variegato spettro di situazioni intermedie.

Quest'ultima considerazione vale anche per rispondere al secondo problema. L'integrazione della società in un ordinamento unitario è questione di grado, e il grado dipende dalla maggiore o minore integrazione della forza politica, e dal suo maggiore o minore grado di successo.

8.2. Una forza politica *più o meno* coordinata e più o meno integrata. Una costituzione materiale *più o meno* effettiva, e *più o meno* definita e leggibile. È proprio questo l'arco lungo il quale si svolge l'evoluzione del pensiero di Mortati.

Nella prima fase del suo pensiero[16], che va dagli anni trenta alla caduta del fascismo, egli tratta la forza politica come un'entità fortemente coordinata e altamente integrata. Il suo paradigma è il partito di massa di stampo leninista, che poggia su una classe mobilitata attorno ad un nucleo di interessi essenziali apertamente incompatibili con quelli di classi contrapposte, ed è guidato da una élite altamente organizzata e centralizzata. Non è affatto strano che, in questa fase, egli scelga proprio di chiamare "partito" la forza politica stessa, al di là della sua organizzazione parlamentare. E del partito, pur segnalando la possibilità di divisioni in "fazioni" (MORTATI 1998, 72 s., 102 s.), quello che Mortati mette in primo piano è l'*unità*. L'esperienza degli stati a partito unico e totalitari, inoltre, lo mette di fronte ad assetti caratterizzati da una costituzione materiale quanto più univoca, e con un alto grado di effettività. La stessa integrazione, univocità e leggibilità egli attribuisce, con sguardo retrospettivo, anche allo stato liberale mono-classe – la costituzione materiale borghese per eccellenza.

Le vicende costituzionali italiane – che egli visse dall'interno, prima come deputato all'Assemblea Costituente e poi come giudice della Corte costituzionale[17] – lo misero di fronte ad assetti che sfuggivano alla nettezza di tratti dei prototipi iniziali.

[16] Seguo qui la periodizzazione proposta da DOGLIANI 1994, 332-343. Per una ricostruzione più dettagliata del rapporto fra gli sviluppi delle idee di Mortati ed i mutamenti del contesto politico-sociale italiano rinvio a BRIGAGLIA 2021, par. V.

[17] Su Mortati deputato all'Assemblea Costituente e giudice della Corte Costituzionale v. rispettivamente BRUNO

La seconda fase del suo pensiero va dalla fine della guerra alla fine degli anni cinquanta. La situazione con cui si confronta, qui, è quella del compromesso costituzionale tra forze portatrici di interessi conflittuali, ma alleate nella lotta al fascismo, e capaci di convergere verso un progetto condiviso. Qui il livello di integrazione delle forze politiche è molto minore, le linee dei vecchi conflitti sono ancora salienti, e minore è anche il livello di coordinazione – non una struttura unitaria, ma molteplici strutture che trovano modalità di coordinazione attraverso il lavoro di redazione della costituzione formale, le dinamiche parlamentari, e il faticoso mantenimento del compromesso sociale nel conflitto di classe. *La costituente* (1945) – di cui *La teoria del potere costituente* è la prima parte – è il saggio più rappresentativo di questa fase (ma v. anche, ad es., MORTATI 1972c [1952], 107). Qui il termine "partito", a rimarcare il minor livello di integrazione e coordinazione, cede il passo alle "forze sociali", che possono anche non essere unitarie. Ecco un passo emblematico:

> «La formazione del nuovo stato «può derivare da forze sociali unitarie nella loro composizione e che si presentano quale unico soggetto, perché portatrici di uno stesso interesse e rappresentative di un unico centro di unità politica, oppure risultare dall'accordo di forze distinte fra di loro, le quali si incontrano, precisamente nel campo dell'attività costituente, nel determinare i punti di confluenza dei vari interessi suscettibili di dar luogo ad un assetto stabile, ad una pacifica convivenza sulla base dei principi concordati in comune» (MORTATI 2020, 63)[18].

La terza (e ultima) fase del suo pensiero va dai primi anni sessanta alla metà degli anni settanta. Questa fase si apre con una svolta terminologica, nelle *Dottrine generali sulla costituzione* (MORTATI 1972a [1962], la prima parte della voce *Costituzione* redatta per l'Enciclopedia del diritto). Qui la forza politica è designata come "classe governante", e questa scelta terminologica vale a indicare una composizione molto più fluida, una coordinazione più lasca, una rete di accordi contingenti fra «i gruppi detentori delle varie posizioni che di fatto sono capaci di assicurare un predominio (il possesso delle armi, o del suolo, o di beni mobili, o di quello che può chiamarsi patrimonio spirituale, costituito da valori religiosi e culturali)» (MORTATI 1972a [1962], 130). E, ancora, un livello di integrazione relativamente basso: «la "classe" non può essere considerata quale blocco unitario e compatto, risultando invece composta da più ceti (o sottoclassi), che possono trovarsi anche in lotta fra loro» (MORTATI 1972a [1962], 133). Se, da un lato, questa struttura è simile a quella del partito, diviso in fazioni, della prima fase, l'enfasi è invece molto diversa: non tanto sulle linee di coesione, ma sulle linee di divisione che la minacciano[19].

Anche la visibilità della costituzione materiale, in questa fase, si affievolisce: l'affidabilità dei programmi politici pubblici come indizio dei reali interessi perseguiti è messa ripetutamente in questione (MORTATI 1975a, 406).

È proprio nelle *Brevi note* che, al culmine di questo processo di sfocatura dell'ordine, Mortati si confronta con la possibilità di una costituzione materiale ancora meno integrata di quella, compromissoria, della sua seconda fase – una costituzione materiale in cui il compromesso non è più il tentativo di integrazione che occupava la scena trent'anni prima, ma una mera dilazione, che si scompone in una costellazione di poteri conflittuali la cui integrazione e coordinazione è estremamente flebile, al bordo della disgregazione nel disordine:

1989 e CARUSI, PIZZORUSSO 1989.

[18] Si confronti anche il passo di Mortati 2020, 36 s. (citato per esteso sopra, § 6), con un passo parallelo di 5 anni prima (MORTATI 1940, 62 ss.). I passi sono quasi identici. Ma mentre in quest'ultimo si parlava di "forz*a*", al singolare, nel primo si parla di "forz*e*", al plurale.

[19] Sul passaggio dal "partito" alla "classe", v. BARTOLE 1990, 526 s.; ZAGREBELSKY 1998, XXIX s.; VOLPE 2000, 119-124; BRIGAGLIA 2006, 206 s.

> «Il vero problema è quello di stabilire quale senso sia da dare alla costituzione materiale negli ordinamenti contemporanei dell'Europa occidentale, sorti da accordi fra parti rappresentative di interessi fra loro gravemente divergenti, ed anzi in conflitto latente, e che hanno assunto carattere compromissorio, avendo esse voluto evitare di procedere a scelte in ordine alla grande alternativa che si poneva fra la conservazione dell'ordine sociale borghese e quello socialista, il che ha condotto ad operare una giustapposizione di proclamazioni interpretabili nell'uno e nell'altro senso» (MORTATI 2020, 149).

> «È chiaro che se la spinta proveniente dai presupposti del principio democratico e dell'assetto economico riuscirà ad avere ragione delle resistenze opposte agli svolgimenti ad essi corrispondenti, realizzando un lineare processo dinamico di integrazione, allora la costituzione materiale riuscirà a trovare la base unitaria, l'omogeneità di cui abbisogna. Se altrimenti dovesse avvenire, la costituzione compromissoria si dissolverebbe nell'urto informale delle parti contrapposte, al cui esito sarebbe poi da affidare il conseguimento di un nuovo ordine» (MORTATI 2020, 151)[20].

Siamo ormai ai margini estremi dell'ordine di Mortati.

[20] V. anche, in termini quasi identici, MORTATI 1975a, 37 s.

Riferimenti bibliografici

Balboni E. 1989. *Note introduttive allo studio delle formazioni sociali nel pensiero di Mortati*, in Lanchester F. (ed), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 157 ss.

Bartole S. 1990. *Giudici, funzione giurisdizionale e interpretazione del diritto: glosse ad alcuni testi di Costantino Mortati*, in Galizia M., Grossi P. (eds), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 511 ss.

Bersani C. 2007. *Appunti su Amministrazione e Costituzione in Costantino Mortati*, in Galizia M. (ed), *Forme di stato e forme di governo: Nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Giuffrè, 141 ss.

Brigaglia M. 2006. *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè.

Brigaglia M. 2019. *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Editoriale Scientifica.

Brigaglia M. 2021. *The Will to Order. In Conversation with Mariano Croce and Marco Goldoni on Costantino Mortati's Account of the Legal Order and the Material Constitution*, in «Italian Law Journal», 7, 2, 2021, 557 ss.

Bruno F. 1989. *Costantino Mortati e la Costituente*, in Lanchester F. (ed), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 135 ss.

Carlassare L. 1990. *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in Galizia M., Grossi P. (eds), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 479 ss.

Carusi V., Pizzorusso A. 1989. *Mortati e la Corte Costituzionale*, in Lanchester F. (ed), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 205 ss.

Catania A. 1987. *Carl Schmitt e Santi Romano*, in Id., *Il diritto tra forza e consenso*, Edizioni scientifiche italiane, 135 ss.

Catania A. 2001. *Mortati e Schmitt*, in Catelani A., Labriola S. (eds), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, 109 ss.

Cervati A.A. 1990. *Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati*, in Galizia M., Grossi P. (eds), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 417 ss.

Croce M., Goldoni M. 2020. *The Legacy of Pluralism. The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, Stanford University Press.

Della Cananea G. 2003. *Mortati and the Science of Public Law: A Comment on La Torre*, in Joerges C., Singh Ghaleigh N. (eds), *Dark Legacies of Law in Europe*, Hart Publishing, 321 ss.

Dogliani M. 1994. *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino.

Fioravanti M. 1990. *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in Galizia M., Grossi P. (eds), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, 45 ss.

Goldoni M. 2019. *From Structure to Integration: The Trajectory of the Material Constitution*, in Join C. (ed), *La constitution matérielle de l'Union européenne*, Pedone, 29 ss.

Goldoni M., Wilkinson M.A. 2018. *The Material Constitution*, in «The Modern Law Review», 81, 4, 2018, 567 ss.

Grossi P. 2000. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1860-1950*, Giuffrè.

Guastini R. 1998. *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion Pratica», 11, 1998, 185 ss.

Haidt J. 2012. *The Righteous Mind. Why Good People Are Divided by Politics and Religion*, Penguin.

Hatch M.J. 2011. *Organizations. A Very Short Introduction*, Oxford University Press.

JOYCE R. 2001. *The Myth of Morality*, Cambridge.

KELSEN H. 1945. *General Theory of Law and State*, Harvard University Press.

MCPHERSON T. 2011. *Against Quietist Normative Realism*, in «Philosophical Studies», 154, 2, 223 ss.

MERLINI S. 1989. *Sovranità popolare e partiti politici. Una difficile riflessione sulla democrazia contemporanea*, in LANCHESTER F. (ed), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 185 ss.

MICHAEL J., SEBANZ N., KNOBLICH J. 2016. *The Sense of Commitment: A Minimal Approach*, in «Frontiers in Psychology», 2016, 6.

MORTATI C. 1940. *La costituzione in senso materiale*

MORTATI 1952. *Istituzioni di diritto pubblico. Seconda edizione interamente rifatta*, CEDAM.

MORTATI C. 1972a. *Raccolta di scritti. Tomo I*, Giuffrè.

MORTATI C. 1972b. *Raccolta di scritti. Tomo II*, Giuffrè.

MORTATI C. 1972c. *Raccolta di scritti. Tomo III*, Giuffrè.

MORTATI C. 1973. *Le forme di governo*, CEDAM.

MORTATI C. 1975a. *Istituzioni di diritto pubblico. Nona edizione rielaborata e aggiornata. Tomo I*, CEDAM.

MORTATI C. 1975b. *Commento all'articolo uno della Costituzione,* in BRANCA G., *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12: principi fondamentali*, Zanichelli, 1-50.

MORTATI C. 1976. *Istituzioni di diritto pubblico. Nona edizione rielaborata e aggiornata. Tomo II*, CEDAM.

MORTATI C. 1998. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.

MORTATI C. 2000. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Giuffrè.

MORTATI C. 2020. *La teoria del potere costituente*, Quodlibet.

PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.

ROMANO S. 2018. *L'ordinamento giuridico,* Quodlibet (ristampa dell'edizione del 1946).

SCHMITT C. 1922. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*, Duncker & Humblot.

SCHMITT C. 1928. *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot.

SCHMITT C. 1972. *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, il Mulino, 245-275 (versione rivista, in occasione della traduzione italiana, del saggio *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlangsanstalt, 1934).

SEARLE J. 1995. *The Construction of Social Reality*, Penguin.

SERRA T. 2017. *Il "diritto di resistenza" in Costantino Mortati*, in LANCHESTER F. (ed), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno, Roma – 14 dicembre 2015*, 141 ss.

TOMASELLO M. 2020. *The Moral Psychology of Obligation*, in «Behavioral and Brain Sciences», 43, 56, 2020, 1 ss.

VOLPE G. 2000. *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza.

ZAGREBELSKY G. 1989. *Il metodo di Mortati*, in LANCHESTER F. (ed), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 51 ss.

ZAGREBELSKY G. 1998. *Premessa*, in MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, VII-XXXVIII.

UNA RIFLESSIONE SUL POTERE COSTITUENTE IN COSTANTINO MORTATI

GIULIA MARIA **LABRIOLA**

Una riflessione sul potere costituente in Costantino Mortati

Reflections on Constituent Power in Costantino Mortati

GIULIA MARIA LABRIOLA

Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli.
E-mail: giulia.labriola@unisob.na.it

ABSTRACT
In questo saggio intendo presentare alcune riflessioni sulla teoria del potere costituente in Costantino Mortati. Dopo aver osservato come questa teoria si inserisca nella biografia intellettuale dell'autore e nel solco delle opere precedenti, ne ho evidenziato gli elementi più significativi: il fondamento; la titolarità, fra sovranità popolare e rappresentanza; il ruolo dei partiti politici; la distinzione fra potere costituente e potere di revisione costituzionale; la critica del formalismo nell'approccio alla dimensione costituzionale. In conclusione, ho rilevato alcune criticità di questa teoria, al confronto con altri modelli di potere costituente.

In this essay, I put forward some thoughts on Costantino Mortati's theory of constituent power. The development of the theory is examined first with respect to the author's intellectual biography, and then highlighting the main features of constituent power, according to Mortati: (i) the foundation; (ii) the titularity, between popular sovereignty and representation; (iii) the role of political parties; (iv) the distinction between constituent power and the power of constitutional revision; (vi) the critique of formalism in approaching to the constitutional dimension. In conclusion, some critical aspects of Mortati's theory are examined in comparison with other models of constituent power.

KEYWORDS
potere costituente; sovranità popolare; rappresentanza; Costantino Mortati; principi e valori costituzionali

constituent power; popular sovereignty; representation; Costantino Mortati; constitutional principles and values.

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Una riflessione sul potere costituente in Costantino Mortati

GIULIA MARIA LABRIOLA

1. *Un tipo di puzzle:* La teoria del potere costituente (1945) *di Costantino Mortati* – 2. *Su alcuni caratteri della teoria del potere costituente* – 2.1. *Il problema del fondamento* – 2.2. *La sovranità popolare* – 2.3. *Potere costituente e potere di revisione costituzionale* – 2.4. *La critica del formalismo* – 3. *L'età del disincanto.*

«The constituent power is a puzzle for constitutional theory»
DIETER GRIMM

1. *Un tipo di puzzle:* La teoria del potere costituente (1945) *di Costantino Mortati*

La definizione del potere costituente come un rompicapo rappresenta in modo efficace la natura affascinante, ma impervia, di un concetto non univoco, perché difficile da determinare sotto il profilo descrittivo; attraversato da prospettive integrate (filosofico-politico e giuridiche), ma diverse sotto il profilo metodologico; portatore di un'istanza non esauribile, che, come ogni concetto situato ai bordi del pensiero sul diritto (quali diritto di resistenza e stato di eccezione), periodicamente rinvia al problema del fondamento e insieme della dissoluzione dell'ordinamento giuridico.

Date simili premesse, non stupisce che per questo rompicapo non siano state trovate soluzioni soddisfacenti[1], né che si continui a misurarsi con gli interrogativi profondi che suscita. Le pagine che seguono intendono portare un contributo a questa riflessione, muovendo dalla recente pubblicazione in volume del saggio di Costantino Mortati *La teoria del potere costituente*[2], che con lo stesso titolo costituiva la prima parte di un libro apparso nel 1945[3] (la seconda e la terza erano dedicate a *Il procedimento costituente nelle sue principali manifestazioni storiche* e a *Il problema costituente nell'Italia di oggi*). La scelta di destinare a vita autonoma la parte generale del lavoro di Mortati si può imputare alla sua densità teorica, che travalica l'esperienza storica cui è legata.

Sotto quest'ultimo profilo, vale ricordare che il volume sulla costituente appartiene alla contingenza della nascente stagione repubblicana, ma è tutt'altro che uno scritto d'occasione: al suo interno si muovono temi di portata più vasta ed esso si inserisce in modo preciso nel lungo itinerario intellettuale dell'autore. Nel 1945, Mortati ha alle spalle un periodo denso di ricerche, accomunate dalla «pesante insoddisfazione per la costruzione dello Stato di diritto di stampo liberale»[4] ma anche dal tentativo di reinterpretare il rapporto fra storia e tradizione, preservando alcuni aspetti del modello per costruire con materiali vecchi un edificio nuovo[5], in un contesto radicalmente mutato. Se è vero che non fu un occasionalista, ma «un uomo di scienza che aderiva al suo oggetto di studio secondo un atteggiamento oggettivizzante e riflettente, di fronte non ai concetti che stanno in cielo ma alla realtà che va storicamente affermandosi»[6], è pur vero che la realtà storica nella quale era impegnato durante il quindicennio 1930-1945 era rappresentata dal consolidamento in regime dello Stato fascista, con il suo diritto corporativo, e dominata dall'ideologia (e prassi) del partito unico.

[1] GRIMM 2017, 37.
[2] MORTATI 2020.
[3] MORTATI 1945.
[4] GROSSI 2000, 219.
[5] STOLZI 2020, spec. 289-291, ma si veda tutto il saggio.
[6] ZAGREBELSKY 1998, XV.

In questa prospettiva, si può inquadrare la *ratio* delle opere maggiori di Mortati di quel periodo: ne *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931) il tema centrale consiste nel determinare a chi spetti l'indirizzo politico[7], ma soprattutto esplicitare che in questa funzione si realizza la compenetrazione fra società e Stato, strutturata in ordini gerarchicamente disposti che ricevono unità dal capo del governo, «punto d'incontro e centro di direzione di questi organici rapporti»[8]; *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* (1935) è un'edizione provvisoria, di argomento tecnico e talvolta oscuro[9], ma sostenuta dal legame fra volontà[10] e decisione politica e dalla centralità attribuita, sotto questo profilo, al nuovo partito fascista (che avrà il suo statuto nel 1938), quale motore delle forze politiche che hanno generato il mutamento e il cambio di Stato; infine, *La costituzione in senso materiale* (1940), compimento di questo percorso progressivo, pone al vertice del sistema il concetto di costituzione (disarcionando la personalità dello Stato, che nella teoria orlandiana svolgeva la stessa funzione) e ne mostra la natura dinamica, rendendo palese il campo di tensione generato dai rapporti fra la costituzione formale e «le forze che la sostengono e la interpretano»[11]. La costituzione materiale offre «la ricostruzione più brillante e perspicua della "trasformazione dello Stato" operata dal fascismo», ma apre anche «una riflessione su politica e diritto destinata a non chiudersi con il crollo del regime»[12].

Quest'ultima sintesi esprime il senso della breve ricostruzione proposta: rendere un'idea del contesto e del percorso che hanno propiziato questo modello di potere costituente; ricordare come tale modello sia stato forgiato da un interprete che ha vissuto due grandi trasformazioni – dallo Stato liberale di diritto al regime fascista e dal regime fascista all'ordinamento costituzionale repubblicano – e risente di entrambe; evidenziare alcuni moventi della riflessione di Mortati che saranno persistenti anche nella successiva fase costituzionale, alla cui edificazione egli contribuì in modo rilevante, tanto che, secondo il giudizio di Calamandrei, Mortati «lasciò più di ogni altro nelle disposizioni della Costituente traccia della sua profonda dottrina»[13].

2. *Su alcuni caratteri della teoria del potere costituente*

Le ragioni di questa persistenza sono facilmente intuibili: Mortati esprime nel libro sulla costituente il complesso più maturo delle sue convinzioni, opportunamente metabolizzate per essere rifuse nella nuova forma costituzionale, che nel 1945 è appena embrionale. In questa sede si consolidano le istanze che formavano la cifra del pensiero mortatiano e avrebbero determinato la sua idea di potere costituente: il ruolo apicale attribuito alla funzione d'indirizzo politico (qui assegnata ai partiti politici, depositari del mandato rappresentativo conferito dal popolo sovrano); l'interesse per i dispositivi che realizzano la massima compenetrazione fra società e Stato (non solo i partiti, ma tutti i corpi intermedi); una vigile attenzione ai modi di trasformazione (esplicita e non) dell'assetto costituzionale (in cui si inscrive la distinzione, costantemente ribadita, fra potere costituente e potere di revisione costituzionale); la centralità dei rapporti di forza che sostengono la Costituzione (che equivale all'ordinamento giuridico nel suo complesso, rispetto

[7] MELIS 2018, 153.

[8] MORTATI 1931, 185. Relativamente all'impostazione di fondo di questo libro, è stato scritto che «Mortati, in una fase in cui il regime fascista non ha ancora dimostrato irreversibilmente la sua vocazione totalitaria, tenta l'ultima lettura moderata ancora possibile» (CHELI 2000, X). Non condivido la prima parte della valutazione, difficilmente sostenibile in riferimento al 1931, mentre inscriverei la seconda nel quadro del già segnalato rapporto fra tradizione e storia.

[9] Così annota LANCHESTER 1994, 73-75.

[10] Sulla figura della volontà in Mortati, BRIGAGLIA 2006, spec. sul decisionismo normativo, 14 ss. e 51 ss.

[11] LANCHESTER 2004, 99. Ma si veda tutto il denso cap. IV, *Mortati e la giovane dottrina giuspubblicistica tra fascismo e Costituente*, 97 ss.

[12] SORDI 2003, 2147; citato in MELIS 2018, 270.

[13] CALAMANDREI 1950, CXXX.

all'effettività del radicamento sociale) e in un certo senso si agitano sotto la sua superficie, costantemente e in modo talvolta imprevedibile; infine, logico precipitato di queste precondizioni, una certa insofferenza per il formalismo giuridico.

Una ricognizione cursoria all'interno del pensiero costituente di Mortati può offrire elementi utili a delineare questi caratteri e a proiettarli in un ragionamento che non sia esclusivamente di tipo ricostruttivo.

2.1. *Il problema del fondamento*

Il primo aspetto che emerge, imponendosi, è il problema del fondamento del potere costituente, dal quale tutto il resto discende. Nella tesi mortatiana, l'opzione è chiara fin dalle prime pagine, quelle *Nozioni introduttive* che di fatto costituiscono i prolegomeni al potere costituente. Dopo aver posto in esordio l'inestricabile relazione che sussiste fra lo Stato come ente politico *par excellence* e la costituzione che ne è «il principio primo, in base al quale esso si ordina e si compone in unità»[14], Mortati postula il primato della costituzione, sotto il profilo della priorità logica e temporale, rispetto a tutte le altre manifestazioni della volontà statale. Da questa priorità, non può che derivare che la costituzione sorga da un processo di "autocreazione" («la sua forza imperativa non è derivabile se non dalle stesse forze politiche che fanno sorgere lo Stato, espressione immediata del loro potere sovrano»)[15], per effetto di una "volontà assolutamente primaria"[16] e sia dotata di "autogaranzia" (perché ha indole normativa, cioè non si limita a dichiarare un fatto, bensì enuncia i fini fondamentali dell'ordinamento concreto)[17].

Individuare il fondamento della volontà assolutamente primaria, cioè che «desume solo da se stessa, e non mai da altra fonte, il suo limite e la norma del suo operare»[18], equivale pertanto a indicare l'architrave di tutto l'assetto costituzionale. Ma come si fa a dedurre il fondamento di una volontà che si presenta come del tutto arbitraria? Il punto è francamente aporetico e Mortati ne è ben consapevole. Dopo essersi posto il problema, in via preliminare, se sia ammissibile uno studio scientifico del potere costituente (sollevando la questione, periodicamente riproposta, se il potere costituente sia materia per giuristi), sintetizza il dilemma implicito nella ricerca del fondamento in un passaggio che pur nella sua lunghezza vale riportare:

> «Se, può eccepirsi, il potere costituente, per la sua stessa essenza, si presenta quale espressione di volontà suprema, non legata a norme, all'infuori di quelle da essa stessa poste, se, in altri termini, esso è, e non può non essere, manifestazione di puro fatto, suscettibile perciò di infinite variazioni, imprevedibili perché affidate all'arbitrio di coloro che lo esercitano, dove trovare il criterio per ricondurre queste ultime a unità, per sistemarle in qualche modo?»[19]

La risposta a questo interrogativo, non retorico ma autenticamente radicale, arriva in un passaggio molto ravvicinato. Il potere costituente, secondo Mortati, si manifesta come diritto e non come puro fatto perché esso si compenetra, si indentifica con lo Stato, anzi diviene già esso stesso Stato, ossia organizzazione giuridica sovrana, non appena «riesce a determinare la convinzione diffusa circa la sua idoneità ad attuare l'ordine del quale esso è portatore»[20]. La condizione posta è un'incidentale di non secondaria importanza, ma non deve indurre a pensare che vi sia

[14] Mortati 2020, 32.
[15] Mortati 2020, 33.
[16] Mortati 2020, 35.
[17] Mortati 2020, 33.
[18] Mortati 2020, 35.
[19] Mortati 2020, 35.
[20] Mortati 2020, 37.

una sovrastima di quel processo, quel complesso di fatti e avvenimenti (spesso tumultuosi e indecifrabili, se non *ex post*, cioè evidentemente in base all'esito), sotto il profilo della fattualità. Tutto ciò che si produce nelle more di questa convinzione è già diritto, è retroattivamente diritto, in quanto appartiene al processo avviato dalla volontà che, in caso di esito positivo, si fa diritto in tutte le sue componenti.

Mortati lo segnala in modo evidente, quando chiarisce che la forza materiale degli eventi che originano una nuova costituzione, forza che pure è necessaria, non costituisce però una condizione sufficiente. Perché tale forza possa dare vita a uno Stato (cioè a una costituzione), deve oggettivare la sua volontà e sottoporla a una norma: «potere costituente è precisamente la forza predetta, vista nel momento in cui si ordina»[21].

Molto opportunamente quindi è stata data la giusta enfasi al momento ordinante[22], alla genesi dell'ordine che è già essa stessa diritto, anche nella sua componente fattuale, perché in questa concezione il fatto non è decisione, eccezione, extra ordinamentalità allo stato puro, ma è "fatto normativo". La perfetta e simultanea (sul piano logico, anche se non su quello storico) correlazione fra le due dimensioni che compongono il fatto normativo (motivo per cui dalla costituzione bisogna risalire all'istituzione[23]) è analizzata con finezza nella lettura di Modugno, che esplicitamente costruisce una relazione di "identità" fra il fatto originario istituzionale e il suo immanente principio e ordine normativo («il potere costituente è la manifestazione in atto del fatto istituzionale»[24]). Questa interpretazione si spinge ulteriormente, sempre nel solco mortatiano, saldando in modo ancora più intenso i due profili (che a ben vedere sono due momenti inscindibili di un solo profilo), quando fa rilevare che non esistono governi di fatto, in quanto «il processo di instaurazione o di formazione di ogni ordinamento giuridico costituisce esso stesso un ordinamento giuridico, ossia l'ordinamento dell'assetto provvisorio di quello»[25].

La questione dei rapporti fra l'ordinamento provvisorio e quello definitivo era stata del resto già risolta nel saggio sulla costituente, assorbendo il primo nel secondo, mediante la «retrodatazione del nuovo ordinamento al momento di inizio del procedimento che ad esso ha dato luogo»[26]; trent'anni dopo, Mortati ribadisce quanto sia impropria e fuorviante l'espressione "governo di fatto", riferita a un assetto autoritario che esercita i propri poteri senza legittimazione costituzionale. Dal suo punto di vista, cioè secondo la sua teoria del fondamento del potere costituente, la legittimazione non va ricercata nella costituzione che questi governi contrastano, ma in quella di cui essi sono espressione e che cercano di affermare: è questa seconda costituzione, che spera di instaurarsi, a renderlo un governo di diritto (purché, naturalmente, questo assetto autoritario che ambisce all'affermazione di sé riesca nell'intento)[27].

Compendiare la complessità del problema del fondamento non è semplice e le osservazioni fin qui esposte non lo esauriscono, ma da esse si può forse percepire la linea (che è in realtà un coacervo, perché gli elementi non si trovano in successione, ma sono compenetrati) che unisce la volontà, il fatto normativo descrivibile come istituzione, la coessenza di diritto e Stato (siglata dalla metafora della co-gestazione, che torna a più riprese: lo Stato e il suo diritto nascono in un "medesimo momento"[28], "dallo stesso parto"[29] e sono per questo inseparabili), la costituzione come principio di unità.

[21] Mortati 2020, 37.
[22] Goldoni 2020.
[23] Mortati 2020, 40.
[24] Modugno 1977, 207.
[25] Modugno 1977, 206.
[26] Mortati 2020, 71 s.
[27] Mortati 1975a, 72 s.
[28] Mortati 2020, 38.
[29] Mortati 2020, 75.

2.2. *La sovranità popolare*

Da questo blocco teorico di grande intensità discendono tutte le altre questioni, attinenti alle fasi del procedimento costituente, quale che sia[30], e ai principi organizzativi del potere costituente: la più pressante esigenza teorica sottostante è, ovviamente, quella di incardinare la volontà che muove il fatto normativo in una forma di legittimazione soggettiva. Nella teoria mortatiana, il soggetto legittimato è il popolo e il titolo di legittimazione, per entrambi i profili (procedimento e organizzazione), è la sovranità popolare; seppure in forme opportunamente mediate e non in via diretta. È infatti significativo che il popolo come soggetto collettivo, portatore di una volontà unitaria, unico depositario della sovranità e detentore del potere costituente, si manifesti fin dagli esordi trasfigurato nei suoi rappresentanti.

Per quanto l'attività costituente esiga la partecipazione del popolo, viene subito chiarito che l'iniziativa costituente «spetta naturalmente a gruppi più o meno ristretti»[31], perché il popolo genericamente inteso è incapace di agire giuridicamente. Affinché si abbia lo Stato, è necessario «il popolo articolantesi in un principio più complesso, cioè raccolto in un ordine concreto presidiato da un'idea politica»[32]. La rappresentanza politica è dunque una necessità di tipo giuridico, oltre che un'esigenza dettata dalla forma dello Stato, cioè un carattere del modello democratico; su questo punto, Mortati non potrebbe essere più esplicito, quando scrive che «naturalmente la democrazia non solo non esclude ma esige l'esistenza di élites, ma queste devono emergere dal popolo e tendere a compenetrarsi con esso, il che non è possibile se il medesimo non sia messo in grado di seguirne e valutarne l'azione»[33].

Nel quadro dunque di precise «condizioni di sviluppo e di educazione politica»[34], la costruzione dello Stato costituzionale è affidata a un dispositivo che realizzi la rappresentanza: «le formazioni sociali che più direttamente si rivolgono a questo scopo sono i partiti», che agiscono quali fattori di aggregazione sulla base di concezioni politiche generali[35]. L'esigenza manifestata come un'urgenza necessaria è riempire il vuoto prodotto dalla Rivoluzione francese, che aveva provveduto alla "soppressione" dei corpi intermedi. Va da sé che la sensibilità storica di un giurista come Mortati aveva ben presente la differenza strutturale che sussiste fra i corpi intermedi di antico regime (tributari di regimi di disuguaglianze naturali, insuperabili, cogenti) e quelli tipici degli ordinamenti democratico costituzionali (autentici interpreti dei movimenti di massa del XIX secolo, che gli ingenerosi critici della stagione rivoluzionaria tendono a trascurare, e improntati al pluralismo, non alla parte totale di cui il partito unico era perfetto emblema[36]).

Il suo scopo consiste piuttosto nel ribadire l'importanza di un filtro democratico che mancava e che fosse in grado di «portare negli organi di deliberazione politica la volontà del popolo»[37]: i partiti politici assolvono alla capitale funzione di veicolare il fondamento del potere costituente all'interno della vita della costituzione, nella lunga durata e costantemente. È, questa, una delle

[30] Il procedimento costituente, per la formazione statale, si articola in tre fasi (decisione costituente, instaurazione dell'organo costituente, creazione di "appositi congegni" per il governo provvisorio; si veda MORTATI 2020, 70), ma può avere e ha avuto le più diverse manifestazioni storiche. Alla loro disanima è dedicata la seconda parte del libro; si veda MORTATI 1945, 67 ss.

[31] MORTATI 2020, 93.

[32] MORTATI 2020, 94.

[33] MORTATI 2020, 111 s.

[34] MORTATI 2020, 119.

[35] MORTATI 2020, 112.

[36] Il Mortati del 1945 parla di un'altra soppressione, quella operata dal fascismo: soppressione «di ogni specie di organi, istituti o enti, che fossero espressi dalla volontà popolare»; si veda MORTATI 1945, 138. Di altro tenore, com'è intuibile, la posizione di Mortati nel 1931, quando definisce il partito fascista di straordinaria importanza e lo descrive come «la pietra angolare del Regime»; MORTATI 1931, 186.

[37] MORTATI 2020, 112.

manifestazioni più significative del dispositivo teorico secondo il quale il potere costituente non si limita a svolgere una funzione inaugurale, fondativa, dell'ordinamento giuridico, ma lo accompagna lungo tutto il corso della sua vita.

2.3. *Potere costituente e potere di revisione costituzionale*

Espressione del medesimo dispositivo è anche un altro cardine della teoria mortatiana: la separazione fra potere costituente e potere di revisione costituzionale. Si tratta di un tema ben presente alla riflessione dei giuristi, del quale Mortati aveva pienamente compreso le potenzialità, al tempo stesso di novazione e stravolgimento dell'ordinamento costituzionale. Si potrebbe affermare, con una sintesi un po' estrema, che l'insistenza mortatiana sulla netta separazione di queste due funzioni discendesse proprio dalla consapevolezza del fatto che nell'esercizio del potere di revisione si insinua il rischio di un'introduzione più o meno surrettizia di elementi virtualmente in contrasto con i principi ispiratori dell'ordinamento, o in grado di sovvertirlo.

Appare quasi scontato rilevare come dietro questa convinzione e la conseguente prudenza rispetto al potere di revisione si stagliasse la lunga ombra di Weimar[38]: una vicenda paradigmatica, sotto questo profilo, che Mortati conosceva profondamente, non solo per il tramite della scienza giuridica tedesca che aveva formato l'oggetto dei suoi interessi e per l'influenza esercitata dal metodo della sua analisi, com'è noto particolarmente sensibile al dato sociale e istituzionale, ma anche per gli intuibili motivi di prossimità storica. La prima pagina del libro che Mortati dedica all'esperienza costituzionale di Weimar (1946), nell'ambio della collana di testi e documenti costituzionali promossa dal Ministero per la Costituente[39], rimane, nella sua sintesi, un affresco intenso e acuto della complessa vicenda weimariana e il suo *incipit* («singolare sorte, quella toccata alla costituzione di Weimar!») rende bene l'idea dello snaturamento cui quel testo costituzionale era stato sottoposto.

Il laboratorio Weimar, del resto, è stato per il giurista Mortati una fonte di apprendimento e ispirazione diretta anche sul piano più strettamente tecnico, come ricorda Maurizio Fioravanti in riferimento all'importanza dell'istituto referendario, nell'ottica di integrazione della rappresentanza con istituti più direttamente connessi alla genuina volontà popolare[40]; un'esigenza integrativa che progressivamente diviene per Mortati un'esigenza emendativa, quando la crisi del sistema dei partiti risulta evidente. Nel commento all'art.1 della Costituzione (1975b) questo spostamento di asse è compiuto e contribuisce a comporre le forme della sovranità popolare; il popolo non è una totalità di viventi, ma si identifica con il concetto di corpo elettorale, colto dentro la costituzione nelle sue triplici (e tutte egualmente importanti) funzioni (elezione dei rappresentanti mediante i partiti, promozione del *referendum*, partecipazione al procedimento di revisione costituzionale) e al di fuori di essa nelle non meno rilevanti "figure organizzative" che esulano da schemi normativi[41].

Tornando alla revisione costituzionale nel suo rapporto con il potere costituente, la traccia del 1945 è chiarissima. L'inquadramento del tema si ricava dall'assunto secondo cui il potere costituente, inteso nel senso più ampio e cioè come organo e funzione, accompagna la costituzione «dal momento formativo attraverso tutti gli stadi del suo successivo svolgimento»[42]. La finalità di questo affiancamento è molto chiara e rinvia a quanto pur brevemente detto fin qui: si tratta di mantenere integra la volontà popolare sovrana e preservare i valori fondamentali dell'ordinamento

[38] La "costituente di Weimar" è l'espressione che chiude il saggio sulla teoria del potere costituente. Si veda MORTATI 2020, 128.

[39] MORTATI 1946, 7.

[40] FIORAVANTI MAU. 2019, XVII-XIX.

[41] MORTATI 1975b; tutto il saggio, ma specialmente §II. *La sovranità popolare ed i modi del suo esercizio*, 21 ss.

[42] MORTATI 2020, 34.

giuridico che da essa promana, rispetto a trasformazioni che ne snaturino la cifra distintiva, l'opzione valoriale di fondo, dissolvendolo. Lo strumento attraverso il quale questo obiettivo viene perseguito è la netta differenziazione fra potere costituente e potere di revisione costituzionale, attraverso la costruzione di un rapporto di sovra e subordinazione.

Per quanto i due poteri possano sembrare assimilabili, se non addirittura paritetici sotto il profilo della funzione che svolgono, la loro distanza è insuperabile, perché radicata nella natura (e non nella funzione): l'uno è un (l'unico) potere originario, l'altro è un (eminente, senz'altro, ma uno dei molti) potere derivato. Su questa differenza qualitativa, non quantitativa, si fonda l'insuperabile soggezione del secondo al primo[43]. Ancora più chiaramente, la disciplina del potere di revisione «è da considerare eteronoma non autonoma, ed è appunto tale posizione che spiega la sussistenza di un problema di limiti»[44].

2.4. *La critica del formalismo*

Naturalmente, Mortati è ben consapevole che alla purezza di questa partizione gerarchica e alla dottrina dei limiti alla revisione che essa postula corrispondono, nella vita pulsante della costituzione, modi meno puri, anzi piuttosto "ibridi", che rendono impervio tenere separata l'attività costituente dall'attività di revisione, proprio sul piano – decisivo – della prassi[45]. Questo punto nodale contiene il problema del limite alla libertà del legislatore futuro (un altro concetto ai bordi del sistema, non meno dirompente nella sua portata di quanto non lo siano quelli inizialmente evocati, che affonda le sue radici nel costituzionalismo rivoluzionario[46]), che si affianca a quello solo parzialmente assimilabile dei limiti del legislatore costituente (auto-limiti, in ogni caso), su cui si possono leggere pagine densissime, nel volume del 1945[47].

La presenza di queste zone grigie, o forme ibride, è il motivo che permette di introdurre un ultimo tema, fra gli altri, ricco di sollecitazioni anche per il giurista contemporaneo: la non velata critica che il "giurista politico"[48] Mortati muove a ogni accostamento di tipo formalistico alla vita della costituzione (che in queste coordinate vale come vita del diritto).

Proprio in riferimento all'esercizio del potere di revisione, Mortati osserva che se si assume un rigido punto di vista formalistico, diventa impossibile apprezzare l'entità del mutamento e soprattutto la sua capacità di impatto sulla tenuta complessiva dell'ordinamento giuridico, perché in esito di una valutazione di carattere meramente formale «ogni modificazione, anche la più radicale, appare compatibile con il mantenimento del tipo di Stato»[49]. Un approdo inconcepibile, per Mortati, poiché pregiudicherebbe il ruolo specifico della costituzione, che consiste nel garantire quel nucleo fondamentale di "caratteri" che costituisce l'elemento tipizzante di una certa forma storica di Stato.

Il problema però, come detto, consiste nella tenuta del rapporto fra la "stabilità dell'istituzione" e il "movimento istituente"[50], che disegnano un campo di tensione dal carattere dinami-

[43] MORTATI 2020, 34 S.
[44] MORTATI 1962, 205.
[45] MORTATI 2020, 45.
[46] Se ne trova un riferimento, ma sotto altro profilo, in MORTATI 2020, 95.
[47] MORTATI 1945, 210 ss. Il rinvio è alla Parte Terza, *Il problema della costituente nell'Italia di oggi*, cap. IV, *L'attività dell'assemblea costituente*, §4, *I limiti sostanziali dell'attività costituente*. È qui evidente uno degli strumenti più utili, rivelatori e sotto certi profili chiarificatori di questo libro: il suo indice, i cui titoli dei paragrafi, talvolta di considerevole lunghezza, hanno la capacità descrittiva di un breve *abstract*.
[48] ELIA 1990, 251.
[49] MORTATI 2020, 48. Un esempio calzante di eco weimariana.
[50] Mutuo queste espressioni dal paradigma del movimento istituente proposto da Roberto Esposito e qui colto nella sua natura antinomica, per cui l'esito del movimento istituente è la stabilità dell'istituzione. Si veda ESPOSITO 2021, spec. 68 ss.

co, durante la vita della costituzione, impossibile da proteggere del tutto rispetto al punto di rottura. Identificare e preservare quel nucleo intangibile (il più a lungo possibile) diventa quindi essenziale: queste premesse sostengono l'affermazione, incomprensibile per un formalista puro, secondo cui non c'è differenza, ma una "*sostanziale* coincidenza" fra costituzioni rigide e costituzioni flessibili[51], perché non è nelle forme di un procedimento aggravato che si protegge il nucleo, bensì nell'identificazione delle parti intangibili da quel procedimento, per effetto di un limite imposto dal potere costituente al potere (costituito) di revisione.

Coerentemente con simili presupposti, Mortati indica un criterio tutt'altro che formale, quale parametro della persistenza del nucleo (quindi, incidentalmente, del rapporto gerarchico fra potere costituente e potere di revisione): «il fondamentale mutamento di struttura»[52], cioè il mutamento di quei rapporti di forza, di "dominio" e "soggezione"[53], che concretamente tessono e governano l'ordine sociale (com'era stato reso evidente nella riflessione sulla costituzione in senso materiale).

Questo tipo di mutamento sfugge, o può sfuggire, al mero parametro formalistico, nel rispetto del quale si potrebbe (si è potuto) consumare in modo insensibile ma irreversibile la transizione da stato democratico a stato autoritario, per usare la formula di Neumann. Non è un caso che nelle pagine (postume e dunque parziali e provvisorie) sulla dittatura, germe di un libro che purtroppo non è stato scritto, Neumann enunci fra i caratteri della dittatura totalitaria dispositivi virtualmente realizzabili attraverso un (intenso) procedimento di revisione costituzionale, nel caso in cui tale procedimento non sia soggetto a limiti sostanziali[54].

Il paradigma tracciato da Neumann deriva dallo studio (e dal vissuto, si immagina) di esperienze storiche chiaramente percepibili, nella filigrana di questi caratteri, esperienze alle quali Mortati com'è noto fu lungamente esposto. Si potrebbe anzi concludere che la sua vigile attenzione, nei confronti degli scivolamenti da un regime all'altro, fosse ben allenata dalla consapevolezza, maturata sul campo, che la mutazione può essere "incrementalmente introdotta"[55]. Un'ipotesi che non costituisce semplicemente un remoto caso di scuola, ma un paradigma del quale il secolo scorso ha offerto un doloroso campionario di realizzazioni concrete.

3. *L'età del disincanto*

Molto altro si potrebbe e forse si dovrebbe aggiungere, a margine di un testo denso e correlato con altri, non meno densi, dello stesso autore. Rileggere un classico, quale è *La teoria del potere costituente*, consente però di modulare il piano dell'analisi, anche al livello cursorio che ho avanzato in premessa, confidando nel fatto che il patrimonio comune cui il classico appartiene sia condiviso. In seconda istanza, rileggere un classico permette di farlo entrare in risonanza con il tempo in cui lo si legge, animati dalla curiosità di capire se abbia (ancora) qualcosa da dirci.

Con animo prudente, rispetto alla tentazione di "attualizzazione" (trattamento del quale si presume che, se potesse, il classico farebbe volentieri a meno), vorrei proporre poche considerazioni tratte dalle questioni fin qui delineate, per evidenziare come i temi cardinali della teoria mortatiana sul potere costituente siano ben presenti nella cultura giuridica contemporanea. Ciò

[51] MORTATI 2020, 48; corsivo mio.

[52] MORTATI 2020, 50 (in una nota *contra* Schmitt).

[53] MORTATI 2020, 51.

[54] La transizione da uno Stato fondato sull'impero della legge ad uno Stato di polizia; la transizione dalla diffusione alla concentrazione del potere; l'esistenza di un partito unico di Stato; la transizione dai controlli sociali pluralistici a quelli totalitari; l'uso della violenza nelle forme sistematiche del terrore. Si veda NEUMANN 1973 [1957], 343 ss.

[55] L'espressione descrive quanto accadde in Italia, fra il 1922 e il 1928, cioè nel periodo cui si riferisce il libro di Mortati sull'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano del 1931; si veda CHELI 2000, V.

non equivale a sostenere che gli argomenti di Mortati siano immuni da vetustà o criticità (a seconda dei casi), ma solo che i temi implicati nelle sue riflessioni contengono elementi utili, sotto alcuni profili, a comprendere le recenti trasformazioni dello stato costituzionale di diritto: un modello organizzativo intensamente sollecitato dalla prima e dalla seconda globalizzazione, ma vivo, se non redivivo, o bentornato[56].

Mi limiterò a enumerare questi elementi, a modo di conclusione del percorso condotto fin qui, affidandone la trattazione a un approfondimento più esteso di quello che è possibile fare in questa sede.

In prima istanza, appare difficile non convenire sul fatto che ci riguardino da vicino i problemi a vario titolo connessi alla sovranità popolare: la crisi della rappresentanza politica, che si configura come una specie del genere rappresentato dalla crisi dei corpi intermedi e ha fra le sue gravi conseguenze un importante deficit della capacità di governo democratico del pluralismo[57]; la crisi della forma-partito, più che esplicita già negli anni settanta del secolo scorso e solo parzialmente sovrapponibile al fenomeno precedente, irta di effetti distorsivi, fra i quali si staglia la compromissione della funzione di veicolare la sovranità popolare nella dimensione costituzionale[58]; il rinnovato vigore dei dibattiti sui sistemi elettorali e sul divieto di mandato imperativo.

Forse ancor più rilevante è lo sviluppo impetuoso che ha fatto registrare la questione della difesa del nucleo fondante, al quale la filosofia del diritto contemporanea ha non poco contribuito (basti solo accennare alla sintesi prestata dalla lezione di Dworkin, da riferire al dibattito giusteorico che dalla seconda metà del secolo scorso ha seriamente lavorato sulla definizione dello statuto, autonomo e rafforzato, dei principi costituzionali), insieme al lavoro delle corti costituzionali[59].

Altrettanto rilievo hanno, dal nostro punto di vista, la crisi del modello democratico e i rischi contenuti nelle varie forme di slittamento fra la forma e la materia costituzionale: processi ai quali Mortati ha potuto assistere, nella fase finale della sua esperienza, con un atteggiamento di crescente disillusione. La postura "consapevolmente dubbiosa" del Mortati della Seconda Sottocommissione[60] si sarebbe trasformata in una "aspettativa mai appagata" circa l'attuazione costituzionale[61], fino a una sorta di disincanto democratico[62]; senza mai arrivare all'estremo del "disfattismo costituzionale"[63].

L'ultima considerazione riconduce in un certo senso al punto di partenza, perché riguarda il problema del fondamento. Per comprendere la reale portata e per misurare la tenuta (se così si può dire) del modello forgiato da Mortati, è necessario abbandonare il metodo della sua decostruzione, per quanto come si è visto restituisca elementi interessanti. È opportuno cioè acquisire uno sguardo esterno, perché da questa prospettiva si può meglio osservare il punto più radica-

[56] Alludo al titolo di un libro di Giuliano Amato, che dalla prospettiva dell'intervento dello Stato nell'economia tratta del movimento di ritorno dello Stato, dopo una fase di latenza. Si veda AMATO 2022.

[57] ZAGREBELSKY 1989, 77.

[58] Maurizio Fioravanti annota anche una conseguenza a suo giudizio positiva: l'emancipazione della costituzione dalla politica, per effetto della crisi del sistema dei partiti, con l'ingresso nell'età adulta. Si veda FIORAVANTI MAU. 2018, 413.

[59] Mi limito a ricordare una celebre pronuncia della nostra Corte costituzionale (n. 1146/88, reperibile qui: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1988&numero=1146), in tema di estensione dei limiti al potere di revisione costituzionale (rispetto al dettato della Carta), insieme alla vastissima letteratura che la accompagna.

[60] La materia del dubbio, nell'ambito dei lavori della Assemblea Costituente nelle sue articolazioni, era la questione del mandato imperativo, la cui esclusione, discussa se non sofferta, è attribuita alla fiducia nell'azione sostituiva che sarebbe stata svolta dal vincolo di partito. Si veda FIORAVANTI MAR. 2020, 203.

[61] AMATO 2014, 89 ss.

[62] Si veda MORTATI 1973, spec. 65 ss., sui problemi della democrazia nello Stato contemporaneo.

[63] L'espressione è di Piero Calamandrei: «Disfattismo costituzionale e processo alla Resistenza sono due facce dello stesso fenomeno. La Costituzione infatti non è altro che lo spirito della Resistenza tradotto in formule giuridiche». Si veda CALAMANDREI 2000, 131.

le del paradigma mortatiano, che consiste nell'opzione di fondo che si trova alla base della sua teoria costituente: l'aver attratto il momento costituente a una dimensione che *ab initio* è integralmente giuridica, in cui il fatto è, come ricordato in esordio, già fatto normativo, rifiutando quindi opzioni diverse (*in primis*, quella segnata dal decisionismo puro).

Una lettura acuta ha colto e ben sintetizzato il principale aspetto di criticità: «il paradosso del potere costituente insito in ogni autocreazione istituzionale»[64] deriva dal carattere primario della modernità, che disegna uno spazio politico dominato dalla contingenza, proprio in quanto sorto dalla frattura rappresentata dalla rinuncia a un fondamento di tipo universale. Se questa premessa è condivisibile, perché descrive il contesto impervio in cui opera la modellizzazione costruttiva dei giuristi, non necessariamente ne deriva un abbandono all'irrazionalismo o all'occasionalismo. Si deve però riconoscere e metabolizzare il fatto di abitare uno spazio che esige una certa capacità di campitura e assumere il tragico dell'assenza di fondamento, senza rinunciare al governo di quello spazio attraverso il diritto. Si potrebbe anzi affermare che il contributo di Mortati si erga in funzione contrastiva, rispetto a simili tendenze; con tutte le difficoltà, talvolta aporetiche, che il contesto cui si è fatto cenno comporta.

Un primo punto di criticità si fonda dunque sul presupposto dell'opzione per il diritto, tale che revocando in dubbio il fondamento, o eleggendone un altro, tutto oscilla sensibilmente. Vi è poi un altro elemento esterno di relativizzazione del modello, che in parte è conseguenza del primo: attrarre il fondamento costituente al diritto non solo è il frutto di una scelta escludente (rispetto all'opzione fattualistico-decisionista), ma equivale (in Mortati) ad attrarlo al popolo in forma organizzata e allo Stato. Sia l'uno che l'altro possono però essere validamente disarticolati dal problema costituente, che in teorie più e meno recenti si configura sempre più per essere incardinato in centri di imputazione che esulano dalle forme strutturate della rappresentanza e che travalicano il confine (anche fisico, inteso cioè nell'elemento territoriale) dello Stato, ritenuto un modello organizzativo sempre meno idoneo a governare la complessità del mondo, in senso ampio, e alcune aree di esso, in particolare.

Nel dibattito contemporaneo esistono e si affermano opzioni molto lontane dalla costruzione mortatiana, caratterizzate da una dimensione teorica e realizzabilità pratica ancora in corso di determinazione, ma meritevoli di essere ricordate in conclusione, perché parti sempre più ampie del dibattito sul potere costituente e delle pratiche che vi sono connesse. Queste teorie tracciano una fisionomia meno irenica e proattiva del popolo costituente (Laclau, Rancière)[65]; tematizzano esplicitamente la fine della rappresentanza e la riattivazione degli strumenti di democrazia diretta, come parti di un più ampio processo (talvolta restituendo diritto di tribuna a tesi risalenti)[66]; infine, ma non l'ultimo che si potrebbe ricordare, un altro paradigma, più ricco di stimoli dei precedenti, tende a rinvenire il popolo come soggetto costituente nella tradizione repubblicana (Machiavelli), più che in quella democratica (Rousseau), assumendo alla base della soggettività costituente un regime di divisioni e contrapposizioni, più che di fittizia unità di popolo[67].

Queste considerazioni, poco più di un cenno conclusivo, contestualizzano e relativizzano la teoria di Mortati, ma non ne negano portata e interesse, soprattutto per il contributo di pensiero che reca a quanti, come chi scrive, ritengano che i rapporti di forza che governano le dinamiche

[64] MENGA 2010, 22 s., ma si veda tutta la densa introduzione.

[65] Così, condivisibilmente, GOLDONI 2020, 13.

[66] Se ne trovano tracce nel saggio sul potere costituente di Toni Negri (che ha avuto una versione italiana e una francese, negli anni novanta del secolo scorso), la cui matrice è nella raccolta di scritti compilata nel 1977 (ma quasi tutti antecedenti), che nella dedica reca il congedo dalla filosofia del diritto («A Enrico Opocher e a tutti i compagni con i quali ho lavorato negli anni di Filosofia del Diritto») e nella frase conclusiva il congedo da altri mondi («E nessuna lacrima per la vecchia fatiscente Costituzione e per i suoi partiti!»). Si veda NEGRI 1977, 7 e 342. Particolarmente rilevante, rispetto al tema della democrazia diretta, il saggio del 1964 *Lo Stato dei partiti*, NEGRI 1977, 111 ss.

[67] Per un unico rinvio, rimando a un acuto saggio di Camila Vergara sui limiti delle teorie elitiste del potere costituente, da leggere insieme a tutto il focus che lo ospita; si veda VERGARA 2021, 283 ss.

sociali (il sostrato del diritto) disegnino ancora intensi regimi di disuguaglianza, che vanno governati (cioè ridotti) con gli strumenti del diritto; un'esigenza che appare forse ancora più urgente oggi di quanto non fosse al tempo in cui Mortati scriveva. Sotto questo profilo, è utile rileggere una teoria del potere costituente discutibile e datata per molte ragioni, ma che rappresenta un'opzione forte per il diritto, lega saldamente gli strumenti della teoria democratica (invitando dunque a ripensarne i caratteri, oggi in crisi profonda) allo Stato costituzionale e, non da ultimo, invita i giuristi e i teorici del diritto ad allargare il campo del loro oggetto di studio, superando una certa «riluttanza a studiare le forze che agiscono nella società, accontentandosi dello studio – più ortodosso – della giurisprudenza»[68] e senza trascurare i problemi politico-istituzionali, che concorrono con quelli strettamente normativi e giurisprudenziali.

Proprio il confronto con queste forze composite e con i nuovi assetti che stanno contribuendo a tracciare (un metodo che non sarebbe forse dispiaciuto a Mortati) rende impossibile evitare di misurarsi con i molteplici tentativi di pensare il potere costituente, in modi che alcuni reputano più rispondenti all'effettività della dimensione contemporanea (imputandolo a una diversa idea di popolo, svincolandolo dal legame con lo Stato ed emancipandolo dal filtro della rappresentanza). Modi che possono proporre modelli del tutto alternativi a quello qui esaminato ma, anche, contribuire al ripensamento delle categorie presenti nella lezione mortatiana, saldamente legata a una certa esperienza di Stato costituzionale di diritto.

[68] Della Cananea 2000, 417.

Riferimenti bibliografici

AMATO G. 2014. *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, il Mulino.

AMATO G. 2022. *Bentornato Stato, ma*, il Mulino.

BRIGAGLIA M. 2006. *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè.

CALAMANDREI P. 1950. *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in CALAMANDREI P., LEVI A. (eds.), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, G. Barbèra, vol. I, LXXXIX ss.

CALAMANDREI P. 2000 (1955). *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Giuffrè

CHELI E. 2000. *Prefazione*, in MORTATI C., *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Ristampa inalterata con una prefazione di E. Cheli, Giuffrè, V ss.

DELLA CANANEA G. 2000. *Mortati nella scienza del diritto pubblico nel periodo fascista: un'opinione dissenziente*, in «Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche», 52, 2000/01, 399 ss.

ELIA L. 1990. *Appunti su Mortati e le forme di governo*, in GALIZIA M., GROSSI P. (eds.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè

ESPOSITO R. 2021. *Istituzione*, il Mulino

FIORAVANTI MAR. 2020. *Controllare il potere. Il mandato imperativo e la revoca degli eletti (XVIII-XX secolo)*, Viella.

FIORAVANTI MAU. 2018. *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Giuffrè.

FIORAVANTI MAU. 2019. *Mortati a Weimar*, in MORTATI C., *La costituzione di Weimar*, con un saggio introduttivo di M. Fioravanti, Giuffrè, VII ss.

GOLDONI M. 2020. *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in MORTATI C., *La teoria del potere costituente*, prefazione di A. Barbera, a cura di M. Goldoni, Quodlibet, II ss.

GRIMM D. 2017. *Constituent Power and Limits of Constitutional Amendments*, in LANCHESTER F. (ed.), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti della revisione costituzionale*, CEDAM, 37 ss.

GROSSI P. 2000. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè.

LANCHESTER F. 1994. *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè.

LANCHESTER F. 2004. *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Laterza.

MELIS G. 2018. *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, il Mulino.

MENGA F. G. 2010. *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale,* Ristampa aggiornata, Editoriale Scientifica.

MODUGNO F. 1977. *Il concetto di costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale.* Vol.I, *Diritto costituzionale generale. Storia costituzionale e politica costituzionale*, Giuffrè,199 ss.

MORTATI C. 1931. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale della R. Università di Roma, A.R.E. Anonima Romana Editoriale.

MORTATI C. 1935. *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge,* De Luca.

MORTATI C. 1940. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.

MORTATI C. 1945. *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Darsena.

MORTATI C. (ed.) 1946. *La costituzione di Weimar*, Sansoni.

MORTATI C. 1962. *Dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana*, Enciclopedia del diritto, vol. IX (Cosa – Delib), Giuffrè, 19 ss.

MORTATI C. 1973. *Lezioni sulle forme di governo*, Giuffrè.

MORTATI C. 1975a. *Istituzioni di diritto pubblico*, nona edizione rielaborata e aggiornata, CEDAM.

MORTATI C. 1975b. *Commento all'Art. 1 della Costituzione*, in BRANCA G. (ed.), *Commentario alla costituzione. Principi fondamentali*, Zanichelli – Foro Italiano, 1 ss.

MORTATI C. 2020. *La teoria del potere costituente*, prefazione di A. Barbera, a cura di M. Goldoni, Quodlibet.

NEGRI A. 1977. *La forma Stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Feltrinelli.

NEGRI A. 1977. *Lo Stato dei partiti*, in ID., *La forma Stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Feltrinelli, 111 ss. (ed. or. 1964).

NEUMANN F. 1973. *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, il Mulino (ed. or. 1957).

SORDI B. 2003. *Corporativismo e dottrina dello Stato (Italia). Incidenze costituzionali e amministrative*, in PADOA SCHIOPPA A., DI RENZO VILLATA G., MASSETTO G.P. (eds.), Amicitiae Pignus. *Studi in ricordo di A. Cavanna*, vol. 3, 2135 ss.

STOLZI I. 2020. *Il secolo nuovo: giuristi e tradizioni nell'Italia del ventennio*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 49, 2020, 267 ss.

VERGARA C. 2021. *On the limits of elitist theories of constituent power*, in «Etica&politica/Ethics&Politics», XXIII, 3, 2021, 283 ss.

ZAGREBELSKY G. 1989. *Il metodo di Mortati*, in LANCHESTER F. (ed.), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 51 ss.

ZAGREBELSKY G. 1998. *Premessa*, in MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*. ristampa inalterata con una premessa di G. Zagrebelsky, Giuffrè, VII ss.

LA PROGRESSIVA FORMAZIONE DELL'ORDINE COSTITUZIONALE

POTERE E PROCESSO COSTITUENTE NELLA TEORIA DI MORTATI

CHIARA **VALENTINI**

&dq

La progressiva formazione dell'ordine costituzionale. Potere e processo costituente nella teoria di Mortati

Establishing the Constitutional Order over Time. Mortati's View of Constitutent Power and Constituent Process

CHIARA VALENTINI

Professoressa associata di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze giuridiche e CIRSFID-Alma Human AI, Università di Bologna.
E-mail: c.valentini@unibo.it

ABSTRACT
L'articolo ricostruisce e presenta la concezione del potere costituente elaborata da Mortati ne *La teoria del potere costituente*, come *interattiva* e *dinamica*. In primo luogo, essa inquadra il potere costituente come un insieme di elementi – soggetti ed attività – che assumono una propria connotazione in virtù delle interazioni tra loro, entro un più ampio ordine che li unifica. In secondo luogo, essa valorizza la natura progressiva dell'integrazione tra questi elementi, che prende forma attraverso un processo costituente che si articola nel tempo, per tenere insieme più stadi costituenti.

The article presents Mortati's account of the constituent power – emerging from *La teoria del potere costituente* – as *interactive* and *dynamic*. First, it presents constituent power as combining different elements – entities and activities – that define their constituent status in light of their integration into a broader, unifying, order. Second, Mortati's account points out the dynamics of such integration, resulting from a constituent process that unfolds over time, through different stages.

KEYWORDS
Mortati, costituzione, potere costituente, processo costituente, teoria costituzionale

Mortati, constitution, constituent power, constituent process, constitutional theory

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

La progressiva formazione dell'ordine costituzionale. Potere e processo costituente nella teoria di Mortati

CHIARA VALENTINI

1. *Introduzione* – 2. *Il potere costituente, dalla costituzione materiale alla costituzione formale* – 3. *Potere costituente e accoppiamento strutturale* – 4. *Potere e processo costituente: l'interazione tra elementi e la progressione nel tempo*.

1. *Introduzione*

La teoria del potere costituente[1] di Costantino Mortati offre un contributo fondamentale alla riflessione sulla fondazione degli ordinamenti costituzionali, sotto aspetti di cruciale rilievo. Mi soffermerò innanzitutto sulla complessità del potere costituente, che prende forma attraverso un processo – un fatto normativo – in cui elementi diversi – soggetti ed attività – sono tra loro connessi ed interdipendenti. Cercherò di mettere in evidenza, poi, la rilevanza di questa complessità sul piano temporale, dato lo svolgersi del processo costituente in più stadi che integrano quei soggetti e quelle attività progressivamente.

Sotto il primo aspetto, emerge una concezione del potere costituente che può dirsi "interattiva", per la quale esso è un insieme di elementi che assumono una propria connotazione in virtù delle interazioni tra loro, entro un più ampio ordine che li unifica. Sotto il secondo aspetto, tale concezione può dirsi "dinamica", nel senso che l'integrazione tra questi elementi prende forma nel tempo e, pur stabilizzandosi nell'ordine costituzionale, resta soggetta alla possibilità di mutamenti. In quest'ottica farò leva su alcune idee del costituzionalismo sociale d'impronta sistemica. La mia analisi si svilupperà in tre passaggi. In primo luogo, illustrerò la visione del potere costituente che emerge da questa fondamentale opera di Mortati, soffermandomi sul processo costituente e il rapporto tra costituzione materiale e costituzione formale. In secondo luogo, approfondirò questa visione alla luce del costituzionalismo sistemico e dell'idea di accoppiamento strutturale. In terzo luogo, presenterò la concezione del potere costituente di Mortati come *interattiva* e *dinamica*.

2. *Il potere costituente, dalla costituzione materiale alla costituzione formale*

Costantino Mortati ha elaborato una teoria del potere costituente che pone in primo piano il processo reale attraverso cui quel potere si svolge integrando attività, enti, e fasi costituenti di varia natura. Questo processo è la chiave di lettura del potere costituente: è il *fatto normativo*[2] attraverso il quale quel potere prende forma per creare lo Stato e il suo ordine costituzionale, integrando l'ordine giuridico con un più articolato ordine sociale e politico. Per questa via, il costituzionalismo di Mortati contribuisce alla nostra comprensione del potere costituente come un potere che potremmo definire *complesso* sotto due aspetti. In primo luogo, si risolve in una com-

[1] MORTATI 2020.

[2] Come evidenzia GOLDONI 2020, 14 s., l'idea di fatto normativo non va confusa con quella più recente di fatto istituzionale. Nella visione di MORTATI 2020, 38, questa idea tiene insieme fattualità e normatività. Il fatto normativo è già di per sé produttivo di ordine: «il fenomeno considerato potrebbe essere designato con l'espressione di "fatto normativo", quando questo si intenda nell'esatto significato di fatto che ha in sé la sua *legge* e le garanzie della sua persistenza anche nell'avvenire».

binazione di elementi che rinviano ad attività ed entità di varia natura. In secondo luogo, questa combinazione prende forma nel tempo, attraverso una sequenza di stadi costituenti che, integrandosi, istituiscono gradualmente l'ordine costituzionale.

Questa visione si contrappone alle teorie formaliste del potere costituente, che inquadrano i processi formativi dello Stato come pregiuridici e non danno rilievo ad essi[3]. Essa ci spinge, in chiave realista, a guardare all'ordine costituzionale a partire dai fattori materiali che lo producono, congiuntamente, per inquadrare anche l'ordine giuridico per quello che "realmente è": la componente «di un *sistema* più vasto, nel quale forze materiali e principi politici entrano quali elementi direttivi, precedenti e trascendenti quell'ordine»[4]. Per cogliere il fondamento di questo sistema e del suo ordine costituzionale, dunque, occorre risalire dalla costituzione alla *istituzione* intesa come il fatto normativo che crea il sistema giuridico integrandolo con altri. Quella costituente si differenzia dalle altre istituzioni, nella teoria di Mortati, perché la volontà che la muove è originaria, avendo ad oggetto la formazione di un nuovo ordinamento. Sotto questo aspetto, si tratta di una teoria che valorizza la "co-essenzialità" di due momenti, il "momento ordinante del diritto" e il "momento organizzativo del sociale", che costituiscono "un'unica identità"[5].

Essa, così, si discosta anche dal paradigma costituzionalistico, tradizionalmente dominante, che identifica il soggetto costituente con il popolo o la nazione. In essa, questo soggetto è un composito insieme di forze sociali e la sua determinazione:

> «non può farsi risalendo alla presunta costituzione originaria, e quindi riferendosi al popolo o alla nazione quali entità indifferenziate politicamente, ma sempre con riferimento a gruppi più o meno ampi della popolazione inspirati ad orientamenti che riflettono e sono espressione di una data struttura e distribuzione di forze ed interessi»[6].

Occorre, cioè, fare riferimento alle forze materiali che interagiscono nel processo di formazione dell'ordine costituzionale, concorrendo nella espressione del fine politico che conferisce unità a quell'ordine[7]. Dalla "configurazione sociale e politica" di queste forze emerge lo Stato[8]: la visione di Mortati mette in evidenza come, proprio in queste forze, risiedano le origini fattuali e concrete dell'ordine costituzionale. Per questa via, essa restituisce l'immagine di un potere costituente che è situato in una "zona grigia" e agisce in essa[9]. Questa è la zona in cui politica e diritto si integrano, per costituire la base dell'ordine costituzionale. Su questo terreno assume rilevanza lo scarto tra costituzione formale e costituzione materiale, che è il fulcro del costituzionalismo di Mortati. La costituzione formale è intesa come l'insieme delle norme che regolano il funzionamento dell'assetto istituzionale, ma si limita a descrivere il modo d'essere del sistema costituzionale senza determinarlo né conferire ad esso carattere normativo[10]. Questo carattere deriva, piuttosto, dalla dimensione materiale della costituzione, che è politica nel suo contenuto ed ha una esistenza giuridica[11]. Tale contenuto infatti consiste in una combinazione di elementi

[3] MORTATI 2020, 40.
[4] MORTATI 2020, 40.
[5] GOLDONI 2020, 18.
[6] GOLDONI 2020, 52.
[7] RUBINELLI 2019, 523.
[8] RUBINELLI 2019, 533.
[9] RUBINELLI 2019, 537.
[10] RUBINELLI 2019, 537.
[11] Secondo l'efficace definizione di BRIGAGLIA 2006, 179 s., essa è «(i) politica, per quanto riguarda il suo contenuto [...] Il suo contenuto (che Mortati chiama "fine politico") è infatti la realizzazione storica, in una porzione del modo, di una determinata forma o ordine generale dell'esistenza umana, denominati "forma politica" o "regime politico"», ma è anche «(ii) giuridica, per quanto riguarda la sua modalità di esistenza. Si tratta, cioè, di una volontà politica efficace».

normativi materiali, tenuti insieme dal "fine politico"[12]. Più precisamente, quest'ultimo unifica quegli elementi per tenere insieme le diverse componenti dell'ordine costituzionale senza renderlo, però, del tutto omogeneo[13]. L'ordine giuridico prende forma entro questa ampia e complessa compagine di elementi interconnessi – un *sistema* appunto – trovando nelle forze materiali i propri "principi direttivi" [14].

Cosi connotata, la costituzione in senso materiale gode di una relativa stabilità e continuità. Eventuali cambiamenti, infatti, richiedono dei mutamenti profondi – nelle relazioni sociali e in particolare nella "distribuzione del potere nella società" – che possono realizzarsi solo gradualmente, nel tempo[15]. Una funzione della costituzione materiale dunque è quella di garantire «al di sopra del mutamento di singoli istituti, o di particolari indirizzi, il mantenimento del fine essenziale, che serve ad identificare un tipo di stato di fronte ad altri»[16]. Più in generale, la costituzione materiale ha per Mortati la funzione di stabilizzare la "forma" dello Stato, esprimendo un compromesso che trova un concreto riscontro, ed una garanzia, nella previsione di meccanismi di revisione aggravati[17]. In quest'ottica, eventuali revisioni costituzionali non provano la "mutevolezza" del potere costituente ma sono, al contrario, la prova che esso può diventare stabile attraverso un processo di adattamento[18].

Nei termini illustrati, il divario tra costituzione formale e costituzione materiale svolge una duplice funzione teorica. Per un verso, cattura in chiave descrittiva la distinzione tra la base materiale della costituzione ed il testo costituzionale; per altro verso, consente di dar conto della "zona grigia" in cui politica e diritto si incontrano per dare visibilità, come si è accennato, agli elementi extragiuridici – politici e sociali – che in definitiva determinano la validità dei sistemi costituzionali[19].

Questo scarto tra costituzione materiale e costituzione formale trova un riscontro in quello tra potere costituente e sovranità[20]. Infatti, il concetto di potere costituente si riferisce – così come il concetto di costituzione materiale – ai fattori sociali e politici che, dall'esterno, determinano l'esistenza del sistema giuridico e ad esso conferiscono validità normativa. In questi termini il concetto di potere costituente rinvia alla costituzione materiale in un duplice senso[21]. Da un lato, esprime la matrice della costituzione formale come "esterna e superiore" rispetto al testo della costituzione, quale potere extra-giuridico. Dall'altro lato, rinvia alle relazioni sociali da cui emerge il contenuto di tale potere – e in virtù delle quali si impone il fine politico dell'ordine costituzionale – servendo da base della costituzione materiale. Il concetto di sovranità si riferisce – così come il concetto di costituzione formale – ad elementi "interni" alla sfera del diritto per catturare, più precisamente, la fonte dell'autorità entro il sistema giuridico senza, però, identificarne il fondamento ultimo[22]. Questo divario tra potere costituente e sovranità assume anch'esso una duplice valenza, descrittiva e normativa. Per un verso, consente a Mortati di dar conto delle radici sociali della costituzione e, per altro verso, costituisce l'elemento su cui far leva per promuovere un modello di politica democratica incentrato sulla partecipazione attiva dei membri della comunità politica[23].

[12] RUBINELLI 2019, 525.
[13] A differenza di Schmitt, Heller ecc.
[14] MORTATI 2020, 40.
[15] RUBINELLI 2019, 529 parla di mutamenti "strutturali" nella organizzazione e distribuzione del potere nella società.
[16] MORTATI 1998, 183.
[17] MORTATI 1998, 11.
[18] RUBINELLI 2019, 540.
[19] RUBINELLI 2019, 524.
[20] Qui si segue la ricostruzione di RUBINELLI 2019, 524 ss.
[21] RUBINELLI 2019, 536.
[22] Come sottolinea RUBINELLI 2019, 533, con il concetto di potere costituente Mortati «si riferisce alla configurazione sociale e politica delle forze da cui emerge l'ordine giuridico statale, mentre l'idea di sovranità descrive le fonti dell'autorità interne all'ordine giuridico».
[23] RUBINELLI 2019, 533.

3. *Potere costituente e accoppiamento strutturale*

Come evidenzia Marco Goldoni nel saggio con cui introduce "La teoria del potere costituente", la visione del processo costituente come fatto normativo che integra ordini diversi – politico, sociale, legale – è vicina all'idea di "accoppiamento strutturale" promossa dalle concezioni sistemiche dell'ordine costituzionale[24]. Secondo tali concezioni, la costituzione tiene insieme il processo – sociale – di produzione di strutture fondamentali che «informano il diritto e da esso sono, a loro volta, regolate» ed il processo – giuridico – di produzione di norme secondarie che, appunto, organizzano quelle strutture sociali[25]. In questa prospettiva esse attribuiscono un ruolo centrale all'idea della costituzione come strumento di accoppiamento strutturale, cioè di una combinazione tra sistemi che non ne comporta l'assimilazione, ma l'interconnessione.

Nel paradigma costituzionalistico che si ispira a questa visione, la costituzione è, più precisamente, l'apparato di norme che prende forma all'intersezione tra sistema politico e sistema giuridico per consentire che si stabiliscano, e si consolidino, i rapporti tra essi come articolazioni di un più vasto sistema sociale. La costituzione così contribuisce alla legittimazione del potere politico come soggetto al diritto e, quindi, giustificato e meritevole di obbedienza[26].

Due aspetti della concezione "sistemica" sembrano particolarmente rilevanti per questa analisi della "teoria del potere costituente". In primo luogo, l'idea che i diversi elementi che compongono i sistemi, e si integrano attraverso la costituzione, esistono gli uni in relazione agli altri. Più precisamente essi assumono il proprio status ontologico – e lo mantengono – in virtù dell'appartenenza al sistema e delle relazioni che stabiliscono con gli altri elementi di esso: sono proprio le connessioni tra i diversi elementi che danno unità al loro insieme, un'unità che non precede quelle connessioni ma ne è il prodotto[27].

In secondo luogo, l'idea per cui le componenti dei diversi sistemi sono inquadrate come non durevoli e vi è una costante tensione alla loro riproduzione[28]. Questa "temporaneità" trova nella costituzione, quale strumento di accoppiamento strutturale, un fattore di stabilizzazione intesa come proiezione nel lungo periodo della integrazione tra sistema politico e sistema giuridico.

Entrambi gli aspetti sembrano ricorrere nella «teoria del potere costituente», come mi accingo a sottolineare. Per quanto riguarda il primo aspetto, le diverse entità e attività che si integrano nell'ordine costituzionale assumono la propria connotazione le une in relazione alle altre, alla luce del fine politico fondamentale che le tiene insieme. Per quanto concerne il secondo aspetto, questa integrazione configura un accoppiamento strutturale tra ordine politico ed ordine giuridico, che li tiene insieme pur senza assimilarli, consentendo di fondare un ordine costituzionale e renderlo relativamente stabile. Come sottolinea Goldoni, il punto non è inquadrare il nesso tra sociale e giuridico come un «compromesso anfibio fra politica e diritto», ma intenderlo come una «co-implicazione di costituzione sociale e giuridica»[29]. Nella visione di Mortati:

[24] GOLDONI 2020, 17 ss. Il rinvio è, in particolare, alla concezione della costituzione, e al costituzionalismo, di LUHMANN 2004 e TEUBNER 2012.

[25] GOLDONI 2020, 18-20, secondo il quale vi sarebbero, comunque, rilevanti aspetti sotto i quali la teoria di Mortati si allontana dalle concezioni sistemiche della costituzione. In primo luogo, in essa si valorizza la presenza di una volontà politica fondamentale che in quelle concezioni, invece, è assente. In secondo luogo, essa attribuisce un ruolo fondamentale al partito politico, mentre nel costituzionalismo sistemico non vi è tale riferimento al partito. Alla base, vi è uno scarto tra la visione del costituzionalismo sociale, secondo cui l'accoppiamento strutturale tra diritto e politica consente di evitare paradossi di auto-fondazione, e la visione di Mortati in cui esso consente di rendere stabile – dando continuità – l'organizzazione che realizza i fini fondamentali.

[26] THORNHILL 2010, 326.

[27] THORNHILL 2010, 326.

[28] THORNHILL 2010, 326.

[29] GOLDONI 2020, 18.

> «per intendere il nesso che si asserisce (ordine giuridico/ordine sociale) occorre configurare la società sottostante all'ordine legale come caratterizzata da una propria struttura interna in cui confluiscono, accanto ad un sistema di rapporti economici, fattori vari di aggregazione, d'indole oltre che naturale, religiosa, culturale, ecc., che determinano differenziazioni di posizioni inter-subiettive, nel senso di far sorgere relazioni di sovra e sotto-ordinazione»[30].

La forza materiale non è di per sé sufficiente a far sorgere lo Stato giacché questo è una «struttura ordinata intorno ad un sistema di principi politici fissati in modo stabile»[31]. Per divenire Stato, tale forza deve farsi capace di:

> «obiettivare la sua volontà, di sottrarla all'arbitrio, di sottoporla ad una norma, suscettibile di raccogliere in unità tutta l'infinita serie di rapporti sociali, determinando la rilevanza o il grado di rilevanza dei vari interessi della consociazione, quali sono intesi dai portatori della potestà dominatrice»[32].

Pertanto, il diritto non è "successivo allo Stato"[33] ma nasce insieme ad esso. Il principio della differenziazione – e quello della specificazione – sono presenti già nel processo costituente e consentono al potere costituente di operare come fatto normativo, produttivo di ordine[34]. Emergono, coì, i due aspetti della visione di Mortati che voglio mettere in evidenza. In primo luogo, la concezione "interattiva" del potere costituente – come insieme di elementi che si integrano e assumono il proprio status nell'ordine costituzionale in virtù della loro integrazione. In secondo luogo, le ricadute di questa concezione sul piano temporale, per cui quell'integrazione prende forma in chiave "dinamica", nel tempo.

4. *Potere e processo costituente: l'interazione tra elementi e la progressione nel tempo*

L'esercizio del potere costituente, secondo la ricostruzione delineata finora, è il risultato di una *interazione* tra attività svolte da attori diversi. Si potrebbe dire che esso emerge da una "pratica" il cui fine politico tiene insieme – unifica – soggetti ed attività diversi[35].

In questa prospettiva il processo costituente si svolge nel segno dell'interazione tra entità ascrivibili ai vari ordini tra cui la costituzione realizza un accoppiamento strutturale, stabilendo un nesso stabile tra essi. Il soggetto che porta avanti questo processo non è un'entità indistinta – il popolo o la nazione – ma l'insieme di forze materiali che in vario modo prendono parte a quel processo: l'autore del "fatto" costituente quale fatto normativo è, per Mortati, un'entità composita, fatta di gruppi sociali differenti[36]. In chiave istituzionalista, e realista, questa entità deve essere identificata «in base alla sua capacità di organizzazione, la quale a sua volta presuppone un

[30] MORTATI 2020, 134.
[31] MORTATI 2020, 37.
[32] MORTATI 2020, 37.
[33] MORTATI 2020, 39.
[34] GOLDONI 2020, 15.
[35] Nel dibattito contemporaneo sul potere costituente a questa visione può dirsi vicina al paradigma della "post-sovranità" proposto da ARATO 2017, che inquadra il processo costituente come una sequenza di stadi che vedono operare diversi soggetti che, in vario modo, contribuiscono a quel processo e lo portano, gradualmente, a compimento. Come evidenzio in VALENTINI 2020 questo paradigma rompe il nesso di identificazione tra potere costituente e sovranità popolare. In sede costituente, la sovranità è "condivisa" da diversi soggetti che, interagendo, prendono parte ad un processo costituente complesso, che si svolge attraverso un *continuum* di attività costituenti.
[36] Come evidenzia anche RUBINELLI 2019, 538, MORTATI 1972, 26 ss., chiarisce come si tratti di una entità che tiene insieme diverse componenti di una comunità politica, guidate da idee che riflettono l'assetto di forze ed interessi che la caratterizza.

processo di differenziazione»[37] tra elementi tenuti insieme da un fine politico che, come già detto, li unifica sebbene non renda del tutto omogeneo l'ordine che prende forma a partire da essi.

Da questo punto di vista l'idea di costituzione materiale, e la visione "interattiva" del potere costituente che la sottende, vanno oltre il partito politico e la sua forza per adattarsi anche a contesti pluralisti, in cui il processo costituente coinvolge anche altri soggetti e forze materiali. È centrale, in tal senso, l'idea di differenziazione per cui il soggetto costituente, sebbene non possa comprendere tutta la società, è articolato. Nel costituzionalismo di Mortati, la "forza dinamica"[38] che "porta" la costituzione rimanda a un insieme di soggetti politici dominanti, la cui identificazione, nel tempo, va sempre più oltre i partiti politici per riferirsi alla "classe governante" in senso ampio[39]. Quest'ultima è

«una nozione dai confini storicamente variabili», che si riferisce alla classe dirigente e alla classe politica, così da tenere insieme tutti i soggetti che possono trovarsi in una posizione di sovra-ordinazione ricorrendo a mezzi politici o, anche, ai mezzi «offerti dal predominio economico, religioso, culturale»[40].

Il partito politico viene sostituito da una combinazione di elementi, e rapporti tra essi, che nel complesso – *insieme* – costituiscono la forza materiale. Questa è la forza che crea lo Stato «nel momento in cui si ordina», quello in cui essa:

> «dal fondo di una consociazione più o meno omogenea, più o meno contraddistinta da una tendenza di vita comune, da bisogni unitari, faccia emergere una volontà politica, determini una differenziazione di valori e di posizioni fra i membri di essa, una sopra e sottordinazione di voleri, instauri rapporti di comando e di obbedienza»[41].

L'ordine legale quindi non è isolato, né isolabile, rispetto al più ampio sistema in cui tale esso prende forma e si costituisce, giacché «l'organizzazione sociale contiene fin dal suo primo formarsi una o più norme al suo interno che godono di carattere giuridico»[42]. E le componenti di natura giuridica assumono il proprio status, e la propria validità normativa, *insieme* alle componenti extra-giuridiche con cui si integrano *nel corso* del processo di formazione dello Stato.

Sotto quest'ultimo profilo emerge il secondo aspetto della concezione del potere costituente di Mortati che vorrei evidenziare. Si tratta di una visione "dinamica" della fondazione dell'ordine costituzionale, come esito di un *processo* che tiene insieme più stadi costituenti di cui proverò a delineare la scansione temporale.

A tal fine, assume rilevanza la distinzione di Mortati tra concetto sostanziale e concetto formale di potere costituente. Secondo il primo, «indipendentemente dai modi e forme del concretarsi» di tale potere, qualsiasi formazione statale viene ad esistenza in virtù di un momento creativo «caratterizzato da un atto di decisione diretto a dar vita ad un'organizzazione autoritaria»[43]. Questo atto si produce in due momenti, distinguibili solo in termini logici. Un primo momento è quello in cui si pone la "volontà di far sorgere lo stato". Un secondo momento è quello in cui si pone la volontà di "imprimergli certe caratteristiche"[44]. Come detto, questi due momenti sono distinguibili dal punto di vista logico, ma sono concretamente compenetrati. Già nella "Costituzione in senso materiale" Mortati sottolineava questo aspetto, evidenziando come

[37] Goldoni 2020, 13.
[38] Zagrebelsky 1998, XIX.
[39] Zagrebelsky 1998, XXIX.
[40] Zagrebelsky 1998, XXX.
[41] Mortati 2020, 37.
[42] Goldoni 2020, 18.
[43] Mortati 2020, 42.
[44] Mortati 2020, 42.

la costituzione originaria consti di due parti. Una prima parte è quella in cui una certa comunità politica si prefigge lo "scopo generico" della convivenza; la seconda parte è quella in cui essa specifica lo scopo di questa convivenza, imprimendo ad essa una particolare direzione verso la realizzazione di "una specie particolare di ordine pubblico"[45].

"Accanto" a questo concetto sostanziale, secondo Mortati, se ne pone uno formale che cattura la situazione in cui la creazione di un nuovo ordine costituzionale passa attraverso un procedimento complesso, articolato in più fasi diverse coinvolgono vari organi.

Tale procedimento, più precisamente, si articola in due fasi che – distinte formalmente – configurano stadi costituenti diversi. Il primo stadio ha carattere temporaneo e strumentale rispetto al secondo che, invece, ha carattere definitivo. Tra essi vi è una continuità data da un "principio organizzativo" che li accomuna, quale espressione «del pensiero delle stesse classi politiche e svolgimento di una medesima idea direttiva»[46].

L'idea di uno stadio costituente temporaneo, che prepara quello in cui la costituzione diviene permanente, è di centrale importanza poiché cattura la formazione progressiva dell'ordine costituzionale attraverso un processo che coinvolge più soggetti, in modi diversi, per tenerli insieme entro un quadro unitario.

Nel primo stadio, peraltro, il processo di formazione dello stato è anch'esso articolato in più momenti. Vi è innanzitutto il momento della decisione costituente, in cui si pone la volontà di formare uno stato e modificare il principio organizzativo dell'ordine pre-esistente. A questo momento segue quello in cui si crea un organo avente il compito di introdurre la legge costituzionale. Segue, poi, il momento in cui si creano i dispositivi necessari per gestire lo Stato provvisoriamente[47].

Tra questi momenti vi è continuità, data da un nesso che si basa su una duplice serie di rapporti. In primo luogo, rapporti tra i diversi organi che agiscono nei diversi momenti e più precisamente tra organi del governo provvisorio ed organi costituenti. In secondo luogo, rapporti tra le diverse organizzazioni che operano nei diversi momenti. Sotto questo aspetto la differenziazione dipende dai compiti che, in base al momento in cui sono svolti, conferiscono all'organo cui sono affidati carattere di "organo di preparazione" di un ordine in via di formazione o di un "organo attivo di un ordinamento sovrano", costituito[48]. L'ordinamento che prende forma in questo primo stadio, provvisorio e strumentale rispetto al secondo, è comunque già sovrano – "vero Stato" – sia in virtù della continuità tra il primo ed il secondo stadio di cui si è detto sia perché, se così non fosse, non sarebbe possibile realizzare il fine "ultimo" di quell'ordinamento[49].

La rilevanza di questa sequenza di stadi costituenti, e dei rapporti tra essi, concerne soprattutto la legittimazione del potere costituente. Questa è connotata in chiave progressiva, come esito di un succedersi di momenti che concorrono, tutti, a legittimare il potere costituente e l'ordinamento che questo crea. In questo senso, «La teoria del potere costituente» è di particolare interesse. Fin dall'inizio, il processo costituente configura un ordine che, come si è detto, è legittimo seppur provvisorio. La formazione dell'ordine definitivo consolida questa legittimità, perfezionando il processo costituente. Il nesso tra i due ordini – e le fasi costituenti in cui prendono forma – viene ricondotto alla sfera applicativa di un principio generale di retro-datazione[50]

[45] MORTATI 1998, 191.
[46] MORTATI 2020, 42.
[47] MORTATI 2020, 70.
[48] MORTATI 2020, 70.
[49] MORTATI 2020, 71.
[50] Questo il passaggio in MORTATI 2020, 72, cui si fa riferimento: «Il principio generale che regola questa materia è quello che consiste, come comunemente si afferma, nella retrodatazione del nuovo ordinamento al momento di inizio del procedimento che ad esso ha dato luogo. Il principio è da ritenere sostanzialmente esatto, se anche bisognevole di chiarimento. Anzitutto è da escludere che la retrodatazione possa interpretarsi come legittimazione dell'ordinamento provvisorio, nel senso del conferimento ad esso di validità, perché, come si è detto, l'ordinamento provvisorio in tanto

del nuovo ordinamento, al momento di inizio del processo costituente. Rispetto a questo principio, Mortati sottolinea alcuni aspetti di cruciale importanza.

In primo luogo, la legittimità dell'ordinamento provvisorio, nel primo stadio del processo costituente, non è retta da questo principio: essa cioè non viene conferita *ex post* in quanto l'ordinamento provvisorio è legittimo già nel momento in cui prende forma. Piuttosto, questa legittimità viene riconosciuta, "dichiarata", alla stregua del diritto prodotto nell'ordinamento definitivo. Si tratta, in altri termini, di una legittimazione che sussiste già nel primo stadio costituente, ma nel secondo stadio viene convalidata alla luce dell'ordine costituzionale definitivo che esso stabilisce.

In secondo luogo, Mortati precisa esplicitamente che l'opportunità di formulare questo riconoscimento *ex post* dipende da come si configura, in concreto, il rapporto tra ordinamento provvisorio ed ordinamento definitivo. Se vi è un elevato grado di omogeneità nella classe politica di cui l'ordine provvisorio è espressione, in continuità con quello definitivo, non occorre un riconoscimento esplicito. Vale, in tal caso, il principio per cui si riconoscono tacitamente gli atti compiuti dall'apparato dell'ordine provvisorio, dovendosi escludere una discontinuità tra quest'ordine e quello definitivo alla luce di una discontinuità tra le volontà politiche che li guidano.

Diversamente, il riconoscimento diviene necessario ove l'ordine provvisorio sia espressione di una classe politica non omogenea sul piano ideologico, che è unita più dall'esigenza di rompere con l'ordine pre-esistente che da un accordo, in positivo, sulle idee politiche da realizzare[51].

Ove questo accordo sussista, le due fasi costituenti si saldano tacitamente. Ove manchi, occorre esplicitare il nesso tra la legittimazione dell'ordine costituzionale definitivo e quella dell'ordine provvisorio, in quanto si rende necessario qualificare come «ancora sussistente il fondamento politico» degli atti compiuti in quest'ultimo[52]. Lo scarto tra questo fondamento politico e quello dell'ordine definitivo, comunque, non può superare la misura che consente di mantenere tra essi quel legame che ne consente la "compenetrazione".

La connessione tra le due fasi in definitiva è *politica*, nel senso che dipende dalla continuità sul piano ideologico tra l'ordine provvisorio e l'ordine definitivo. Il fine politico – sia in chiave prospettiva, sia in chiave retrospettiva – determina il modo in cui l'ordine definitivo si rapporta con quello provvisorio che lo precede, per acquisire la propria legittimità *progressivamente*.

può assolvere il compito costituente in quanto già possegga questa validità, cioè abbia consistenza di vero e proprio Stato, da valutare alla stregua del diritto da esso stesso prodotto. Legittimazione può perciò intendersi solo come valutazione degli atti compiuti dal governo provvisorio non più alla stregua del diritto da esso posto nel periodo di preparazione, ma a quello stabilito successivamente alla instaurazione dell'ordine ritenuto definitivo».

[51] MORTATI 2020, 72 ss.

[52] MORTATI 2020, 73.

Riferimenti bibliografici

ARATO A. 2017. *The Adventures of The Constituent Power: Beyond Revolutions?*, Cambridge University Press.

BRIGAGLIA M. 2006. *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Giuffrè.

GOLDONI M. 2020. *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in MORTATI C., *La teoria del potere costituente*, Quodlibet, 11 ss.

LUHMANN N. 2004. *Law as a Social System*, Oxford University Press.

MORTATI C. 1972. *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Giuffrè.

MORTATI C. 1998. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè.

MORTATI C. 2020. *La teoria del potere costituente*, Quodlibet.

RUBINELLI L. 2019. *Costantino Mortati and the Idea of Material Constitution*, in «History of Political Thought», 40, 2019, 515 ss.

TEUBNER G. 2012. *Nuovi conflitti costituzionali*, Mondadori.

THORNHILL C. 2010. *Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution*, in «Journal of Classical Sociology», 10, 2010, 315 SS.

VALENTINI C. 2020. *Post-Sovereign Constitution-Making and Stages of Representation. The Representative Continuum*, in «Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law», 41, 2020.

ZAGREBELSKY G. 1998. *Premessa*, in MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, VII ss.

STUDI

LA SOCIETÀ DEGLI INDIVIDUI. BECCARIA FILOSOFO CONTRATTUALISTA

DARIO **IPPOLITO**

&dq

La società degli individui. Beccaria filosofo contrattualista

The Society of Individuals. Beccaria as a Contractualist Philosopher

DARIO IPPOLITO

Professore associato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.
E-mail: dario.ippolito@uniroma3.it

ABSTRACT
Dei delitti e delle pene non veicola soltanto una proposta di riforma del diritto penale: investe i contrafforti ideologici del potere, accreditando una nuova visione della *civitas*. Nella battaglia culturale per la valorizzazione della libertà individuale, Beccaria sfrutta in maniera originale la carica emancipatrice della dottrina del contratto sociale. Esaminare le implicazioni normative del suo peculiare contrattualismo consente di mettere a fuoco i lineamenti assiologici di un discorso connotato da radicali istanze di riforma sociale e giuridica.

On Crimes and Punishments does not only advance a proposal of criminal law reform: it runs over the ideological counterforts of power, accrediting a new vision of the *civitas*. In the cultural battle for the valorization of individual freedom, Beccaria exploits in an original way the emancipatory value of the social contract doctrine. To examine the normative implications of his peculiar contractualism allows one to highlight the axiological features of a discourse characterized by radical requests for social and legal reform.

KEYWORDS
contrattualismo, diritto penale, individualismo, laicità, Beccaria

contractualism, criminal law, individualism, secularism, Beccaria

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

La società degli individui. Beccaria filosofo contrattualista

DARIO IPPOLITO

1. *Tra le parole e le cose* – 2. *Dei delitti e delle pene* – 3. *Contrattualismo e individualismo* – 4. *Contrattualismo e laicità del diritto* – 5. *Contrattualismo e umanizzazione delle pene.*

1. *Tra le parole e le cose*

Gli "ismi" contemporanei è il titolo di un libro, vivido e pungente, pubblicato da Luigi Capuana nel 1898. Il sottotitolo (parentetico) promette al lettore un'escursione tra verismo, simbolismo, idealismo e cosmopolitismo[1]. Ma nei saggi che compongono il volume c'è di più. Lungo il sentiero della critica troviamo una panoplia di figure concettuali: spiritualismo, positivismo, realismo, romanticismo, naturalismo, sperimentalismo, psicologismo, folklorismo etc. Non è un caso che il suffisso "ismo" si sostantivizzi nel frontespizio di un'opera letteraria proprio alla fine dell'Ottocento. Lunghissimo è l'elenco dei neologismi coniati con quel suffisso nel corso del secolo. Tra questi, tante e importanti sono le parole che hanno innovato il lessico della politica: liberalismo, costituzionalismo, comunismo, sindacalismo, autoritarismo, cesarismo, tradizionalismo, conservatorismo, utopismo, riformismo, radicalismo...

Anche i termini filosofico-politici "contrattualismo" e "contrattualista" sono di conio ottocentesco; precisamente, tardo-ottocentesco. È raro trovarne occorrenze prima della pubblicazione, da parte del filosofo del diritto Salvatore Fragapane, di una diatriba positivistica giocata sull'antitesi *Contrattualismo e sociologia contemporanea*: dove il primo termine compendia tutto ciò che l'autore oppugna in forza del suo credo nelle leggi naturali dell'organismo sociale[2]. A ben vedere, è principalmente tra gli avversari del filone di pensiero cui siamo soliti riferirci quando parliamo di "contrattualismo" che il neologismo inizia a circolare e ad affermarsi nel dibattito culturale. C'è chi ne rigetta il «subiettivismo» elevato «a sistema», in nome dei «principi fondamentali dell'etica»[3], e chi ne contrasta le implicazioni politiche, opponendosi al principio della sovranità popolare. È dei primi anni novanta, ad esempio, un cospicuo saggio su *Leone XIII e la democrazia* in cui il tomista Giovanni Rossignoli prende a bersaglio la concezione contrattualistica della legittimità del potere civile, contestandone le diverse declinazioni dottrinali: quella cattolica di Francisco Suarez e Luis de Molina, quella protestante di Grozio e Pufendorf, e – soprattutto – quella «dei contrattualisti atei» in cui «si attruppano l'Hobbes, il Rousseau, il Kant e tutti i liberali dottrinali»[4].

Come talvolta accade, dunque, la parola nasce molto tempo dopo la cosa che designa. Nella fattispecie, la "cosa" è una famiglia di dottrine politiche, il cui vincolo di parentela è l'idea che l'autorità statale derivi da un patto sociale. È la forza del paradigma hobbesiano (la sua fecondità analitica, la sua funzionalità nomotetica, la sua capacità egemonica) a orientare la filosofia moderna verso questo modo di ripensare la politica, alieno tanto dalla lezione aristotelica quanto dalla catechesi paolina[5]. Sull'impalcatura del discorso di Hobbes, impiegando e rimodellando gli elementi architettonici del formidabile edificio da lui costruito, i critici del Leviatano e i parti-

[1] Cfr. Capuana 1898.
[2] Cfr. Fragapane 1982.
[3] Petrone 1895, 130.
[4] Rossignoli 1894, 232. Le prime quattro parti del saggio sono pubblicate nei fascicoli che precedono quello citato in bibliografia.
[5] Cfr. Bobbio 1973; Petrucciani 2003, 77-123.

giani dell'Illuminismo cominciarono a delineare l'orizzonte del futuro costituzionalismo[6]. Di schietta matrice contrattualistica, del resto, è la giustificazione della Rivoluzione americana enunciata nella *Declaration of Independence*: quando chi governa contravviene al compito di tutela dei diritti fondamentali, il popolo è legittimato a riappropriarsi della sovranità, per creare un nuovo governo fondato sul consenso. Nelle Costituzioni rivoluzionarie di fine Settecento, concepite allo scopo di limitare giuridicamente il potere statale per garantire la libertà individuale, possiamo riconoscere la concreta espressione politica dell'eterodossia del patto sociale[7].

Considerata la carica dirompente del contrattualismo (sul piano culturale, ancor prima che politico), ben si comprende l'ostilità che i custodi della tradizione hanno sempre manifestato verso i suoi campioni e i loro discepoli. *Socialisti*: questo è il "termine polemico" inventato per identificarli nella letteratura cattolica del secondo Settecento[8]. Così sono chiamati da Anselm Desing e da Giovanni Francesco Finetti, nelle loro agguerrite apologie del giusnaturalismo teologico[9]; così li denomina Lodovico Barbieri, che ad essi oppone «la Religione e la Fede» come «lume sulla Legge di Natura»[10]; così sono squalificati da Appiano Buonafede, che spregiativamente ne liquida «i romanzi»[11]; così – è il caso più noto – sono evocati e affrontati nell'opera che ha reso famoso (o piuttosto famigerato) Ferdinando Facchinei: *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*[12].

2. *Dei delitti e delle pene*

Se il clamoroso libriccino di Cesare Beccaria – ancora fresco di stampa (1764) – provocò la reazione tonitruante di questo monaco dalla penna fendente, fu innanzitutto per le assunzioni contrattualistiche che ne sorreggono le aspirazioni riformatrici (decriminalizzazione, mitigazione del sistema sanzionatorio, abolizione della pena di morte, rifondazione delle procedure giudiziarie)[13]. Beccaria è additato da Facchinei come un seguace, sedizioso ed empio, della setta contennenda dei «socialisti»[14]: «pensatori sfrenati» che – misconoscendo la «retta ragione, la sana politica, e la vera religione» – inventano e propagandano «nuove opinioni e nuovi sistemi per montare a loro capriccio l'umana natura»[15]. Opinioni e sistemi accomunati, nell'inconsistenza e nell'implausibilità, dal «contraddittorio rovinoso *principio*» da cui discendono[16]: l'ipotesi secondo cui le «società civili» sono il prodotto del consenso di «uomini liberi»[17]. Pagine e pagine della requisitoria di Facchinei sono indirizzate a suffragare la falsità e a mostrare l'assurdità di questa visione *ex parte civium* della politica, proprio perché nel postulato contrattualistico egli ravvisa il pilastro concettuale delle posizioni critiche e delle tesi normative argomentate da Beccaria:

> «Cotesta ipotesi, e cotesto principio, è il fondamento, e la base su cui appoggia il N[ostro] A[utore]

6 Cfr. IPPOLITO 2014a.

7 «Le costituzioni», ha scritto Ferrajoli, «altro non sono che contratti sociali in forma scritta e positiva: patti di convivenza civile generati storicamente dai moti rivoluzionari con cui esse sono state di volta in volta imposte ai poteri pubblici» (FERRAJOLI 2007, 1, 823).

8 «La parola», osserva Venturi, «non attecchì e non si diffuse al di fuori dell'ambiente dei predicatori e dei confutatori delle idee illuministe» (VENTURI 1963, 140). Si veda anche VENTURI 1970, 128-129.

9 DESING, 1752, *passim*; FINETTI 1764, 46.

10 BARBIERI 1770, 30.

11 BUONAFEDE 1788, 163.

12 Cfr. FACCHINEI 1765.

13 Cfr. PISAPIA 1964; TOMÁS Y VALIENTE 1982; ROMAGNOLI 1993; PORRET 2013 [2003]; AUDEGEAN 2014a.

14 FACCHINEI 1765, 23. Il termine è utilizzato anche alle pagine 9 e 100 (due volte); al singolare, a pagina 101. Nel citare da quest'opera ho modernizzato l'ortografia (non la punteggiatura).

15 FACCHINEI 1765, 3-4.

16 FACCHINEI 1765, 4.

17 FACCHINEI 1765, 7.

> tutto quello, che avanza circa la natura delle pene, e dei delitti in questo suo libro, e quelli parimenti sopra di quali appoggiato disapprova, e condanna con frequenti invettive, e declamazioni, il metodo, e la maniera con cui si giudica, e si pensa universalmente in tutte le nazioni della istessa materia dei delitti, e delle pene. Da cotesta istessa ipotesi ne deduce l'A[utore] molte perniziosissime conseguenze contrarie alla retta ragione, contrarie al diritto di sovranità di tutti gli stati del mondo nostro, e contrarie alla vera religione; e per dir tutto in una parola, su di cotesta ipotesi è fondato tutto quello, che ha scritto in questo suo libro [...]»[18].

È un lettore accorto Facchinei: ben attrezzato, rapido e aggiornato. La sua postura censoria, le sue forzature accusatorie, la sua ostentata adesione all'assiologia dominante non devono impedirci di apprezzarne la perspicacia. Egli comprende l'opera di Beccaria nella sua piena portata politica; e ne prevede il successo, ne indovina l'incidenza. Perciò si getta su ogni pagina col martello dell'ortodossia e si affretta a mandare in stampa l'impetuosa stroncatura. Dietro il suo puntiglioso accanimento e le sue esplosioni di sdegno c'è la consapevolezza che i *Delitti* non propongono soltanto un disegno di riforma del diritto penale: rompono i contrafforti ideologici del potere; desacralizzano la politica, depoliticizzano la religione, denaturalizzano le gerarchie sociali. Ad attirare e infervorare la deprecazione del monaco, prim'ancora dei giudizi sull'eccedenza delle proibizioni e la smodatezza delle punizioni, è la *Weltanschauung* stessa di Beccaria; l'immagine della società aperta da lui preconizzata: la valorizzazione dell'individuo, la rivendicazione di libertà, l'istanza di laicità veicolate e corroborate dalla topica del contratto sociale.

"Beccaria filosofo contrattualista" – la formula sintetica con cui presento questo lavoro – riecheggia il titolo di un contributo decisivo all'ermeneutica dei *Delitti*: il saggio di Gianni Francioni, *Beccaria filosofo utilitarista*[19]. Data l'evocazione, conviene subito scansare un possibile equivoco: non intendo argomentare tesi contrapposte a quelle con cui il patriarca degli studi beccariani ha illuminato le pagine del «miracoloso libretto»[20]. Le considerazioni che svolgerò saranno anzi largamente complementari alla sua analisi. Risulteranno alquanto divergenti, invece, rispetto a un'altra autorevole linea interpretativa: quella proposta da Alberto Burgio nella sua bella edizione dei *Delitti*; dove, in un ispiratissimo saggio introduttivo, la valenza del riferimento al contrattualismo è recisamente sminuita:

> «Certo Beccaria fa menzione di un contratto sociale. Il suo tempo lo voleva, e le sue fonti essenziali – non solo Rousseau ma lo stesso Helvétius – sembravano suggerirgliene la necessità. Parla di "patti", di "convenzioni", di "obbligazioni": delle forme, appunto, che disegnano la struttura razionale di una società. Ma non ci si deve ingannare. Ciò che tali forme legittima e muove o scuote e dilacera è altro. È la natura dell'uomo, forza invincibile che è necessario assecondare e imitare [...]»[21].

Scandagliare l'antropologia di Beccaria è certamente indispensabile per comprenderne la filosofia politica e giuridica. Su questo terreno di indagine, dopo le penetranti riflessioni di Burgio, Philippe Audegean ha lasciato un'impronta indelebile[22]. Tuttavia, derubricare a "menzione" la dottrina del contratto sociale, spiegandone la presenza come effetto della ricezione di idee influenti ma non intimamente operanti nel pensiero di Beccaria, mi sembra una chiave di lettura poco persuasiva. Il contrattualismo di Beccaria va preso sul serio: nel suo valore ideologico e nel suo vigore normativo. Non è l'assecondamento di una moda intellettuale né un atto di ossequio

[18] FACCHINEI 1765, 7-8.
[19] Cfr. FRANCIONI 1990.
[20] In questi termini Piero Calamandrei qualifica l'opera di Beccaria in un discorso pronunciato alla Camera dei Deputati il 27 ottobre 1948 (CALAMANDREI 2019, 206).
[21] BURGIO 1991, 17.
[22] Cfr. AUDEGEAN 2014b [2010].

ai maestri. È una forma di razionalità; un atteggiamento intellettuale; un punto di vista filosofico sulla *civitas*: sugli individui, la società, il diritto e il potere[23]. Per ponderarne il rilievo, nella logica dei *Delitti*, è necessario passare dalla prospettiva delle ascendenze a quella delle conseguenze. A tal fine, non mi occuperò delle relazioni di Beccaria con Hobbes, Locke, Rousseau etc., bensì delle ripercussioni della dottrina del contratto sociale sulla sua filosofia civile e penale.

3. *Contrattualismo e individualismo*

Dal copioso giacimento degli "ismi" ottocenteschi propongo di trarre – in chiave euristica – il termine "individualismo". È incrostato e logorato dagli usi polemici, me ne rendo conto. Anche a prescindere dal linguaggio comune, in cui designa un atteggiamento egoriferito (perlopiù giudicato biasimevole), non si può ignorare che nei vocabolari della politica sia spesso contrassegnato da una marca di disvalore (che del resto gli fu impressa al momento della coniazione). Nella cultura cattolica – dal tradizionalismo reazionario al personalismo novecentesco – ha simboleggiato un'etica deleteria ed esecrabile. La retorica dei fascismi ne ha spregiato il significato sul parametro morale della supremazia dello Stato. Socialisti e comunisti ne hanno fatto l'epitome dell'ideologia borghese. Persino i padri costituenti della nostra Repubblica si sono riconosciuti nell'anti-individualismo. Insomma, la teoria delle attribuzioni di senso deteriore è lunga e movimentata (si pensi al comunitarismo contemporaneo e alle molteplici declinazioni del solidarismo laico e cristiano). Ne segue che, per adoperare proficuamente questa parola (la cui estrema ambiguità contamina pure il dibattito filosofico), occorre procedere a una determinazione semantica, che chiuda l'adito ai fraintendimenti. Perciò, attenendomi a un'accezione d'uso piuttosto frequente, convengo di chiamare "individualismo" la dottrina etico-politica che pensa l'ordine sociale in funzione del primato assiologico del soggetto.

Ovviamente, non si dà un nesso biunivoco tra individualismo e contrattualismo. Possiamo imbatterci in contrattualisti che non sono individualisti (come Rousseau) e in individualisti che non sono contrattualisti (come John Stuart Mill). Però, nella concezione eteropoietica dello Stato formulata nei *Delitti*, troviamo un'espressione paradigmatica della profonda coesione tra contrattualismo e individualismo. È l'ideario contrattualista a costituire lo schema di pensiero che consente a Beccaria di tematizzare la centralità dell'individuo nell'organizzazione della società; di immaginarlo come artefice della sfera pubblica e di valorizzalo come fine; di consacrarne la volontà di essere libero quale scopo del diritto e criterio di legittimità del potere; di elevarlo a misura di tutte le scelte e di emanciparlo dallo stato di minorità civile. Limpidamente rivelatore è il gesto repulsivo di Facchinei. Ci fornisce uno specchio in cui riconoscere, *a contrario*, i tratti culturali di questa «rivoluzione copernicana»[24] nella visione dell'universo politico:

> «Giammai gli uomini sono stati senza padrone, [...] il primo padre di famiglia è stato il primo re [...]. Per legge naturale tutti gli uomini, da giovani sono sudditi dei loro parenti, perché hanno dagli stessi ricevuto la vita, e l'educazione; fatti poi che siano adulti, diventano sudditi di quelli, che signoreggiano nello stato in cui essi sono stati allevati, e devono per la stessa legge naturale ubbidire, e conformarsi alle leggi ricevute in quella società; e chi nega questi principi, distrugge il fondamento di tutte le società»[25].

La sovranità come potere naturale; lo Stato come perfetto ordinamento familiare; le gerarchie domestiche e politiche come dati iscritti in una legge sottratta alla volontà degli uomini: sono queste le immagini della società che informano l'apologia dell'ordine tradizionale; una società patriarcale,

[23] Cfr. Costa 1999, I, 434-440.
[24] Bobbio 1990, 56.
[25] Facchinei 1765, 14.

cetuale, confessionale, che in quell'immaginario riproduce e legittima i suoi inveterati rapporti di soggezione e dominio. È precisamente contro questi rapporti e quell'immaginario che Beccaria, dispiegando la potenza metaforica del contratto sociale, profila il modello alternativo della società degli individui. Nessuna personificazione morale del corpo politico, nessun tributo alle ragioni trascendenti di un io comune: Beccaria – osserva bene Salvatorelli – «nega ogni concetto di un interesse, di un valore statale distinto e superiore all'interesse e al valore degli individui componenti l'aggregato sociale»[26].

"Società degli individui" è locuzione assente nei *Delitti*. "Individui", "soggetti" non sono le parole con cui Beccaria esprime i suoi concetti. Come sostantivo, "soggetto" è usato per significare "materia, argomento"; come aggettivo, equivale a "sottoposto". Le occorrenze di "individuo" si contano sulle dita di una mano. Nel linguaggio dell'Illuminismo non sono questi i termini centrali del discorso politico. Beccaria parla dell'"uomo": ancor più, parla degli "uomini". Ma "società degli individui" è traduzione appropriata, nel nostro lessico analitico, della sua terminologia politica. Gli uomini che abitano ogni pagina dei *Delitti* sono infatti riguardati come soggetti individuali (non come parti di un tutto o membra di un corpo); e ogni pagina dei *Delitti* è pensata in ragione della priorità dell'uomo-individuo (da cui deriva la strumentalità dello Stato)[27].

Tra i molti luoghi del testo innervati dalla logica del contrattualismo individualistico, spicca per eloquenza e pregnanza (benché di rado se ne rimarchi l'importanza), la critica dello "spirito di famiglia"[28]; cioè di quel modo di impostare i rapporti coniugali e parentali, solidamente organico alla fenomenologia dei poteri sociali, che deprime i sentimenti di "libertà ed uguaglianza", costringendo gli individui a una diuturna ginnastica di obbedienza[29]. Quando Piero Calamandrei, alla vigilia della Liberazione, rimise in circolazione l'opera di Beccaria (in un'edizione a cui Andrés Ibáñez ha dedicato pagine di raffinata bellezza)[30], nel commentare quella pagina scintillante, annotò:

> «[...] questo capitolo, che nell'economia del libro sembra una inutile digressione, è stato scritto dal B[eccaria] soprattutto come sfogo personale di quella ribellione dei figli alla tirannia paterna, che in quell'epoca di trapasso era così viva anche nel carteggio dei fratelli Verri, e che in ogni ristretta cerchia familiare riproduceva in piccolo quell'urto delle nuove idee contro la tradizione, che preparava la rivoluzione nello stato»[31].

È vero, in quel capitolo rimbombano l'esperienza familiare e l'insofferenza filiale di Beccaria (che conobbe le asprezze della patria potestà)[32]; e si avverte anche la voce di Pietro Verri (contestatore del padre Gabriele, mentore del giovane Cesare e geniale *editor* dei *Delitti*)[33]. Tuttavia, della digressione inutile, quel capitolo non ha neppure la parvenza. Come tutti i contemporanei (e al pari di tante generazioni di lettori), Calamandrei conosceva il testo beccariano nella versione diffusa in Europa dopo la traduzione di Morellet: cioè in un ordinamento dei capitoli diverso dall'originale, che anche in Italia era prevalso nella tradizione editoriale[34]. In quell'ordine posticcio, effettivamente, si perde il nesso logico che aggancia la critica della ragion familiare alla disapprovazione della confisca come punizione legale (ossia dell'espropriazione, da parte dello Stato, dei beni del condannato).

[26] SALVATORELLI 1942, 34.
[27] Cfr. IPPOLITO 2021a.
[28] Imperdibile, in proposito, è il commento radiofonico di Italo Birocchi alla trasmissione "Dei delitti e delle pene", recuperabile attraverso il portale di Radio3 Rai.
[29] Cfr. BECCARIA 1984a [1764], 26, 80-83 (da qui in avanti, il rinvio alle pagine dei *Delitti* apparirà direttamente nel testo).
[30] Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ 2011, 9-29.
[31] In nota a BECCARIA 1945, 359.
[32] Cfr. AUDEGEAN 2009, 9-31.
[33] Cfr. FRANCIONI 1984.
[34] Cfr. AUDEGEAN 2009, 61-67. È solo nel 1958 che, grazie a Franco Venturi, i *Delitti* tornano a circolare nella forma dell'ultima edizione curata da Beccaria.

Nella prospettiva beccariana di un contratto sociale finalizzato a istituire un ordine civile che renda i consociati sicuri di non patire ingerenze arbitrarie entro la sfera di immunità e facoltà costruita dalla legge, il sistema penale è funzionale alla tutela della libertà individuale: non solo rispetto alle azioni offensive dei privati ma anche verso le coartazioni dispotiche del potere. Se il primo fronte è presidiato da proibizioni armate di sanzioni pubbliche, il secondo è inevitabilmente più esposto a perforazioni e cedimenti. Il garantismo di Beccaria mira a fortificarlo mediante un complesso di regole metalegislative e metagiurisdizionali. Una di queste è che «le pene siano meramente personali» (32, 103). Ora, da questa prospettiva individualistica, le confische patrimoniali risultano inaccettabili, poiché «fanno soffrire all'innocente le pene del reo» (25, 80). Per giunta, producono effetti dannosi, giacché «pongono gli innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti» (25, 80). Radicalmente ingiuste e dissennatamente criminogene, esse vanno dunque bandite dal regno del diritto.

Che tipo di rapporto esiste tra la confisca come pena e lo "spirito di famiglia"? Cosa collega quel modo di punire le infrazioni a questo modo di pensare le relazioni? Volendo influire sulla realtà, Beccaria si sforza di comprenderla. Nel tessuto dei *Delitti*, la trama delle valutazioni e delle prescrizioni si intreccia all'ordito delle analisi esplicative. Dottrina dei fini e teoria delle cause fanno parte del medesimo "progetto giuridico"[35]. Il ragionamento normativo e il verdetto di condanna sull'istituto della confisca si sviluppano così in una diagnosi eziologica, improntata a un approccio sociologico-culturale. Quali sono i quadri mentali che rendono possibile accettare il coinvolgimento di persone innocenti nella punizione di un colpevole?

> «Queste funeste ed autorizzate ingiustizie furono approvate dagli uomini anche più illuminati, ed esercitate dalle repubbliche più libere, per aver considerato la società piuttosto come un'unione di famiglie che come un'unione di uomini. Vi siano cento mila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali composta di cinque persone, compresovi il capo che la rappresenta: se l'associazione è fatta di famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottanta mila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno centomila uomini e nessuno schiavo» (26, 80-81).

"Unione di uomini", "associazione di uomini"; e poi, al culmine di un infervorato crescendo, "repubblica di uomini" (26, 81): sono queste le immagini della *civitas* che Beccaria oppone alla mentalità patriarcale, all'ideologia organicistica e agli assetti tradizionali dei rapporti civili e domestici. Il progetto della società degli individui esige non solo la rifondazione della legalità penale ma anche il rinnovamento del diritto privato. La famiglia potestativa di matrice romanistica è incompatibile col paradigma individualistico, poiché degrada la «repubblica» a un agglomerato di «piccole monarchie» che, annichilendo la libertà, impediscono la ricerca della «felicità» (26, 81). Insieme alla legittimazione paternalistica del potere politico, il contrattualismo di Beccaria discredita così la legittimazione naturalistica del potere paterno, esibendo a pieno la sua carica emancipatrice ed egualitaria. Non sfuggano le implicazioni dell'esemplificazione numerica. «Ventimila famiglie», «cinque persone»: tra i «cento mila cittadini» ci sono le donne.

4. *Contrattualismo e laicità del diritto*

L'ordinamento giuridico degli Stati d'antico regime era caratterizzato da fortissime connotazioni confessionali. La conformità delle opinioni all'ortodossia della fede e l'osservanza comportamentale della precettistica religiosa integravano una componente cospicua delle pretese di obbedienza fatte valere dal potere politico. Divieti e sanzioni penali ne portavano il segno trasparente. Del re-

[35] Cfr. Costa 1974.

sto, il sistema dei reati riflette i valori dominanti all'interno della società: più esattamente, i valori di cui si fa portatore chi esercita il dominio nella società. La proibizione penale è verticale; esprime la volontà sovrana di dirigere la condotta dei soggetti. È la regola per antonomasia; l'archetipo dell'eteronomia. La sua forza cogente è carica di pregnanza politica. È decisione in senso etimologico: taglio di quelle libertà incompatibili con l'ordine su cui riposa l'autorità. Nella profondità di quel taglio, si manifesta con la massima evidenza la natura di un regime politico[36].

Beccaria lo apprende da Montesquieu: è «dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino»[37]; dal modo di giudicare, dal modo di punire e, ancor prima, dalla demarcazione del confine tra il lecito e l'illecito. Con quale criterio valutare le azioni umane? Di quali facoltà soggettive è giusto vietare l'esercizio? Oltre quale misura la compressione della libertà diventa inaccettabile? Seguendo le "tracce luminose" del maestro bordolese ("Introduzione", 25), Beccaria critica le esorbitanze proibitive del potere e la confusione tra la sfera spirituale e il diritto penale. Nell'argomentare la sua critica, tuttavia, egli procede in assoluta autonomia. La filosofia montesquieuiana della giustizia naturale è scartata dall'ipotesi del contratto sociale.

Nei *Delitti* è sviluppata una tagliente dottrina dei delitti. A partire dal sesto capitolo, Beccaria illustra la sua assiologia dei beni che meritano la protezione della legge penale. Sono delitti, egli scrive, le «azioni opposte al ben pubblico» (6, 42): ovvero quelle che, offendendo «l'utilità comune» (7, 45), recano «danno» alla «società» (8, 46). Sappiamo già che nella sua ottica contrattualistica la società si configura come unione di uomini. Aggiungiamo ora che il suo conseguente individualismo lo porta a sconfessare «la falsa idea d'utilità, che sacrificando la cosa al nome, divide il ben pubblico dal bene di tutt'i particolari» (40, 120). Gli atti qualificabili come delitti sono pertanto le offese che ledono il bene dell'associazione o dei consociati:

> «Data la necessità della riunione degli uomini, dati i patti, che necessariamente risultano dalla opposizione medesima degl'interessi privati, trovasi una scala di disordini, dei quali il primo grado consiste in quelli che distruggono immediatamente la società, e l'ultimo nella minima ingiustizia possibile fatta ai privati membri di essa [...]. Qualunque azione non compresa tra i due sovraccennati limiti non può essere chiamata delitto, o punita come tale [...]» (6, 42).

Dobbiamo fare attenzione a non confondere questo criterio di legittimazione/delegittimazione delle proibizioni penali con una connotazione del termine "delitto". In questo passaggio Beccaria non definisce il significato di una parola: definisce la frontiera del potere di punire. Egli non dice: "attenzione, signor lettore, chiamerò delitto soltanto le azioni socialmente offensive". Esclama invece: "attenzione, signor legislatore, le azioni socialmente inoffensive non possono essere penalizzate". Questa annotazione serve a evitare un errore di interpretazione. Benché Beccaria affermi che le azioni che non arrecano danno alla comune utilità non possano essere chiamate delitti, egli parla di delitti a proposito di tutte le azioni qualificate come tali dal diritto positivo. Ciò non deve disorientarci: come contestarne la penalizzazione senza menzionarne il *nomen iuris*? La nozione assiologica di delitto quale azione che produce un danno sociale è quindi utilizzata come principio di *legis latio* che orienta la critica delle *leges latae*: precisamente, delle figure giuridiche di reato. Determinando la sfera dei divieti legittimi, questo principio evidenzia l'ingiustizia delle norme penali che fuoriescono da quella sfera.

Non basta, però, l'ancoraggio ai concetti di azione, danno, società e individuo a caratterizzare il canone beccariano della giustizia proibitiva. Il consueto riferimento dogmatico ai principi di materialità e offensività non ci consente di contemplare adeguatamente la filosofia dei *Delitti* nell'ambito della cultura giuridica e delle dottrine penalistiche. La definizione di delitto come azione che offende la società è infatti compatibile con diverse ideologie del potere punitivo. Ideologie le cui

[36] Cfr. Ippolito 2021b.
[37] Cfr. Montesquieu 2014 [1748], 12, 2, 1281.

differenze non sono sfumature ma netti contrasti di colore politico. Che cos'è un'azione offensiva? In cosa consiste il "danno della società"? Il campo semantico di "azione" non è privo di zone d'ombra; sia "offesa" che "danno" sono termini valutativi; "società", "persona", "individuo" designano concetti eminentemente controversi, nei quali si rispecchiano le differenze di fondo tra le concezioni dell'uomo e del mondo. Pertanto, è solo a partire dall'antropologia e dalla dottrina politica di Beccaria che possiamo comprendere la sua filosofia del diritto di punire.

L'uomo beccariano è un soggetto razionale che cerca il piacere e fugge il dolore. Ecco perché decide di abbandonare lo stato di natura. Capisce che la possibilità di far tutto non gli è di nessuna utilità: anzi, gli nuoce. Rendendo imprevedibili i comportamenti degli altri, gli impedisce di calcolare come raggiungere i propri scopi. Lo spoglia del dominio sulle sue azioni per la paura e il pericolo delle interazioni. Lo schiaccia sull'orizzonte del presente, esponendolo alle angustie di un conflitto permanente. Ogni individuo, potenzialmente, è una minaccia per gli altri. Nessuno può mettere a frutto come vorrebbe le facoltà di cui è dotato. La libertà di ciascuno è «resa inutile dall'incertezza di conservarla» (1, 25). Così, tutti decidono di cambiare condizione; di vivere meglio accordandosi sulle regole del convivere. Regole vincolanti *erga omnes contractantes*: decise da un'autorità delegata, a cui è conferito il monopolio della forza nella repressione degli inosservanti. Ma la delega di potere che costituisce la sovranità è strettamente condizionata alla ragione del patto. Associandosi nello Stato e assoggettandosi alle sue norme, gli individui non cercano la sicurezza al prezzo della libertà, bensì la sicurezza della libertà. Una libertà-sicurezza che non si dà là dove è sregolato l'esercizio di ogni facoltà. Una libertà-sicurezza il cui presupposto è la rinuncia alla prevaricazione; la cui condizione è la legge; la cui garanzia è la pena[38].

L'uomo beccariano accetta la legge penale come necessità perché vuole essere sicuro di essere libero. Ma accetta solo le leggi penali indispensabili alla preservazione dell'ordine su cui è fondata la libertà. Prodotto dal contratto sociale (che è in primo luogo un patto di non belligeranza), quell'ordine è del tutto artificiale: riflette la concorde volontà degli associati, non un paradigma di giustizia naturale o sovrannaturale. I fondatori della società politica pretendono l'uno dall'altro di astenersi dalle azioni offensive, non di attenersi ai precetti edificanti di una morale, né, tantomeno, ai comandamenti salvifici di una religione. Il potere che istituiscono dispone di un'unica forma di normatività: il diritto positivo, la cui coattività è vincolata e limitata dalle finalità di tutela soggettiva poste alla base del patto. Perciò, ogni sanzione collegata a un divieto che esorbita da quelle finalità è un'illegittima compressione della libertà: un atto di tirannia (2, 29).

È questa concezione della società civile; è questa interpretazione non giusnaturalistica del contratto; è questa visione strumentale del diritto a caratterizzare la filosofia di Beccaria e a riempire di significato gli elementi connotativi della sua nozione di reato. Se ho qualificato preliminarmente questa dottrina con l'aggettivo "tagliente" è perché essa costituisce, a tutti gli effetti, "il rasoio dei *Delitti*": dalla superficie scabra dell'ordinamento penale elimina ogni ruvidezza confessionale[39]. Laddove Montesquieu, per patrocinare la depenalizzazione dei crimini contro la religione, aveva messo all'opera il principio naturalistico di omogeneità tra delitto e castigo[40], Beccaria – in forza della sua concezione individualistica dell'utilità comune quale «base della giustizia umana» (7, 45) – può procedere a una distinzione categoriale ben più netta tra reato e peccato, attraverso la quale giunge a delegittimare in radice i *crimina lesae maiestatis divinae*. Così, i sacrilegi, la blasfemia, l'idolatria, l'apostasia, etc. sono del tutto estromettessi dai fini mondani dell'ordine legale e dal dominio normativo del potere punitivo.

È un'eresia penale, quella di Beccaria, nella quale vibra la protesta contro l'intolleranza, il dogmatismo e l'ingerenza dello Stato nella coscienza individuale: il patto che assicura la libertà del soggetto include, come clausola, la laicità del diritto.

[38] Cfr. AUDEGEAN 2019.
[39] Cfr. BIROCCHI 2002, 444-458.
[40] Cfr. IPPOLITO 2021c [2016], 53-65.

5. *Contrattualismo e umanizzazione delle pene*

"Conseguenze" è il titolo del terzo capitolo dei *Delitti*. È forse il meno felice tra quelli che Verri escogitò nel trasformare lo scritto di Beccaria in un affilato *pamphlet* giuspolitico. Certo non può dirsi un titolo eloquente; ma non è del tutto muto. Benché taccia sul contenuto del capitolo al quale è associato, ne mette in rilievo la concatenazione logica con i due che lo precedono: "Origine delle pene" e "Diritto di punire". Sotto "Conseguenze", in effetti, Verri raccolse la prima parte di un elenco di principi classificati dallo stesso Beccaria come "conseguenze": ossia, come corollari normativi del postulato filosofico del contratto sociale[41].

Mi limiterò a censire sinteticamente questi principi (prescindendo dall'ordine espositivo di Beccaria), per poi soffermarmi su quello che menzionerò alla fine. La loro semplice enumerazione, peraltro, basta a confermarci nella convinzione che la premessa contrattualistica costituisca, nei *Delitti*, una potentissima leva teorica. Come dirette implicazioni della fondazione pattizia dello Stato Beccaria avvalora infatti: a) il principio della separazione dei poteri, che prescrive l'attribuzione a organi distinti delle funzioni di produzione e applicazione delle norme giuridiche; b) il principio di legalità penale, in forza del quale nessuna azione può essere considerata reato se non è proibita come tale dal legislatore e nessuna pena può essere irrogata dal giudice se non è previamente comminata dalla legge; c) il principio di uguaglianza giuridica, che vieta privilegi e discriminazioni nella posizione dei soggetti di fronte al vigore dei divieti e alla tipologia delle pene; d) il principio della terzietà del giudice, che proscrive la confusione tra magistratura requirente e magistratura giusdicente; e) il principio di interpretazione letterale della legge penale, che preclude al giudice gli spazi della creatività normativa; f) il principio di economia penale, che esige la minimizzazione della violenza repressiva e implica il divieto di pene crudeli.

Su quest'ultimo principio, i cui riverberi impregnano la tradizione del costituzionalismo occidentale, ascoltiamo direttamente Beccaria:

> «[...] quando si provasse che l'atrocità delle pene, se non immediatamente opposta al ben pubblico e al fine medesimo di impedire i delitti, fosse solamente inutile, anche in questo caso essa sarebbe non solo contraria a quelle virtù benefiche che sono l'effetto d'una ragione illuminata che preferisce comandare ad uomini felici che a un gregge di schiavi, nella quale si faccia una perpetua circolazione di timida crudeltà, ma lo sarebbe alla giustizia e alla natura del contratto medesimo» (3, 35).

Il brano è un programma. Anticipando la sua conclusione (nella sospensione del condizionale), Beccaria prefigura i passaggi della sua argomentazione («come vedremo in appresso», annuncia nella prima stesura del testo)[42]. Per delegittimare le punizioni crudeli sul parametro di giustizia del contratto sociale, gli basterebbe provarne l'inutilità; ma lui intende andare oltre e vuole che il lettore lo segua: dell'efferatezza penale, mira a mostrare la perniciosità.

In che misura queste sue affermazioni, che sembrano gravitare nella logica dell'utilitarismo penale, sono correlate all'ipotesi del contratto sociale? A instradarci nella risposta è la spiegazione di Philippe Audegean:

> «[...] essendo l'istituzione sociale il frutto artificiale di un accordo tra i singoli, il suo fine regolatore è necessariamente l'utilità comune. Ogni azione pubblica deve dunque mirare al bene pubblico. In campo penale tale principio implica che una sanzione è legittima solo se utile: pertanto il fine delle pene può essere soltanto la prevenzione, non la retribuzione»[43].

[41] Cfr. Beccaria 1984b, 140-142.
[42] Beccaria 1984b, 141.
[43] Audegean 2021, 165-166.

Anche l'assiologia penale di Beccaria (cioè la sua risposta alla domanda "perché punire?") s'inscrive dunque nell'orizzonte del contrattualismo. Entrando in società, gli uomini accettano il male penale non per soddisfare un'esigenza morale o in ossequio a qualche regola di equità naturale, bensì per frenare il male criminale: «il fine delle pene non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni e di rimuovere gli altri dal farne uguali» (12, 55). Punire per retribuire il male con il male non è comportamento razionale: «Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già consumate?» (12, 55). La pena non è altro che una dura necessità: la possiamo giustificare, in quanto male, solo come strumento infungibile di contrasto alla violazione delle regole pattuite: serve a prevenire, non a far soffrire; è protesa verso il futuro, non ripiegata sul passato[44].

Dall'amalgama tra utilitarismo penale e dottrina del contratto sociale scaturisce quindi la risposta alla domanda "come punire?": ossia, la deontologia della pena di Beccaria. Così come i soli divieti legittimi sono quelli necessari ad assicurare la convivenza, le sole pene legittime sono quelle necessarie ad assicurare l'osservanza dei divieti: «perché una pena sia giusta non deve avere che quei soli gradi di intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti» (28, 90). La pena accettabile come necessità, nella prospettiva della riduzione del male nella società, è la pena minima necessaria alla deterrenza: cioè il più piccolo male possibile idoneo a prevenire il male maggiore[45]. Il vigore afflittivo della sanzione legale non deve eccedere il livello sufficiente a produrre l'effetto di scoraggiare il tipo di condotta criminale a cui è associata. È questo il contenuto normativo del principio di economia punitiva, che Beccaria enuncia – per primo – in una cristallina formulazione:

> «[...] il peso della pena e la conseguenza di un delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si siano voluti assoggettare ai mali minori possibili» (19, 71).

Per esercitare la deterrenza non è necessaria la violenza. Moderare le pene non significa affievolirne la forza dissuasiva. La durezza non è il cardine della sicurezza. Sono queste le tesi – di matrice montesquieuiana – che Beccaria collega all'istanza di minimizzazione della sofferenza penale. La compatibilità tra efficacia preventiva e mitezza punitiva è suffragata in uno dei capitoli più noti dei *Delitti*: il ventisettesimo "Dolcezza delle pene". Nell'individuazione dei fattori di dissuasione alternativi all'"éclat des supplices"[46], esso riprende e sviluppa il discorso sulla "Prontezza della pena" (19, 70-72). Nella negazione del rapporto tra vigore dell'intimidazione ed entità dell'afflizione, esso accompagna il lettore verso la sommità dell'opera: il capitolo ventottesimo "Della pena di morte".

Qui, il contrattualismo di Beccaria si esprime nella pienezza della sua carica eversiva: rovescia l'autorità della tradizione e della religione, investe la teologia politica e la dogmatica giuridica, sfida il senso comune e le certezze bimillenarie del "pensiero patibolare"[47]. Se le regole del diritto penale non sono inscritte nell'ordine della natura o nei decreti della volontà divina, allora gli uomini sono liberi di scegliere razionalmente come punire. Ebbene, l'istituzione della pena di morte, secondo Beccaria, non potrebbe mai essere la scelta razionale di uomini liberi. Da questo assunto contrattualista discende il principio fondamentale della sua "etica abolizionista": lo Stato non ha il diritto di uccidere per punire[48].

[44] Cfr. Audegean 2014c e Audegean 2016.
[45] Audegean 2014d.
[46] Foucault 1975, 36.
[47] Ferrajoli 2014 [2002], 196.
[48] Cfr. Audegean 2014b; Costa 2014 e 2015; Francioni 2016; Ippolito 2014b.

Riferimenti bibliografici

ANDRÉS IBÁÑEZ P. 2011. *Introducción*, in BECCARIA C., *De los delitos y de las penas*, Trotta, 9 ss.

AUDEGEAN PH. 2009. *Introduction*, in BECCARIA C., *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, ENS Éditions (a cura di Ph. Audegean), 7 ss.

AUDEGEAN PH. 2014a. *Préface*, in BECCARIA C., *Des délits et des peines*, Payot & Rivages, 7 ss.

AUDEGEAN PH. 2014b. *Cesare Beccaria filosofo europeo*, Carocci (ed. or. 2010).

AUDEGEAN PH. 2014c. *Beccaria e la deterrenza penale. Calcoli di utilità e sentimenti morali*, in DAVIS R., TINCANI P. (eds.), *Un fortunato libriccino. L'attualità di Cesare Beccaria*, Edizioni L'Ornitorinco, 17 ss.

AUDEGEAN PH. 2014d. *"Dei delitti e delle pene": significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in D. IPPOLITO (ed.), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale Scientifica, 71 ss.

AUDEGEAN PH. 2016. *Correggere e punire: Beccaria e la funzione rieducativa delle pene*, in FERRONE V., RICUPERATI G. (ed.), *Il caso Beccaria. A 250 anni dalla pubblicazione del "Dei delitti e delle pene"*, il Mulino, 61 ss.

AUDEGEAN PH. 2019. *Droit naturel et droit à la vie. Beccaria lecteur de Hobbes*, in «Diciottesimo secolo», 4, 2019, 33 ss.

AUDEGEAN PH. 2021. *Utilitarismo e umanitarismo in Cesare Beccaria*, in COSPITO G., MAZZA E. (eds.), *Nell'officina dei Lumi. Studi in onore di Gianni Francioni*, Ibis, 163 ss.

BARBIERI L. 1770. *Della volontà o sia dell'amore del bene. Trattato filosofico-teologico*, Vendramini Mosca.

BECCARIA C. 1945. *Dei delitti e delle pene*, Le Monnier (a cura di P. CALAMANDREI; ed. or 1764)

BECCARIA C. 1984a. *Dei delitti e delle pene*, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, FIRPO L. e FRANCIONI G. (eds.), vol. 1., FRANCIONI G. (ed.), Mediobanca, 17 ss.

BECCARIA C. 1984b. "Prima redazione", in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, FIRPO L. e FRANCIONI G. (eds.), vol. 1., FRANCIONI G. (ed.), Mediobanca, 135 ss.

BIROCCHI I. 2002. *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli.

BOBBIO N. 1973. *Il modello giusnaturalistico*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 50 1973, 603 ss.

BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Einaudi.

BUONAFEDE A. [Agatopisto Cromaziano] 1788. *Della restaurazione di ogni filosofia nei secoli XVI, XVII, XVIII*, Porcelli.

BURGIO A. 1991. *Introduzione*, in BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, 13 ss.

CALAMANDREI P. 2019. "Inchiesta sulle carceri e la tortura" (dal resoconto dei discorsi pronunciati alla Camera dei deputati della Repubblica italiana nella seduta del 27 ottobre 1948), in *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Edizioni dell'Asino (a cura di P. GONNELLA e D. IPPOLITO), 204 ss.

CAPUANA L. 1898. *Gli "ismi" contemporanei (verismo, simbolismo, idealismo, cosmopolitismo) ed altri saggi di critica letteraria ed artistica*, Niccolò Giannotta.

COSTA P. 1974. *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Giuffrè.

COSTA P. 1999. *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa.* Vol. 1, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza.

COSTA P. 2014. *Beccaria e la filosofia della pena*, in DAVIS R., TINCANI P. (eds.), *Un fortunato libriccino. L'attualità di Cesare Beccaria*, Edizioni L'Ornitorinco, 33 ss.

COSTA P. 2015. *Lo ius vitae ac necis alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in «Quaderni Fiorentini», 44, 2015, 917 ss.

DESING A. 1753. *Iuris naturae larva detracta compluribus libris sub titulo juris naturae prodeuntibus, ut puffendorfianis, heineccianis, wolfianis, etc. aliis quorum principia juris naturae falsa ostenduntur*, Gastl.

FACCHINEI F. 1765. *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti, e delle pene*, s.n. [Zatta].

FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia.* Vol. 1. *Teoria del diritto*, Laterza, 2007.

FERRAJOLI L. 2014. *Il fondamento del rifiuto della pena di morte* [2014], in ID., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica (a cura di D. IPPOLITO e S. SPINA), 188 ss.

FINETTI G.F. 1764. *De principiis iuris naturae, et gentium adversus Hobbesium, Pufendorfium, Thomasium, Wolfium, et alios*, Bettinelli, 1764.

FOUCAULT M., *Sourveiller et punir*, Gallimard, 1975.

FRANCIONI G. 1984. *Nota al testo*, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, FIRPO L. e FRANCIONI G. (eds.), vol. 1., FRANCIONI G. (ed.), Mediobanca, 215 ss.

FRANCIONI G. 1990. *Beccaria filosofo utilitarista*, in ROMAGNOLI S., PISAPIA G.D. *et al.*, *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Cariplo-Laterza, 69 ss.

FRANCIONI G. 2016. *Ius e potestas. Beccaria e la pena di morte*, in «Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir», 2, 2016, 13 ss.

FRAGAPANE S. 1892. *Contrattualismo e sociologia contemporanea*, Zanichelli.

IPPOLITO D. 2014a. *Ordine giuridico e libertà individuale: la civitas dei Lumi*, in ID. (ed.), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale Scientifica, 13 ss.

IPPOLITO D. 2014b. *Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 4, 2014, 589 ss.

IPPOLITO D. 2021a. *L'artificio della libertà. Beccaria filosofo civile*, in «Cosmopolis. Rivista di filosofia e teoria politica», 18, 2021.

IPPOLITO D. 2021b. *Prohibitions pénales et laïcité du droit. Adultère, homosexualité et infanticide chez Beccaria*, in «Dix-Hiutième Siècle», 53, 2021, 673 ss.

IPPOLITO D. 2021c. *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli (ed. or. 2016).

MONTESQUIEU CH.-L. 2014. *Lo spirito delle leggi*, in ID., *Tutte le opere (1721-1754)*, Bompiani (a cura di D. Felice; ed. or. 1748).

PETRONE I. 1895. *La fase recentissima della filosofia del dritto in Germania: analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza*, Spoerri.

PETRUCCIANI S. 2003. *Modelli di filosofia politica*, Einaudi.

PISAPIA G.D. 1964. *Presentazione*, in BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Giuffrè, III-XXX.

PORRET M. 2013. *Beccaria*, Il Mulino (ed. or. 2003).

ROMAGNOLI S. 1993. Dei delitti e delle pene *di Cesare Beccaria*, in ASOR ROSA A. (ed.), *Letteratura italiana. Le Opere*. Vol. 2. *Dal Cinquecento al Settecento*, Einaudi, 1121 ss.

ROSSIGNOLI G. 1894. *Leone XII, la democrazia e le dottrine politiche di S. Tommaso*, in «*La scuola cattolica e la scienza italiana*», 7, 1894, 231 ss.

SALVATORELLI L. 1942. *Il pensiero politico italiano. Dal 1700 al 1870*, Einaudi.

TOMÁS Y VALIENTE F. 1982. *Introducción*, in BECCARIA C., *De los delitos y de las penas*, Aguilar, 9 ss.

VENTURI F. 1963. *"Socialista" e "socialismo" nell'Italia del Settecento*, in «Rivista storica italiana», 75, 1963, 129 ss.

VENTURI F. 1970. *Utopia e riforma nell'Illuminismo*, Einaudi.

IL PUZZLE DEI DIRITTI INDISPONIBILI

GIORGIO **PINO**

&dq

Il puzzle dei diritti indisponibili

The Puzzle of Inalienable Rights

GIORGIO PINO

Professore di Filosofia del diritto, Università Roma Tre.
E-mail: giorgio.pino@uniroma3.it

ABSTRACT
Che cosa è un diritto indisponibile? E può un diritto essere indisponibile? A queste domande il saggio cerca di rispondere impiegando un apparato concettuale di tipo hohfeldiano, in primo luogo; e in secondo luogo, utilizzando la presunta categoria dei diritti indisponibili come banco di prova per la teoria della volontà e la teoria dell'interesse.

What is an inalienable right? Can a right be inalienable? This article seeks the answers to these questions, in the first place, by employing a hohfeldian-type conceptual apparatus. Secondly, it uses the supposed category of inalienable rights as a test-case for the will theory and the interest theory of rights.

KEYWORDS
diritti soggettivi, diritti indisponibili, W.N. Hohfeld, teoria della volontà, teoria dell'interesse

fundamental rights, inalienable rights, W.N. Hohfeld, will theory, interest theory

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Il puzzle dei diritti indisponibili

GIORGIO PINO

1. *Il problema* – 2. *Chiarimenti preliminari* – 3. *L'apparato hohfeldiano–in breve* – 3.1. *I diritti indisponibili alla luce di un apparato concettuale di tipo hohfeldiano* – 4. *I diritti indisponibili* – 5. *I diritti indisponibili e le teorie dei diritti*.

1. *Il problema*

Che cosa è un diritto indisponibile, o inalienabile? Ed è possibile che un diritto sia tale?

Queste domande possono sembrare ingenue, o inutilmente provocatorie: in fondo, in moltissimi sistemi giuridici contemporanei la categoria dei diritti inalienabili o indisponibili è ampiamente conosciuta. L'indisponibilità è considerata come un aspetto, un profilo specifico dell'inviolabilità, la quale è a sua volta la forma più alta di protezione dei diritti (ad essere inviolabili sono i diritti *fondamentali*, i diritti più importanti). In generale, l'*inviolabilità* di un diritto consiste nella capacità di resistenza di quel diritto verso interferenze provenienti da altri soggetti o dallo Stato: un diritto inviolabile è un diritto che non può essere azzerato neanche con un provvedimento di rango legislativo (e, secondo un certo modo di vedere, neanche in via di revisione costituzionale)[1]. L'*indisponibilità*, per parte sua, protegge i diritti in un certo senso *verso il titolare stesso* del diritto in questione: un diritto indisponibile è un diritto di cui il titolare non si può privare, nemmeno volontariamente.

Tuttavia, anche se la categoria dei diritti indisponibili si presenta come un dato ampiamente acquisito in molti ordinamenti giuridici, e come una ovvietà per il giurista positivo[2], è noto che non tutte le teorie dei diritti dispongono delle risorse necessarie per offrire una concettualizzazione soddisfacente della categoria dei diritti indisponibili: in particolare, per almeno un filone di pensiero nella teoria dei diritti – la cd. *will theory* (o teoria della volontà, o teoria della scelta) – la categoria dei diritti inalienabili è problematica, o addirittura non è concettualmente configurabile: infatti se – come vuole la *will theory* – un diritto serve a proteggere un ambito di libera scelta del suo titolare, allora non è pensabile un diritto di cui il titolare non possa liberarsi, di cui non possa liberamente disporre. E proprio questa incapacità di rendere conto della categoria dei diritti indisponibili è spesso indicata come una prova, o quantomeno un sintomo, della superiorità della teoria rivale, e cioè la *interest theory* (o teoria dell'interesse, o teoria del beneficio): poiché la *interest theory* è in grado – si dice – di concettualizzare i diritti indisponibili propriamente come diritti, al contrario della *will theory* che non ne è capace, ciò dimostra, o quantomeno suggerisce, la superiorità della prima sulla seconda[3].

Il mio sospetto, però, (un sospetto che giustifica in particolare la seconda domanda con cui si è aperto questo saggio) è che la categoria dei diritti inalienabili sia in realtà problematica anche per un sostenitore della *interest theory*: forse, nel concetto di diritto (diritto soggettivo) c'è qualcosa che rende incongrua, problematica, la nozione di diritto inalienabile o indisponibile, anche se si assume – come peraltro fa l'autore di questo saggio – una generale preferibilità della teoria dell'interes-

* Ringrazio Fabrizio Mastromartino per i suoi commenti ad una versione precedente di questo saggio.

[1] Per la precisione, quella riferita nel testo è la dimensione "difensiva" dell'inviolabilità; a questa va aggiunta anche una dimensione "espansiva", che impegna i poteri pubblici a proteggere e realizzare quanto più possibile il diritto in questione. Su questi sensi di "inviolabilità", v. PINO 2017, 157 ss.

[2] Ad esempio, per i giuristi italiani è del tutto scontato qualificare i diritti della personalità come diritti "inalienabili", "indisponibili", "intrasmissibili" (si tratta di una qualificazione puramente dogmatica, che non proviene da puntuali formulazioni legislative). E il diritto positivo italiano conosce molti casi di diritti indisponibili, ad esempio in materia di rapporti di lavoro o di rapporti di famiglia.

[3] Questa linea di argomentazione è seguita anche in PINO 2010, 89-90.

se rispetto alla teoria della scelta. Questo saggio intende esplorare esattamente questo punto.

Procederò in questo modo. Dopo aver introdotto alcuni chiarimenti preliminari sul senso della domanda a cui cerco di rispondere (§ 2), proverò ad analizzare la categoria dei diritti indisponibili impiegando un apparato concettuale di tipo hohfeldiano (§ 3). Proporrò poi (se non una soluzione, quantomeno) un possibile inquadramento teorico per il puzzle dei diritti indisponibili (§ 4). Concluderò infine con alcune riflessioni provvisorie sull'alternativa tra teoria della volontà e teoria dell'interesse, e sul modo in cui la questione dei diritti indisponibili suggerisce di ripensarla (§ 5).

2. *Chiarimenti preliminari*

Tre chiarimenti preliminari sono opportuni.

Il primo chiarimento è che la questione che qui intendo discutere è una questione concettuale, non una questione normativa, sostanziale. Mi voglio chiedere che cosa significa (e se sia possibile) che un diritto sia indisponibile, non se sia (moralmente, o politicamente) giusto o sbagliato che esistano diritti indisponibili. È oggetto di discussione se sia possibile praticare un approccio puramente concettuale ai diritti – se possa esistere una teoria diritti del tutto scevra da valutazioni sostanziali, etico-politiche[4]; ed è possibile che la distinzione tra le valutazioni "epistemiche" richieste da una teoria dei diritti (come da una qualunque impresa intellettuale di tipo conoscitivo), da una parte, e le valutazioni sostanziali proprie di una ideologia etico-politica o comunque di una teoria etica sostanziale, dall'altra, finisca per essere inevitabilmente precaria, non sempre chiarissima. Tuttavia, in linea di massima una cosa è chiedersi cosa è un diritto, altra cosa è chiedersi quali diritti dovremmo avere: valutazioni possono ben essere richieste per rispondere ad entrambe queste domande, ma non è detto che si tratti di valutazioni *dello stesso tipo*. Inoltre, una cosa è, in ipotesi, negare che diritti indisponibili siano concettualmente possibili; altra cosa è ammettere che diritti indisponibili siano concettualmente possibili, ma che tuttavia non dovrebbero essere ospitati in un sistema giuridico (o in una teoria morale) che voglia ispirarsi a certi valori etico-politici, ad esempio di tipo liberale.

Ebbene, è questo il tipo di domanda che mi sto ponendo: mi sto chiedendo se nell'idea di diritto indisponibile vi sia qualcosa di concettualmente incongruo, qualcosa che non quadra rispetto al nostro modo (o comunque ad un modo ampiamente plausibile) di concettualizzare la nozione di diritto soggettivo. Quello che qui mi interessa non è difendere la superiorità di una certa posizione etico-politica rispetto a un'altra (ad esempio, la superiorità di un'etica liberale rispetto a qualche forma di paternalismo); piuttosto, intendo esplorare in che senso, e se, si possa affermare che un diritto sia indisponibile – ovvero, in che senso, e se, si possa affermare che un soggetto, che si trovi in una situazione di "indisponibilità" con riferimento ad alcune sue posizioni normative, sia comunque *realmente* titolare di un "diritto" su quelle posizioni.

Il secondo chiarimento è che finora ho parlato (e nel seguito del saggio continuerò a parlare), indifferentemente, di diritti "inalienabili" e di diritti "indisponibili". A rigor di termini, però, queste due espressioni non sono esattamente sinonime. Un diritto indisponibile è un diritto di cui il suo titolare non può "spogliarsi", un diritto a cui il suo titolare non può "rinunciare" (metto questi verbi tra virgolette perché li sto qui usando in un senso atecnico, intuitivo: più avanti vedremo quale possa essere una loro più precisa concettualizzazione). Di contro, un diritto inalienabile è (etimologicamente) un diritto la cui titolarità non può essere trasferita con un atto di autonomia privata da un soggetto ad un altro soggetto (cosa che, in effetti, può anche essere considerata come una specifica modalità di "spogliarsi" di un diritto, ma non esattamente di "rinunciare" ad un diritto): se Tizio è titolare di un diritto inalienabile D, egli non può validamente

[4] Lo negano ad esempio ad es. (con diversi gradi di intensità) KRAMER 1998, 79 ss.; BACCELLI 2008; ELEFTHERIADIS 2008, 10-15.

trasferire (vendere, donare, lasciare in eredità...) la titolarità di D a Caio[5]. L'inalienabilità, dunque, è un caso particolare di indisponibilità.

Nonostante queste differenze, userò qui "inalienabilità" e "indisponibilità" in maniera sostanzialmente intercambiabile: sia perché nella letteratura teorico-giuridica questo uso pur lievemente impreciso è assai frequente[6], sia perché lo specifico problema di cui intendo discutere in questo saggio si presenta in maniera identica tanto per l'inalienabilità quanto per l'indisponibilità.

Il terzo chiarimento preliminare è che in questo saggio farò riferimento solo ai diritti giuridici, ai diritti riconosciuti da norme di diritto positivo. Nelle teorizzazioni sui diritti soggettivi, molte questioni sono riferibili indistintamente ai diritti giuridici e ai diritti morali (o anche a diritti di altro tipo). Molte, ma non necessariamente tutte. Ebbene, in questo saggio mi occuperò dichiaratamente ed esclusivamente di diritti giuridici, lasciando del tutto inesplorata la questione se l'analisi qui condotta sia riferibile, senza residui, anche ai diritti morali.

3. *L'apparato hohfeldiano – in breve*

Come anticipato, per esaminare il concetto di diritto indisponibile seguirò innanzitutto una linea di analisi dei diritti soggettivi basata sulla griglia concettuale elaborata, nelle prime decadi del XX secolo, dal giurista americano Wesley Newcomb Hohfeld[7]. (In quel che segue, non si troverà una esposizione strettamente esegetica del pensiero di Hohfeld; piuttosto, mi ripropongo di usare le categorie originariamente individuate da Hohfeld, sviluppandole in direzioni ulteriori e talvolta già esplorate nella teoria contemporanea dei diritti).

Come noto, Hohfeld scompone il concetto di diritto soggettivo in alcune, distinte posizioni giuridiche elementari, esattamente definite: pretesa (*claim*), libertà (*liberty*, *privilege*), potere (*power*), immunità (*immunity*). Quando si parla di un diritto soggettivo, dunque, ci possiamo trovare in presenza di una di queste posizioni elementari, o di una loro combinazione più o meno complessa. Per la precisione, Hohfeld sostiene che solo i diritti-pretese possano essere legittimamente chiamati "diritti", mentre le altre posizioni soggettive si potrebbero chiamare diritti solo in un senso ampio e generico[8]. Per parte mia, qui riferirò "diritto" ad una qualunque delle posizioni hohfeldiane sopra menzionate (o loro combinazioni), e dunque parlerò di diritti (che sono) pretese, di diritti (che sono) libertà, ecc. Inoltre, anche se Hohfeld non è molto chiaro al riguardo, assumerò che mentre ogni discorso in termini di diritti soggettivi coinvolge almeno una posizione hohfeldiana (una pretesa, una libertà, un potere, una immunità), non è vero anche l'inverso: non sempre una di queste posizioni hohfeldiane costituisce di per sé un diritto soggettivo (questo punto diverrà più chiaro più avanti in questo paragrafo).

[5] Si noti che alcuni diritti inalienabili *inter vivos* sembrerebbero essere trasmissibili *mortis causa*: per il diritto italiano, ad esempio, alcuni diritti della personalità, come il diritto alla reputazione e il diritto alla protezione dei dati personali, pur essendo inalienabili *inter vivos*, per legge si trasmettono agli eredi del titolare del diritto (come dimostra la possibilità che questi ultimi agiscano per il risarcimento del danno). Queste situazioni, però, potrebbero essere ricostruite come trasmissioni ereditarie non della titolarità del diritto, ma piuttosto della possibilità di attivarsi a tutela di un diritto (la cui titolarità rimane in capo alla persona defunta).

[6] Peraltro, nella lingua inglese (in cui si svolge gran parte del dibattito contemporaneo sulla teoria dei diritti) l'espressione *inalienable right* copre indifferentemente entrambe le nozioni indicate nel testo, e può inoltre riferirsi anche a ciò che può essere chiamato genericamente "diritto inviolabile". Una certa insoddisfazione verso questo uso linguistico è avvertita ad es. da FEINBERG 1978, 111 s.

[7] HOHFELD 1913; HOHFELD 1917. I due articoli di Hohfeld sono poi stati raccolti, con alcune modifiche, in un volume che ha lo stesso titolo del secondo (HOHFELD 1923). Sull'analisi hohfeldiana dei diritti soggettivi si possono utilmente consultare ROSS 1965, 151-159; FINNIS 1972 (ma solo relativamente a pretesa e libertà, e concetti correlativi); FINNIS 1980, 199-202; FEINBERG 1973, 55-59; WALDRON 1984, 5-8; ALEXY 2012, 230-239; KRAMER 1998, spec. 7-60, 101-111; CELANO 2013, 25-38; EDMUNDSON 2004, cap. 5; PINO 2010, cap. 4; PINO 2013; GUASTINI 2011, 92-98.

[8] Cfr. HOHFELD 1913, 30, 36.

Dopo aver individuato le singole posizioni soggettive elementari (pretesa, libertà, potere, immunità), Hohfeld individua per ciascuna di esse sia la posizione che ne rappresenta la *negazione*, sia la posizione *correlativa*.

La negazione di una posizione hohfeldiana è un'altra posizione hohfeldiana, il cui contenuto è il contraddittorio, in senso logico, della prima: è cioè la situazione normativa rappresentata dall'assenza della posizione hohfeldiana rilevante. La negazione di una pretesa è dunque una non-pretesa; la negazione di una libertà è un dovere (o obbligo: userò questi due termini, e loro derivati, come sinonimi); la negazione di un potere è l'incompetenza (assenza di potere); la negazione dell'immunità è la soggezione.

La posizione correlativa è invece un'altra posizione hohfeldiana, che è logicamente implicata da ciascuna posizione hohfeldiana di partenza: la "controparte", per così dire, che si accompagna *per definizione* a quella posizione, e la segue come un'ombra: se c'è una certa posizione hohfeldiana, allora ci sarà necessariamente (*di solito* in capo ad un altro soggetto) la posizione correlativa. Così, il correlativo della pretesa è il dovere; il correlativo della libertà è il non-diritto (cioè una non-pretesa); il correlativo del potere è la soggezione; il correlativo dell'immunità è l'incompetenza (o non-potere). Il rapporto tra ciascuna posizione hohfeldiana e la sua posizione correlativa è puramente definitorio: se c'è una pretesa allora c'è necessariamente anche un dovere; se c'è un potere allora c'è necessariamente anche una soggezione; e così via. Si noti bene: se si accettano le definizioni hohfeldiane, non è possibile *logicamente* che vi sia una certa posizione hohfeldiana e non anche il suo correlativo.

Per comodità, si può tenere sott'occhio questo schema riepilogativo.

Diritto	Correlativo	Negazione
pretesa	dovere	non-pretesa
libertà	non-pretesa (che non)	dovere (di non)
potere	soggezione	non-potere
immunità	non-potere	soggezione

Così, la *pretesa* consiste nel fatto che un soggetto (diverso dal titolare della pretesa) è tenuto ad un comportamento (attivo, oppure omissivo), nei confronti del titolare della pretesa stessa. Ciò che definisce una pretesa è dunque la presenza di un dovere, a carico di un altro soggetto, di compiere (oppure, a seconda dei casi, di non compiere) l'azione che costituisce il contenuto della pretesa. Se Tizio ha una pretesa a che Caio faccia qualcosa, allora Caio ha il dovere (verso Tizio) di fare quella cosa. Se Tizio ha una pretesa a che Caio non faccia qualcosa, allora Caio ha un dovere (verso Tizio) di non fare quella cosa. Come si sarà notato, il titolare di una pretesa (nel nostro esempio, Tizio) non fa niente per godere del suo diritto: egli semplicemente si limita a ricevere (o meglio: ad avere il diritto di ricevere) una prestazione da Caio; questa prestazione può consistere nel fatto che Caio faccia qualcosa (ad esempio, che gli consegni una somma di denaro, o che svolga una attività lavorativa, ecc.), oppure che non faccia qualcosa (ad esempio, che non interferisca con qualche attività di Tizio). A rigor di termini, dunque, una pretesa *non si esercita*: semmai, può solo venire *soddisfatta* – una pretesa ha come oggetto non qualcosa che si fa, ma che si riceve.

La *libertà* è la possibilità da parte del suo titolare di fare qualcosa, oppure (disgiuntamente) la possibilità di non fare qualcosa. La libertà ha come correlativo un non-diritto, e come negazione un dovere. Più precisamente, la libertà di fare qualcosa ha come correlativo un non-diritto a che *non venga fatta* l'azione che è oggetto della libertà, e come negazione il dovere *di non fare* quell'azione. Se Tizio ha la libertà di fare X, allora (correlativo) Caio non ha la pretesa che Tizio non faccia X, né (contraddittorio) Tizio ha il dovere di non fare X. Di contro, la libertà di

non fare qualcosa ha come correlativo un non-diritto a che *venga fatta* l'azione che è oggetto della libertà, e come negazione il dovere *di fare* quell'azione. Se Tizio ha la libertà di non fare X, allora (correlativo) Caio non ha la pretesa che Tizio faccia X, né (contraddittorio) Tizio ha il dovere di fare X. Diversamente dalla pretesa, dunque, nel caso della libertà l'oggetto del diritto è una condotta del titolare del diritto: una libertà si esercita.

Il *potere* è la possibilità, da parte del suo titolare, di modificare una posizione giuridica altrui, o anche una propria posizione giuridica. Un potere è dunque una posizione giuridica "di secondo grado", un meta-diritto, perché ha ad oggetto l'istituzione, il cambiamento o l'estinzione di altre posizioni giuridiche. Tizio ha un potere nei confronti di Caio se può alterare la situazione giuridica di Caio (estinguere un suo dovere, ad esempio, oppure crearne uno), e in tal caso Caio si trova in una situazione di soggezione nei confronti di Tizio. Un potere può incidere su qualunque tipo di posizione soggettiva: dunque un potere può creare, modificare o estinguere pretese, o libertà; ma può anche incidere (creandoli, modificandoli o estinguendoli) su altri poteri, o su immunità. Inoltre, le posizioni giuridiche create, modificate o estinte per mezzo dell'esercizio di un potere possono ovviamente ricadere sul titolare stesso del potere: un potere può essere esercitato su sé stessi (si può avere il potere di cambiare la propria situazione giuridica).

L'*immunità* consiste nella impossibilità di incidere su (istituire, modificare, estinguere) una posizione soggettiva del titolare dell'immunità stessa. Se Tizio ha una immunità relativamente a una posizione giuridica X, ciò vuol dire che X non può essere oggetto di modifica. L'immunità può essere nei confronti di specifici soggetti, o nei confronti di un numero indeterminato di soggetti (verso "tutti"). L'immunità può anche essere diretta verso il titolare del diritto: in questo caso, lo stesso titolare di una posizione giuridica X non può modificare X. Come il potere, anche l'immunità è una posizione giuridica di secondo grado, perché ha ad oggetto non comportamenti materiali, ma posizioni giuridiche. Come la pretesa, inoltre, l'immunità è un diritto di cui semplicemente si gode, non un diritto che viene esercitato. Il titolare di una immunità non fa niente, semplicemente viene protetto nella sua sfera giuridica.

Questa ricostruzione della nozione di diritto soggettivo è, entro certi limiti, una stipulazione. L'aspetto stipulativo dell'apparato hohfeldiano risiede soprattutto nella circostanza che i rapporti tra le posizioni soggettive che si trovano nelle varie righe della tabella sono istituiti da una definizione – è vero *per definizione*, e non empiricamente, che ad una pretesa corrisponda un obbligo ecc. Al tempo stesso, però, non si può dire che la terminologia impiegata da Hohfeld sia *interamente* stipulativa: in effetti, non sembra molto lontano dagli usi comuni ricondurre il concetto di diritto ad una delle posizioni individuate da Hohfeld nella colonna di sinistra della tabella (o ad una loro combinazione, come vedremo tra poco).

Prima di passare ad esaminare il concetto di diritto indisponibile alla luce di questo quadro concettuale, è opportuno richiamare l'attenzione su alcuni punti importanti dell'analisi hohfeldiana (o comunque, di una analisi dei diritti soggettivi basata sull'apparato hohfeldiano).

In primo luogo, da un punto di vista logico, le singole posizioni hohfeldiane sono legate *solo* dagli specifici rapporti di correlatività di volta in volta visti sopra. Al di fuori di questi rapporti di correlatività, le posizioni hohfeldiane sono separabili, quantomeno da un punto di vista logico.

Così, è abbastanza ovvio pensare che una pretesa si accompagni a qualche forma di controllo sull'oggetto della pretesa: se ho il diritto(-pretesa) di ricevere X, normalmente ho anche la libertà di decidere se ricevere X o no, e il potere di rinunciare a ricevere X. Tuttavia, *da un punto di vista logico*, una pretesa è legata solo ad un dovere, ma non anche ad una libertà o ad un potere: ciò vuol dire che Tizio può avere una pretesa verso Caio (il quale dunque ha, logicamente, un dovere verso Tizio), ma al contempo è possibile che Tizio non abbia anche la libertà di rinunciare all'adempimento del dovere da parte di Caio[9], né la libertà di impedire che Caio non ottemperi al suo dovere[10], o la libertà

[9] Ad esempio, il creditore – che ha un diritto-pretesa all'adempimento della prestazione – non può (= non ha la

di sollecitare Caio ad adempiere il proprio dovere[11], né il potere di cancellare il dovere di Caio[12].

Parimenti, è abbastanza ovvio pensare che una libertà di fare X si accompagni a una libertà di non fare X, e altresì alla pretesa che terzi non interferiscano con il fare/non fare X. Tuttavia, *da un punto di vista logico*, una libertà hohfeldiana è solo una libertà "unilaterale": è *solo* una libertà di fare X, oppure *solo* una libertà di non fare X; una libertà "bilaterale", che abbia come contenuto la possibilità di fare X e al contempo anche la possibilità di non fare X, è invece la congiunzione di due distinte posizioni hohfeldiane (la congiunzione di due libertà). Inoltre, Tizio può avere la libertà di fare X (e dunque Caio non ha la pretesa che Tizio non faccia X), ma al contempo è logicamente possibile che Tizio non abbia la pretesa che Caio non interferisca con la sua libertà di fare X[13].

Infine, è possibile avere un potere, e non avere la libertà di esercitarlo: si tratterebbe, dunque, di un potere che è vietato esercitare[14].

Tutto ciò vuol dire che le singole posizioni hohfeldiane sono da intendersi non tanto come diritti "completi", ma piuttosto come gli elementi *minimi* di un diritto: è certamente possibile (concepibile) che un diritto si presenti allo stadio minimale di singola posizione hohfeldiana (un micro-diritto), ma di fatto è ben più frequente che un diritto si presenti come un aggregato più o meno complesso di diverse posizioni hohfeldiane (un macro-diritto).

In secondo luogo, le singole posizioni hohfeldiane possono trovarsi non solo le une *accanto* alle altre, o sommate alle altre (in un macro-diritto), ma anche le une *dentro* le altre. Questo è evidente già per le posizioni hohfeldiane di secondo grado (potere, immunità), che come abbiamo visto hanno ad oggetto la creazione, la modifica o l'estinzione di altre posizioni hohfeldiane. Ma può accadere anche con le posizioni di primo grado. Così, una pretesa può avere ad oggetto non solo condotte materiali, ma anche il compimento (o la omissione) di atti giuridici; in altre parole, una pretesa può avere ad oggetto l'esercizio di un potere (Tizio può avere la pretesa che Caio compia, o ometta di compiere, un atto giuridico, ad esempio la stipula di un contratto, o l'adozione di un provvedimento giudiziario o amministrativo). Analogamente, una libertà può avere ad oggetto non solo condotte materiali, ma anche il compimento (o la omissione) di atti giuridici; in altre parole, una libertà può avere ad oggetto l'esercizio di un potere (Tizio può avere la libertà di stipulare un contratto, o di citare Caio in giudizio)[15].

libertà di) rifiutare l'esatto adempimento della prestazione da parte del creditore (c.d. mora del creditore, art. 1206 c.c.). In alcuni casi, il creditore non ha nemmeno la libertà di rifiutare un adempimento solo parziale della prestazione a lui dovuta (art. 1181 c.c.).

[10] Ad esempio, Tizio, proprietario del proprio giardino, ha la pretesa che Caio non usi quel giardino per parcheggiare la propria auto; ma al contempo Tizio non ha la libertà di dare fuoco all'auto di Caio se la trova parcheggiata nel suo giardino.

[11] Ad esempio, Tizio ha la pretesa di ricevere una somma da Caio, ma non ha la libertà di fare varie cose per indurre Caio ad adempiere al proprio dovere (telefonargli ripetutamente di notte per sollecitare l'adempimento, sequestrargli i figli...).

[12] Ad esempio, i figli minorenni hanno il diritto-pretesa al mantenimento verso i genitori, e non hanno il potere di cancellare il dovere correlativo che ricade su questi ultimi.

[13] Ad esempio, Tizio può avere la libertà di sedersi su una panchina nel parco, ma non ha la pretesa che Caio non interferisca con questa libertà occupando la panchina prima di lui.

[14] Si pensi al caso di un licenziamento illegittimo, che sia sanzionato solo con la corresponsione di una somma di denaro al dipendente ingiustamente licenziato (anziché con la riassunzione): questo atto di licenziamento è un potere, che effettivamente cambia la situazione giuridica del dipendente, ma è un potere che è vietato esercitare (e infatti è "punito" con l'obbligo di versare una somma a titolo risarcitorio).

[15] Così, il diritto di sposarsi può essere ragionevolmente ricostruito come l'insieme di *a*) una libertà (bilaterale) di decidere se sposarsi o no; *b*) una libertà di scegliere il partner; *c*) una libertà di esercitare un potere (il potere di richiedere all'ufficiale di stato civile la celebrazione del matrimonio); questo potere, una volta esercitato, fa nascere in capo all'ufficiale dello stato civile il dovere di celebrare il matrimonio, e dunque *d*) la correlativa pretesa in capo ai nubendi che il matrimonio sia celebrato. Il dovere in capo all'ufficiale dello stato civile, a sua volta, ha come contenuto un potere (il potere di celebrare il matrimonio, per effetto del quale cambia la condizione giuridica dei nubendi).

In terzo luogo, per aversi un diritto è *necessario*, ma non *sufficiente*, che vi sia almeno una posizione hohfeldiana, o una combinazione di esse[16]. Questo è vero sia che si adotti la prospettiva della *will theory*, sia che si adotti la prospettiva della *interest theory*[17]. Per la *will theory*, in realtà, un diritto è invariabilmente composto da una pretesa *e* da una combinazione di ulteriori posizioni (libertà, poteri) che assicurano al titolare del diritto una forma di controllo sulla soddisfazione della pretesa[18]: dunque, una pretesa conta come diritto soggettivo solo se è accompagnata da queste ulteriori posizioni hohfeldiane. Per la *interest theory*, una posizione hohfeldiana (o un insieme di posizioni hohfediane) conta come diritto soggettivo solo se è attribuita ad un soggetto per proteggere un interesse di quest'ultimo: e non sempre questo è il caso. Ad esempio, un soggetto può avere una immunità, senza che questo sia nel suo interesse (si pensi al caso in cui a certe categorie di persone non sia riconosciuta la possibilità di sposarsi: la loro condizione di "non sposati" non è soggetta a mutamento). Uno schiavo potrebbe avere numerose immunità (nessuno può fare un contratto con lui, nessuno può lasciargli beni in eredità, probabilmente non può sposarsi...), ma queste immunità non sono istituite nel suo interesse, e dunque non sono suoi diritti. Parimenti, ad un soggetto può essere attribuito un potere, senza che ciò integri un suo diritto: questo accade specialmente quando l'esercizio del potere non è oggetto di una libertà bilaterale, ma piuttosto di un obbligo o di un divieto[19].

[16] Ovviamente, mi sto riferendo alle posizioni hohfeldiane che occupano la colonna di sinistra della tabella riprodotta più sopra nel testo. (Come vedremo tra poco, questa precisazione non è del tutto ridondante: *infra*, nt. 19).

[17] Si noti che sia la *will theory* sia la *interest theory* sono in realtà famiglie di teorie, che presentano molte variazioni interne. Le tesi che indico nel testo possono essere ricondotte alle versioni standard di entrambe le teorie, ma non sono necessariamente sottoscritte da tutti i teorici dell'uno o dell'altro orientamento. Per un sintetico orientamento al dibattito, FRYDRYCH 2018.

[18] HART 1982.

[19] Alcuni teorici dei diritti hanno sostenuto che possa contare come diritto anche una *soggezione* (la possibilità che la propria condizione giuridica venga alterata da altri: la soggezione è il correlativo di un potere, e l'assenza di una immunità). Si vedano CRUFT 2004, 358-359; RAINBOLT 2006, 34-39 (dal punto di vista della *interest theory*); WELLMAN 1985, 93-94, 206-207 (dal punto di vista della *will theory*). Per una critica, v. FRYDRYCH 2017, 143-146. L'idea è che, se un diritto è in generale una posizione di vantaggio che spetta al titolare del diritto stesso, allora quantomeno in alcuni casi una soggezione realizza un vantaggio per la persona che ha la soggezione. L'esempio che si fa al riguardo è la possibilità di contrarre matrimonio: quando due persone si sposano, la loro situazione giuridica cambia (cambia il quadro delle loro pretese, libertà, poteri, ecc.), e questo è l'effetto di un potere, esercitato dall'ufficiale di stato civile, rispetto al quale i nubendi hanno una soggezione; quindi, l'avere una soggezione di questo tipo fa parte del diritto delle persone di sposarsi – se qualcuno non ha questo tipo di soggezione, non ha il diritto di sposarsi. Ma questo sembra un errore. Per un verso, includere la soggezione nel concetto di diritto (soggettivo) sembra confondere il diritto con la capacità di essere titolare di un diritto: il fatto che al compimento del diciottesimo anno di età si acquisisca lo status di maggiorenne (e dunque, il fatto che rispetto al conseguimento di questo status le persone abbiano una soggezione) è certamente il presupposto per l'esercizio di una serie di diritti, ma sembra inappropriato parlare di un diritto di acquisire lo status di maggiorenne. Per altro verso, è vero che a talune condizioni una soggezione si risolve in una posizione di vantaggio (un cambiamento della propria posizione giuridica può essere vantaggioso); ma, nuovamente, sembra una sgrammaticatura considerare automaticamente simili cambiamenti come diritti, *anche quando sono vantaggiosi*. A ben vedere, infatti, nell'ipotesi in cui alcune categorie di persone non abbiano il diritto di sposarsi è in ballo qualcosa in più dell'assenza di una soggezione: è in ballo l'assenza di una pretesa che un ufficiale di stato civile celebri il matrimonio (esercitando il potere rilevante) (v. anche *supra*, nt. 15). In questi casi, dunque, la soggezione del titolare del diritto è il riflesso di un potere che spetta ad un altro soggetto, il quale ultimo deve esercitarlo nell'interesse del titolare del diritto: dunque, il diritto in questione è in realtà una pretesa (che ha ad oggetto l'effettuazione di un potere). Si può pensare anche al caso del datore di lavoro, che può decidere discrezionalmente di promuovere un dipendente, in tal modo cambiando la condizione giuridica di quest'ultimo: così facendo il datore di lavoro ha esercitato un potere, rispetto al quale il dipendente si trova in una soggezione, e questa soggezione si può presumere essere per lui benefica (si può presumere – è ovviamente una presunzione defettibile – che un dipendente abbia interesse ad una promozione). Ma in che modo nel quadro così descritto si può dire che il dipendente abbia *un diritto* ad una promozione? Nuovamente, sarebbe più appropriato dire che il dipendente ha diritto alla promozione se, ad esempio, il datore di lavoro è obbligato a promuovere i dipendenti che sono in possesso di certi requisiti: in questo caso, il dipendente in possesso dei requisiti ha una pretesa di ricevere la promozione (la quale ultima si consegue se il datore di lavoro esercita il relativo potere).

3.1. *I diritti indisponibili alla luce di un apparato concettuale di tipo hohfeldiano*

Ebbene, che aspetto ha un diritto indisponibile alla luce di un apparato di tipo hohfeldiano? Ovviamente, tutto sta nel capire cosa significhi "disporre" di un diritto. Ebbene, mi pare che di un diritto si possa disporre essenzialmente in due modi[20].

Per un verso, "disporre" può significare rinunciare alla *titolarità* del diritto. Un diritto di cui si può disporre, in questo senso, è un diritto che, ad un certo punto, non spetta più al suo titolare in seguito ad una decisione del titolare stesso. Ciò può accadere, evidentemente, in seguito all'esercizio di un apposito potere da parte del titolare del diritto: un diritto disponibile è un diritto che include al proprio interno il potere del titolare di estinguere il diritto stesso, e una libertà bilaterale relativa all'esercizio di quel potere. Ad esempio, il titolare di un diritto di credito può decidere di liberare formalmente il suo debitore dell'obbligo di eseguire la prestazione. E il titolare di un diritto di proprietà può decidere di trasferire ad altri il proprio diritto, con una compravendita o una donazione[21]. In questi casi, l'atto di disposizione del diritto non è altro che una particolare modalità di esercizio del diritto, che si risolve in una estinzione del diritto stesso.

Per altro verso, "disporre" può significare rinunciare (non alla titolarità, ma) all'*oggetto* del diritto. Un diritto di cui si può disporre, in questo senso, è un diritto la cui titolarità almeno formalmente rimane in capo al suo titolare, ma che il titolare rinuncia ad esigere, o a far valere[22]. Questo può accadere in vari modi. Ad esempio, il titolare di un diritto-pretesa (cui corrisponde un obbligo altrui) potrebbe, *di fatto*[23], non sollecitare l'adempimento dell'obbligo, o non reagire all'inadempimento da parte del soggetto obbligato; in questo caso, il titolare del diritto-pretesa ha anche una libertà, o una serie di libertà, che fanno da contorno all'adempimento (o meglio al mancato adempimento) dell'obbligo rilevante, e che sono precisamente delle libertà di non ricevere ciò che è oggetto della pretesa (e dunque dell'obbligo altrui). Oppure, il titolare del diritto potrebbe, di fatto, rinunciare ad esercitare il potere di citare in giudizio il soggetto obbligato che non adempie al suo obbligo; in questo caso, il titolare del diritto-pretesa ha anche una libertà, o una serie di libertà, circa l'esercizio di poteri che fanno parte del macro-diritto in questione. Oppure ancora, il titolare del diritto potrebbe obbligarsi a non reagire in certi modi nel caso in cui il suo diritto venga violato: potrebbe dunque privarsi (non della titolarità del diritto, ma, ad esempio) del potere di citare in giudizio qualcuno che ha leso o potrebbe ledere il suo diritto.

Gli esempi fatti nel capoverso precedente riguardano solo diritti-pretese. Per i diritti che sono libertà bilaterali, il discorso sembrerebbe diverso. Infatti, se un diritto consiste nella libertà di fare X e di non fare X, il semplice non fare X (la rinuncia a fare X) non equivale di per sé a disporre del diritto: è, piuttosto, una specifica modalità di esercizio del diritto. Se ho il diritto di professare una fede religiosa e al contempo il diritto di non professare alcuna fede religiosa, e decido di non

[20] Come ho già chiarito, sto utilizzando la locuzione "disporre di un diritto" e derivati ("diritto disponibile", "disposizione di un diritto", ecc.) nel senso di "spogliarsi di", o "rinunciare a", un diritto. Nel linguaggio giuridico, questa locuzione è talvolta impiegata anche nel senso di "esercitare", o "godere di", o "percepire le utilità di", un diritto.

[21] Diverso è il caso della trasmissione ereditaria, in cui il titolare del diritto "dispone" della proprietà sui suoi beni, ma rimane titolare del diritto di proprietà fino al momento della morte. Per una analisi del concetto di "trasferibilità" o "alienabilità" di un diritto a partire da un approccio hohfeldiano, v. PENNER 2013.

[22] Può capitare che un "non esercizio" del diritto si risolva anche nella perdita della titolarità del diritto stesso. Questo è certamente un effetto che un ordinamento giuridico può decidere di ricollegare, a certe condizioni, al non esercizio di un diritto. Parimenti, può accadere che l'estinzione della *titolarità* del diritto passi attraverso l'estinzione dell'*oggetto* del diritto: se do fuoco a questo libro di cui sono proprietario, con il venir meno dell'oggetto del mio diritto di proprietà viene meno anche il diritto stesso. In questi casi, si verte ovviamente nella prima forma di disponibilità vista nel testo, quantomeno se il non esercizio o la distruzione dell'oggetto del diritto sono scelte volontarie del titolare del diritto.

[23] Questa precisazione intende segnalare che, in questo esempio, il titolare del diritto non si impegna a (non assume il dovere di) rinunciare a sollecitare l'adempimento ecc., ad esempio con una transazione o un altro atto di rinuncia (questo, infatti, sarebbe l'esercizio di un potere). Piuttosto, qui il titolare del diritto si limita, *di fatto*, a non dare corso ad una azione giudiziaria.

professare alcuna fede religiosa, sto semplicemente esercitando il mio diritto alla libertà religiosa. Di conseguenza, l'unico modo di disporre di un diritto che è una libertà bilaterale sembra consistere, in ipotesi, solo nel privarsi della sua titolarità. Tuttavia, anche i diritti-libertà si presentano spesso accompagnati a pretese, le quali di solito fungono da perimetro protettivo al godimento del diritto: di solito si tratta di pretese "negative" di non interferenza all'esercizio della libertà (ma possono anche essere pretese "positive", di collaborazione all'esercizio del diritto)[24]. Ebbene, un modo di disporre di una libertà bilaterale potrebbe consistere nel non reagire (nei vari modi esemplificati sopra) alla mancata soddisfazione di queste pretese negative o positive da parte di un soggetto su cui ricade qualcuno degli obblighi corrispondenti. In effetti, il non reagire in alcun modo a possibili interferenze sull'esercizio della propria libertà religiosa potrebbe certamente essere descritto come un modo di rinunciare ad esercitare la propria libertà religiosa, anziché semplicemente come un modo di esercitare "in negativo" la propria libertà religiosa.

Specularmente, dunque, un diritto è *indisponibile* se:

a) il titolare del diritto non può privarsi della titolarità del diritto stesso. Qui il "non può" designa una assenza di potere: il titolare non ha un potere di privarsi della titolarità del diritto. Questo è, tra le altre cose, un non-potere verso sé stessi: ciò vuol dire che il titolare del diritto ha simultaneamente anche una immunità (verso sé stesso). Oppure

b) il titolare del diritto non può rinunciare a ricevere la prestazione che gli è dovuta (l'oggetto del diritto) nel nucleo del diritto o nel suo perimetro protettivo. Qui il "non può" designa una assenza di libertà: o come libertà di compiere atti materiali, o come libertà di esercitare un potere. Dunque, il titolare di un diritto indisponibile non ha la libertà di non reagire all'inadempimento dell'obbligo (nei vari modi esemplificati sopra); verosimilmente, non può neanche rifiutarsi di ricevere la prestazione da parte del soggetto obbligato, quantomeno nel senso che non ha la libertà di impedire che il soggetto obbligato effettui la prestazione dovuta.

Ad esempio, il diritto alle ferie[25]: se il diritto alle ferie è inteso come indisponibile nel primo senso (indisponibilità della titolarità del diritto), allora il lavoratore non può (non-potere, immunità) privarsi del diritto di andare in ferie, e dunque non può sollevare il datore di lavoro dall'obbligo di concedergli le ferie ad esempio sottoscrivendo una clausola contrattuale in tal senso; se è inteso nel secondo senso (indisponibilità dell'oggetto del diritto), allora il lavoratore non ha la libertà di non andare in ferie, e non ha la libertà di non reagire (nei vari modi esemplificati sopra) all'eventualità che il datore di lavoro non gli conceda le ferie. Oppure, il diritto all'astensione dal lavoro per maternità: se è inteso nel primo senso (indisponibilità della titolarità del diritto), allora la lavoratrice non può (non-potere, immunità) privarsi del diritto in questione; se è inteso nel secondo senso (indisponibilità dell'oggetto del diritto), allora la lavoratrice non ha la libertà di non andare in astensione per maternità, e non ha la libertà di non reagire (nei vari modi esemplificati sopra) all'eventualità che il datore di lavoro non le conceda l'astensione per maternità.

4. *I diritti indisponibili*

Facciamo il punto. Nel discorso dei giuristi, è normalmente accettata la possibilità che esistano diritti indisponibili (diritti di cui il titolare non può spogliarsi, nemmeno volontariamente). Alla base della qualificazione di un diritto come indisponibile possono esserci diverse ragioni: di solito sono ragioni che hanno a che fare con la capacità di giudizio del titolare del diritto (minori, infermi di mente), o con la possibilità che il titolare del diritto, pur pienamente capace di agire,

[24] Sulla distinzione tra "nucleo" e "perimetro protettivo" di un diritto, v. PINO 2013, 237-238; PINO 2017, 91-93.

[25] Questo esempio mi è stato suggerito dalla lettura di MANIACI 2014.

si possa trovare in una situazione di vulnerabilità economica o sociale tale da far presumere che una sua rinunzia ad un certo diritto non sia perfettamente libera (diritti del lavoratore). A volte, il diritto in questione è semplicemente molto importante, e non sembra una buona idea permettere alle persone di privarsene (non ci piace un mondo in cui le persone possano vendersi in schiavitù, o possano vendere i propri organi). Altre volte ancora, l'indisponibilità deriva da una convergenza dell'interesse del titolare del diritto e di un interesse generale (il diritto di voto è indisponibile non solo perché votare liberamente è nell'interesse del titolare del diritto, ma anche perché un regime di disponibilità del voto sarebbe esiziale per la democrazia).

Applicando uno schema di analisi di tipo hohfeldiano, è emerso che un diritto indisponibile è un diritto in cui è presente o una immunità (un non-potere), che il titolare del diritto ha verso sé stesso riguardo alla titolarità del diritto, o una non-libertà che il titolare del diritto ha riguardo all'oggetto del diritto. E qui, però, le cose iniziano a diventare un po' strane. Non tanto per quanto riguarda l'immunità, che è certamente un diritto (anche se in questo caso è una immunità verso sé stessi, e dunque è anche un non-potere: e cioè, sotto quest'ultimo aspetto, è anche *la negazione* di un diritto). Ma soprattutto per quanto riguarda la non-libertà (l'assenza di libertà di rinunciare all'oggetto del diritto): infatti, basta riguardare velocemente la tabella delle posizioni hohfeldiane (*supra*, § 3) per accorgersi che una non-libertà, cioè la negazione di una libertà, è nient'altro che un dovere. Il titolare di un diritto-pretesa indisponibile *deve* accettare la prestazione che gli è dovuta, quantomeno se la nozione di indisponibilità è intesa, qui, come assenza della libertà di rinunciare all'oggetto del diritto (assenza di libertà di rifiutare l'adempimento e, *a fortiori*, di non reagire all'inadempimento). Seguendo l'idea di diritto indisponibile, e scomponendola nei suoi elementi costitutivi, siamo arrivati a fare una rotazione a 180 gradi: quello che ricade sul titolare di un diritto indisponibile è, almeno in parte, un dovere (oltre che un non-potere).

Ora, come abbiamo visto, nello schema hohfeldiano è logicamente possibile che una pretesa *non* sia accompagnata da una libertà di non esigere la pretesa stessa, o dalla libertà di rifiutare l'adempimento, o dalla libertà di sollevare il debitore dalla sua prestazione. Una situazione di questo tipo non è logicamente autocontraddittoria. Ma certamente ne viene fuori qualcosa di incongruo, qualcosa che non è affatto scontato possa essere ancora descritta come un diritto soggettivo. Come si può concettualizzare tutto questo? In che modo si può rendere conto di questo nodo concettuale? Ed è possibile riscattare i diritti indisponibili da questa situazione paradossale, da questo sospetto di aporia? Mi pare che siano possibili, qui, almeno tre ipotesi.

1) Una prima ipotesi è che, quando si parla di diritti indisponibili, ciò che è in ballo è, in realtà, un dovere, puramente e semplicemente. La categoria dei diritti indisponibili è, se presa puramente alla lettera, una categoria vuota, perché in realtà è occupata (non da diritti, ma) da doveri. E in questi casi parliamo di diritti solo per sfruttare la carica retorico-persuasiva della nozione di "diritto": i diritti ci piacciono, i diritti sono cose importanti e benefiche, e dunque – poiché i doveri in questione proteggono cose importanti, talvolta molto importanti – applichiamo l'etichetta di "diritti" a cose che in realtà sono doveri. L'attrattiva della parola "diritto", così, è sfruttata per occultare, o rendere meno evidente, o più accettabile, la sottrazione di una sfera di autonomia dalla persona su cui ricade il presunto diritto, per indorare la pillola di quello che in realtà è un dovere. Una truffa delle etichette, insomma.

2) Una seconda ipotesi è che i diritti indisponibili sono veri e propri diritti, anche se includono doveri a carico del titolare del diritto. Semplicemente, una adeguata ricostruzione dei diritti indisponibili richiede di dotarsi di una teoria dei diritti più ampia e comprensiva rispetto a quelle in circolazione (e di sicuro rispetto a quella hohfeldiana)[26]: una teoria, in particolare, che consenta di includere nel concetto di diritto (soggettivo) anche i doveri, e che consenta di distingue-

[26] Le teorie che includono anche la "soggezione" nel concetto di diritto soggettivo (*supra*, nt. 19) sono un esempio di un approccio di questo tipo.

re i diritti-doveri dai doveri "puri". E d'altronde, si è rivelato piuttosto arduo identificare quali caratteristiche esattamente permettano di distinguere un "diritto" da un "dovere" (e dunque quali caratteristiche consentano di stabilire esattamente perché un dovere debba essere considerato come qualcosa di nettamente eterogeneo rispetto ad un diritto)[27]. Dunque, non si può escludere categoricamente la possibilità di una ricostruzione concettuale che riesca ad unificare sotto qualche aspetto diritti e doveri, o meglio a ricondurre anche i doveri, o alcuni tipi di doveri, alla categoria del diritto soggettivo. Tuttavia, una simile teoria "ampliata" dei diritti non mi pare che sia stata finora elaborata e, ove venisse elaborata, dovrebbe superare il notevole ostacolo di sovvertire quello che è un vero e proprio punto fermo, sia in filosofia sia nel senso comune: che un diritto non è un dovere, e viceversa (anzi, l'uno è qualcosa di speculare all'altro).

3) Una terza ipotesi è che un diritto indisponibile, per poter essere ancora qualificabile come diritto (e non come dovere), deve essere indisponibile solo rispetto alla *titolarità*, ma non anche rispetto all'*oggetto* (supra, § 3.1). Il titolare di un diritto indisponibile, in questo senso, non ha il potere di rinunciare alla titolarità del diritto; e un non-potere verso sé stessi, come sappiamo, è allo stesso tempo una immunità, che è un tipo di diritto. Allo stesso tempo, il titolare del diritto indisponibile, in questo senso, non ha anche l'obbligo di godere del diritto stesso: conserva una libertà bilaterale di percepire o no la prestazione che è oggetto del diritto, di reagire o no all'inadempimento del soggetto obbligato, ecc. Un diritto indisponibile *in questo senso*, dunque, non ha niente di paradossale perché è un diritto che non pone doveri al titolare del diritto.

A mio modo di vedere, questa terza ipotesi è la sola ricostruzione teorica che riesca a configurare in maniera non paradossale la categoria dei diritti indisponibili. Questo inoltre può rendere conto del fatto che la natura indisponibile dei diritti fondamentali, perentoriamente ribadita dai giuristi, non venga scalfita dalla circostanza che molte forme di "disposizione" dei diritti fondamentali sono in realtà ampiamente praticate e solitamente considerate lecite[28].

5. *I diritti indisponibili e le teorie dei diritti*

I diritti indisponibili sono stati spesso usati come banco di prova per le teorie dei diritti.

Così, alcuni teorici della *will theory* (secondo cui un diritto protegge un ambito di scelta riservato al titolare del diritto) hanno dovuto ammettere che la loro teoria non è concettualmente attrezzata per rendere conto dei diritti indisponibili, e che pertanto soffre di una grave limitazione come teoria *generale* dei diritti[29]; oppure, hanno cercato di dimostrare che, nonostante le apparenze, anche dal punto di vista della *will theory* è possibile rendere conto dei diritti indisponibili[30]; oppure, hanno espressamente affermato che non possono esistere (concettualmente) diritti indisponibili[31].

Di contro, i teorici della *interest theory* (secondo cui un diritto serve a proteggere un certo interesse, cioè un aspetto del benessere, del titolare del diritto) hanno solitamente dato per scontato che possano concettualmente esistere diritti indisponibili: un diritto è indisponibile quando protegge un interesse talmente importante da richiedere una protezione anche nei confronti dello stesso titolare del diritto[32]. Questa maggiore capacità esplicativa è stata spesso rivendicata dai

[27] Si veda in proposito l'analisi, dichiaratamente priva di conclusioni, svolta in CRUFT 2006.

[28] Ad esempio, rispetto al diritto alla privacy: la libertà di rilasciare interviste, di scrivere libri autobiografici, o di pubblicare immagini private sui social media. Per altri esempi, ZENO-ZENCOVICH 1993; ZENO-ZENCOVICH 1995; MORRIS 2001; RESTA 2002.

[29] HART 1982.

[30] SIMMONDS 1998, 228-229 (che peraltro sviluppa un'argomentazione non troppo dissimile da quella del testo).

[31] STEINER 2013.

[32] Per un difensore della *interest theory*, un diritto può essere indisponibile anche perché protegge interessi *ulteriori*, che si aggiungono a quelli del titolare del diritto.

sostenitori della *interest theory* come un elemento di superiorità rispetto alla *will theory*. Allo stesso tempo, però, l'accettazione (quantomeno sul piano concettuale) della categoria dei diritti indisponibili da parte della *interest theory* ha aperto la strada all'accusa, o quantomeno al sospetto, di legittimare soluzioni moralmente discutibili: i diritti indisponibili sarebbero infatti dei formidabili cavalli di Troia per far penetrare il paternalismo nella cittadella del diritto o della morale. Davanti a questa prospettiva, alcuni difensori della *interest theory* hanno sostenuto che la possibilità concettuale dei diritti indisponibili, aperta proprio dalla *interest theory*, debba essere però bloccata sul piano etico-politico: è concettualmente possibile, ma moralmente sbagliato o quantomeno rischioso, rendere un diritto indisponibile[33].

Non è mia intenzione difendere, qui, una teoria rispetto all'altra, o una particolare versione di una di queste teorie rispetto ad altre possibili versioni. Ho già dichiarato in apertura di questo saggio la mia tendenziale preferenza per la *interest theory*. È solo il caso di aggiungere, a questo punto, che ogni versione credibile della *interest theory* deve incorporare il requisito concettuale qui individuato (la disponibilità dell'oggetto del diritto), a pena di restituire una immagine incongrua, distorta, di cosa è un diritto, e in particolare un diritto indisponibile. Se si vuole, ciò che ne risulta è una versione della *interest theory* che cerca di preservare al proprio interno anche il nocciolo di verità della *will theory*. Ma, nella misura in cui se ne voglia fare una mera questione di etichette, questo è un punto del tutto trascurabile[34].

L'argomento che ho cercato di sviluppare in questo saggio è di tipo concettuale, non etico-politico. Ho cercato di mostrare che è concettualmente incongruo parlare di diritti indisponibili, se l'indisponibilità è riferita all'oggetto (anziché alla titolarità) del diritto. Un soggetto che non abbia alcuna possibilità di sottrarsi all'esecuzione della prestazione a lui dovuta è in realtà titolare di un dovere, non di un diritto. Tutto ciò può ben accadere nell'interesse di quel soggetto (o *anche* nell'interesse di quel soggetto), ma non è affatto detto che da ciò che è nell'interesse di un soggetto derivino solo diritti per quel soggetto. Non c'è nulla di (concettualmente) strano in un obbligo imposto nell'interesse della persona su cui ricade. E non si vede cosa si guadagni a chiamare un simile obbligo "diritto". Resistere alla tentazione di chiamare "diritto" tutto ciò che è nell'interesse di un soggetto, o perfino tutto ciò che può essere oggetto di una valutazione positiva, di un apprezzamento, può rivelarsi un esercizio molto salutare.

Se il diritto alle ferie, o alla maternità, è indisponibile da parte del lavoratore/lavoratrice non solo nella titolarità, ma anche nell'oggetto (se il lavoratore *deve* andare in ferie; se la lavoratrice *deve* andare in maternità), non vedo nessun problema nell'affermazione che allora il lavoratore e la lavoratrice non hanno (o non hanno solo) un diritto, ma piuttosto un dovere (o quantomeno anche un dovere): sono tenuti ad andare in ferie o in maternità, eventualmente al punto di compiere un illecito se non lo fanno.

Ovviamente, imporre a qualcuno un dovere nel suo interesse è sospetto di paternalismo, una posizione etico-politica assai poco appetibile quando non ripugnante. Ma non è detto che in questi casi venga *sempre* in gioco il paternalismo, o che non sia possibile individuare qualche forma di giustificazione per almeno alcune forme di interventi in odore di paternalismo: la trasformazione del diritto in dovere può nascere dalla constatazione di un importante squilibrio di forze tra i soggetti di un rapporto, anziché dalla sfiducia verso la capacità di giudizio del titolare. Oppure, può derivare dalla convergenza di un interesse individuale del titolare e di un interesse generale (gli automobilisti possono essere obbligati ad indossare le cinture di sicurezza "per il loro

[33] Questa è ad es. la posizione di MacCormick 1976; MacCormick 1977.

[34] Recentemente vi è stata una proliferazione di teorie "ibride" dei diritti, che cercano di mettere d'accordo alcune intuizioni della *will theory* e della *interest theory*. È discusso se queste teorie ibride siano davvero tali, oppure se siano, a seconda dei casi, delle varianti della *will theory* o della *interest theory*. Come dico nel testo, si tratta di una questione assai poco interessante – ben più cruciale è stabilire se le teorie in questione siano credibili *come teorie* (coerenti, dotate di capacità esplicativa, ecc.).

bene", oppure per abbattere il costo degli incidenti stradali sulla sanità pubblica, o per entrambe le ragioni insieme). Come che sia, resta il fatto che un interesse può essere tutelato in molti modi, e attribuire un diritto (una posizione hohfeldiana, o un insieme di posizioni hohfeldiane) è solo uno di questi modi; paternalisticamente, un interesse può essere tutelato imponendo un obbligo, o un divieto. In casi simili deve attivarsi la nostra vigilanza morale, la critica del diritto – e sgomberare il campo da confusioni concettuali può essere un buon viatico in questa direzione.

Riferimenti bibliografici

Alexy R. 2012. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino (1994).

Baccelli L. 2008. *"Ex parte populi". Per una teoria impura dei diritti*, in «Ragion Pratica», 31, 337 ss.

Celano B. 2013. *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino.

Cruft R. 2004. *Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?*, in «Law and Philosophy», 23, 347 ss.

Cruft R. 2006. *Why Aren't Duties Rights?*, in «The Philosophical Quarterly», 56, 175 ss.

Edmundson W. 2004. *An Introduction to Rights*, Cambridge University Press.

Eleftheriadis P. 2008. *Legal Rights*, Oxford University Press.

Feinberg J. 1973. *Social Philosophy*, Prentice-Hall.

Feinberg J. 1978. *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, in «Philosophy & Public Affairs», 7, 1978, 93 ss.

Finnis J. 1972. *Some Professorial Fallacies about Rights*, in «Adelaide Law Review», 4, 377 ss.

Finnis J. 1980. *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press.

Frydrych D. 2017. *Rights Modelling*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 30, 2017, 125 ss.

Frydrych D. 2018. *The Theories of Rights Debate*, in «Jurisprudence», 9, 566 ss.

Guastini R. 2011. *La sintassi del diritto*, Giappichelli.

Hart H.L.A. 1982. *Legal Rights* (1973), in Id., *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 162 ss.

Hohfeld W. 1913. *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in «Yale Law Journal», 23, 16 ss.

Hohfeld W. 1917. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in «Yale Law Journal», 26, 710 ss.

Hohfeld W. 1923. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, Yale University Press.

Kramer M. 1998. *Rights without Trimmings*, in Kramer M., Simmonds N., Steiner H., *A Debate over Rights*, Oxford University Press, 7 ss.

MacCormick N. 1976. *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, in «ARSP», 62, 305 ss.

MacCormick N. 1977. *Rights in Legislation*, in Hacker P.M.S., Raz J. (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon, 198 ss.

Maniaci G. 2014. *La dittatura dei diritti indisponibili*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 14, 669 ss.

Morris G.S. 2001. *Fundamental Rights: Exclusion by Agreement?*, in «Industrial Law Journal», 30, 49 ss.

Penner J. 2013. *On the Very Idea of Transmissible Rights*, in Penner J., Smith H.E. (eds.), *Philosophical Foundations of Property Law*, Oxford University Press, 244 ss.

Pino G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.

Pino G. 2013. *Diritti soggettivi*, in Pino G., Schiavello A., Villa V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 220 ss.

Pino G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino.

Rainbolt G. 2006. *The Concept of Rights*, Springer.

RESTA G. 2002. *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in «Rivista di diritto civile», 801 ss.

ROSS A. 1965. *Diritto e giustizia*, Einaudi (1958).

SIMMONDS N.E. 1998. *Rights at the Cutting Edge*, in KRAMER M., SIMMONDS N., STEINER H., *A Debate over Rights*, Oxford University Press, 113 ss.

STEINER H. 2013. *Directed Duties and Inalienable Rights*, in «Ethics», 123, 230 ss.

WALDRON J. 1984. *Introduction*, in ID. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press.

WELLMAN C. 1985. *A Theory of Rights. Persons Under Laws, Institutions, and Morals*, Rowman & Allanheld.

ZENO-ZENCOVICH V. 1993. *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 545 ss.

ZENO-ZENCOVICH V. 1995. *Limitazioni contrattuali alla manifestazione del pensiero*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 991 ss.

DISCUSSIONI

Abitare i diritti

Una critica degli spazi a partire dai soggetti

a cura di MARIA GIULIA BERNARDINI e ORSETTA GIOLO

Presentazione

Negli ultimi decenni, il dibattito giuridico si è arricchito di riflessioni sempre più articolate sul rapporto tra il diritto e lo spazio, il cui legame può essere considerato costitutivo, atteso che il diritto ha necessariamente bisogno di un *dove*. Gli studi sulle trasformazioni dello spazio giuridico nell'era della globalizzazione neoliberale, le analisi delle somiglianze tra il diritto e l'architettura quali dispositivi modellanti le società e le soggettività, gli approfondimenti sulla valenza discriminatoria e "vulnerabilizzante" degli spazi urbani hanno guadagnato progressivamente visibilità sino a divenire un *corpus* di elaborazioni non più trascurabile, soprattutto in ragione della sua valenza *critica*.

In particolare, recenti percorsi di ricerca hanno avuto ad oggetto la relazione tra diritto e spazio nella sua specifica articolazione urbana, data l'emersione della città quale nuovo centro del potere. Lo spazio urbano è divenuto, in questa prospettiva, il nuovo *dove* con il quale occorre necessariamente confrontarsi, al fine di comprendere come il diritto e la politica si articolino al suo interno e soprattutto come esso impatti sui soggetti che lo abitano.

In merito a simili questioni, non c'è dubbio che la pandemia da Covid-19 abbia impresso un'ulteriore accelerazione, acuendo la necessità di studiare la città sia alla luce della sua imponente riconfigurazione dovuta all'emergenza sanitaria, con la chiusura dello spazio pubblico e il confinamento nello spazio privato, sia in relazione all'esercizio dei diritti fondamentali quali la salute, la libertà di circolazione, il diritto di voto, la libertà di manifestazione e così via. Nella crisi pandemica, infatti, la questione della gestione delle persone nello spazio – urbano in primo luogo – è stata adottata quale strategia fondamentale per il contenimento del contagio: di conseguenza molti processi di esclusione e marginalizzazione si sono per un verso palesati e per altro verso radicalizzati; alcune soggettività sono divenute maggiormente oggetto di politiche "spaziali" di confinamento; le diseguaglianze nell'accesso allo, e nel godimento dello, spazio sono esplose.

Le riflessioni più originali in materia sembrano, in particolare, approfondire la lettura dello spazio urbano alla luce di una prospettiva specifica, ovvero quella dei c.d. soggetti "non paradigmatici" del diritto e della politica: gli emarginati, gli esclusi e gli oppressi, oggetto – esplicito e implicito – di politiche discriminatorie, inferiorizzanti, financo incapacitanti.

Osservare lo spazio urbano attraverso il loro sguardo "inedito" permette ad esempio di riconfigurare le categorie di "margine" e "centro" – così pregnanti in relazione alla città – e di ripensare gli spazi urbani comprendendone le reali dinamiche negative (di esclusione) o positive (di inclusione), rovesciando il punto di vista. Attribuendo il "potere di definizione" ai soggetti non paradigmatici si palesano in modo più chiaro i processi di assoggettamento – economico, in primo luogo –, di esclusione politica e sociale, che sfociano sempre, necessariamente, anche in dinamiche di marginalizzazione spaziale.

Nell'ambito di questo focus, abbiamo raccolto saggi di studiose e studiosi, afferenti a diversi settori disciplinari, che si erano già soffermati su questi temi nei loro percorsi di ricerca, chiedendo loro di proporre ulteriori spunti di riflessione a partire da quanto emerso nell'ambito del progetto «Diritto, architettura, vulnerabilità. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani» che ha preso l'avvio a partire dal 2018 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara, i cui esiti sono contenuti nel volume collettano *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*.

L'intento è quello di proseguire la riflessione avviata, arricchendola e integrandola. Come già nel corso del workshop, anche in questa occasione abbiamo voluto mantenere un approccio interdisciplinare e dialogante: riteniamo, infatti, che la città rappresenti uno spazio intellegibile solamente grazie all'interazione tra competenze e saperi differenti. La scelta di "aprire" la riflessione al confronto con saperi "altri" riflette, tra l'altro, una tendenza che è in continua espansione anche

al di fuori della sfera giuridica. Pure all'interno degli studi urbani, infatti, è in via di consolidamento una prospettiva critica, di carattere interdisciplinare e multidisciplinare, che assume i punti di vista (plurali) dei soggetti "non paradigmatici" e che, a partire dalla decostruzione e dalla messa in discussione dell'esistente, si propone di costruire un discorso e un progetto comune[1].

Nel confronto, un ruolo peculiare è stato riservato ai diritti, intesi quali principi fondamentali del diritto e della politica che non devono subire processi di ridimensionamento in ragione delle retoriche – urbane – che negli ultimi decenni si sono imposte in tema di sicurezza, rigenerazione, sostenibilità, benessere. Sono, queste, parole che sembrano esprimere una valenza inclusiva e guidano sempre più le scelte delle amministrazioni locali nella gestione dello spazio, ma che, di fatto, si traducono molto spesso in politiche di marginalizzazione, se non di vera e propria segregazione. Il «mondo del grande sgombero»[2] sembra essere il reale progetto da perseguire, con il ritorno del modello della "città coloniale", abitata da persone che vivono "gerarchicamente" lo spazio, in ordine alla loro posizione/condizione giuridica (abitanti, residenti, cittadini/e, migranti e così via), subendo un diverso grado di accesso ai diritti e alle rispettive garanzie.

Indagare gli spazi urbani alla luce dei diritti e dei soggetti che ne sono titolari permette dunque di decostruire le retoriche imperanti e di osservare con maggiore realismo la pervasività dei processi di esclusione in corso. Il binomio diritti-città appare, infatti, tutt'altro che semplice da articolare: il noto «diritto alla città»[3] fatica a trovare traduzioni giuridiche chiare e universali, mentre la città stessa, come "nuovo" spazio di potere, sembra esprimere sempre più spesso una pericolosa potenzialità "autoritaria", soprattutto nella misura in cui limita l'esercizio della libertà di accesso ai luoghi, ai quartieri, agli spazi della socialità.

I diritti, di converso, presi sul serio nello spazio della città, possono funzionare come limiti a questa nuova manifestazione del potere in chiave urbana, riponendo al centro del discorso pubblico – giuridico e politico – le persone, *tutte* le persone, e non gli *status*, i bisogni fondamentali e non gli interessi economici, i principi e non le retoriche, la relazione anziché il confinamento.

Maria Giulia Bernardini,
Orsetta Giolo

[1] Si veda al riguardo il recente Pizzo et al. 2021.
[2] Mbembe 2019.
[3] Lefebvre 2014 [1968].

Riferimenti bibliografici

Bernardini M.G., Giolo O. (eds.) 2021. *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, Pacini.

Lefebvre H. 2014. *Il diritto alla città*, Ombre Corte (ed. or. *Le droit à la ville*, Anthropos, 1968, trad. it. di G. Morosato).

Mbembe A. 2019. *Nanorazzismo. Il corpo notturno della democrazia*, Laterza.

Pizzo B., Pozzi G., Scandurra G. (eds.) 2021. *Mappe e sentieri. Un'introduzione agli spazi urbani critici*, Editpress.

NOTE PER UNA CRITICA DELLA LOGICA DEL MARKETING NELLA PIANIFICAZIONE URBANA

BARBARA **BADIANI**
GIULIO **LUPO**

&dq

Note per una critica della logica del marketing nella pianificazione urbana

Notes for a critique of marketing logic in urban planning

BARBARA BADIANI

Professoressa associata in Tecnica e Pianificazione urbanistica all'Università degli Studi di Brescia.
E-mail: barbara.badiani@unibs.it

GIULIO LUPO

Professore associato in Storia dell'architettura contemporanea all'Università degli Studi di Brescia.
E-mail: giulio.lupo@unibs.it

ABSTRACT

In una società a economia di mercato, la pianificazione urbanistica viene forzata dalla pubblica amministrazione per ridurre il rischio d'impresa. Una modalità che si sta affermando consiste in una pianificazione impostata con logiche che provengono dal campo del marketing allo scopo di realizzare un preciso progetto urbano concepito come un prodotto con caratteristiche che ne assicurino il successo di mercato. Si tratta di un fenomeno globale. Nonostante si manifesti in luoghi molto differenti tra loro, il fenomeno è interessante per la dimensione e l'omogeneità di forme con cui si presenta, ed è utile osservarlo per avanzare alcune riflessioni critiche. Ciò che appare rilevante è il fatto che la logica di marketing produce nella pianificazione una pericolosa confusione tra cittadino e cliente, che ne mette in discussione l'efficacia come mezzo con cui l'amministrazione tutela diritti collettivi e ricerca l'equilibrio tra diritti collettivi e individuali.

In the free market society, public administrations are increasingly attempting to reduce investment risks of real estate through urban planning tools. One way to achieve this goal is an urban planning sets permeated by a marketing-oriented attitude, aimed at designing a precise urban project - conceived as a product with elements ensuring market success. This can be described as a global phenomenon, which is interesting because of the size and the homogeneity of the forms in which it occurs across different contexts. Moreover, the consequent confusion between citizens and customers is here relevant, as it tends to dangerously weaken the efficacy of the actions implemented by public administrations to protect both the collective rights, as well as the balance between individual and collective ones.

KEYWORDS

Pianificazione urbanistica, progetto urbano, marketing, architettura tradizionale, diritto alla città

Urban planning, urban project, marketing, traditional architecture, right to the city

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Note per una critica della logica del marketing nella pianificazione urbana

BARBARA BADIANI, GIULIO LUPO

1. *La città come prodotto* – 2. *Le implicazioni del marketing nella pianificazione urbana* – 3. *Il cittadino-cliente: rischi e margini di lotta.*

1. *La città come prodotto*

Negli ultimi trent'anni, a livello globale, si è imposto con successo sul mercato immobiliare un "prodotto": è la "la città d'altri tempi", cioè un progetto a scala urbana in forma di borgo tradizionale.

La prima realizzazione è stata sicuramente Seaside, in Florida, iniziata nel 1983 dall'immobiliarista Robert Davis. Negli anni 1990 hanno fatto seguito Celebration, sempre in Florida, e Val d'Europe in Francia, ambedue della Walt Disney Company. Ancora in Francia Le Plessis Robinson, Poundbury in Inghilterra, Heulebrug in Belgio, Brandevoort in Olanda e Jakriborg in Svezia. Negli anni 2000 seguono molti altri casi in Cina, White City a Baku in Azerbaigian, Qanat Quartier a Pearl-Qatar in Qatar e numerosi altri negli USA[1].

Chiariamo subito che la "città d'altri tempi" non nasce da qualche teoria urbanistica[2] né ha niente a che fare con l'architettura regionalista che ripropone le tradizioni costruttive di un luogo: è vero che Le Plessis-Robinson, a dieci chilometri da Parigi, è costruita con chiari riferimenti agli isolati haussmanniani di Parigi di fine Ottocento (fig.1), ma gli stessi isolati urbani haussmanniani sono realizzati anche a Baku, in Azerbaigian (fig.2), e a Tianducheng, vicino Hanghzou, in Cina (fig.3). A Poundbury, tra le case di tradizione inglese, spiccano tetti alla tedesca, terrazze mediterranee e portici medievali ben lontani dalla tradizione inglese. Allo stesso modo a Jakriborg, in Svezia, piuttosto che l'architettura scandinava è evocata la tradizionale edilizia anseatica di una mitica Lubecca.

La "città d'altri tempi" è un fenomeno della globalizzazione che nasce nel campo del marketing, cioè come un *concept* di marketing ideato a partire da "figure" e "vision" che provengono dal mondo di Disneyland, dai villaggi turistici di lusso, dagli *outlet village* dell'alta moda (LUPO, BADIANI 2019), luoghi nei quali si coltiva l'idea che l'emozione per l'evocazione di un luogo valga più del riferimento originale e autentico. Nasce così un "prodotto" di tendenza (BOLTANSKI, ESQUERRE 2019) e, in quanto tale, è appositamente progettato per essere profittevolmente venduto. Dopo il successo immobiliare di Seaside[3], dove Davis è riuscito a vendere una casa al prezzo

[1] Per una rassegna di progetti urbani di città e di quartieri "a forma di borgo" possono essere utili i seguenti siti web: per gli USA, www.cnu.org/resources/project-database del CNU-Congress for New Urbanism; per l'Europa http://www.avoe.org/eccn.html del movimento A Vision of Europe; si veda anche TAGLIAVENTI G. 1996.

[2] Nei progetti urbani della "città d'altri tempi" si possono anche riconoscere alcuni principi del New Urbanism o qualche aderenza con l'ideologia antimoderna della *Carta per la ricostruzione della città Europea* di KRIER (1980-84), relativamente alla dimensione della piccola comunità e all'uso dell'architettura tradizionale, punti essenziali anche nella più recente teoria del Traditional Neighborhood District (TND) di Andrés Duany (anni 1990). Sono tutte manifestazioni del Post-Modern la cui natura è stata disvelata da HARVEY (1990; 1997, 102): «il post-modernismo nell'architettura e nel disegno urbano tende a essere spudoratamente orientato al mercato perché esso è il principale strumento di comunicazione nella nostra società».

[3] Robert Davis incaricò, alla fine degli anni 1970, Andrés Duany e Elizabeth Plater-Zyberck di realizzare un Master Plan per l'area di sua proprietà, circa 32 ettari fronte mare lungo la costa della Florida. Davis voleva realizzare qualcosa di diverso dai community resort delle grandi catene di hotel nazionali. Davis voleva realizzare qualcosa che assomigliasse a una cittadina tradizionale del sud degli Stati Uniti, come si faceva un tempo quando era la co-

di un condominio fronte mare, il prodotto "città d'altri tempi" è stato replicato più volte in tutto il mondo, da investitori privati, in partenariato pubblico privato, ed anche promosso dalle amministrazioni pubbliche per attirare imprenditori privati.

Il fenomeno è di un certo rilievo, perché è una prova evidente di come la logica del marketing sia entrata in modo dirompente e pervasivo nel progetto urbano e nella pianificazione urbanistica con il preciso scopo di ridurre il rischio d'impresa degli investitori privati[4].

Nessun problema se questo genere di operazione immobiliare è d'iniziativa privata, realizzato con investimenti privati e con un rischio d'impresa totalmente a carico del privato. Gli abitanti di Celebration sono a tutti gli effetti dei clienti della Disney Development Company e come clienti hanno effettivamente acquistato un "prodotto" città, con delle precise caratteristiche urbane e sociali (omogeneità della classe sociale, ordine e convivialità) che la Disney, da parte sua, si impegna a soddisfare e a mantenere nel tempo attraverso una gestione totalizzante e con precisi regolamenti locali che normano anche aspetti della vita privata, instaurando un rapporto che è quello che esiste tipicamente tra azienda e cliente.

Ma se è un'amministrazione pubblica a promuovere questo genere di operazioni, allora è d'obbligo avanzare alcune riflessioni critiche, in primo luogo sulle implicazioni che la logica del marketing porta nella pianificazione urbana e, in secondo luogo, sui margini di lotta che si possono ancora avere per continuare a perseguire l'interesse collettivo in una città che sempre più disvela la sua natura di merce.

2. *Le implicazioni del marketing nella pianificazione urbana*

Vittorio Gregotti, intervistato nel 2014 sul suo progetto di Pujiang New Town in Cina, appare assolutamente consapevole del ruolo che ha il marketing nella progettazione urbana: «La posizione dell'architetto di fronte alle grandi real estate è del tutto secondaria [...] perché non è lui il progettista. I progettisti sono gli uomini del marketing». E prosegue: «il progettista non decide quasi niente, decide l'immagine alla fine, il vestito, ma non la struttura [...] l'architetto è un calligrafo»[5].

Gregotti ha resistito alle pressioni della committenza cinese che voleva una città in stile tradizionale italiano, ma le altre città previste nel programma "One city, nine towns"[6] (2001) attorno a Shanghai, di cui Pujiang faceva parte, sono state realizzate come "città d'altri tempi"[7]:

munità a costruire la propria città pezzo per pezzo (KUNSTLER 1994 e MOHNEY, EASTERLING 1991). Il progetto ebbe un tale successo che in pochi anni il valore immobiliare crebbe in modo impressionante. Nella scheda "mmt-project-overview" redatta da PlaceMakers, in https://placeshakers.files.wordpress.com/2010/05/mmt-project-overviews.pdf, si riporta che al lancio sul mercato nel 1981 il prezzo medio di un lotto a Seaside era di 15.000-25.000 $ e nel 2010 ha raggiunto i 499.000-1.100.000 $.

[4] Non si tratta ovviamente del tradizionale marketing urbano che si limita a promuovere i valori di una città o di un territorio, ma di un marketing di nuova generazione che partecipa al processo creativo del prodotto (KOTLER 1967), efficacemente descritto da Kim e Mauborgne nel loro best seller *Blue Ocean Strategy* (2005).

[5] Intervista a Vittorio Gregotti, in GALLO M. (mns.) (2014). Il progetto di Punjiang è stato ideato per accogliere abitanti delle aree del World Expo di Shanghai che dovevano essere rilocalizzati. Lo studio Gregotti Associati dovette dissuadere la committenza nella scelta di utilizzare la gondola veneziana come uno dei mezzi di trasporto e principale elemento di richiamo della città.

[6] Il piano di sviluppo One City, Nine Towns è stato elaborato dall'amministrazione di Shanghai nel 2001 come parte della strategia definita a livello nazionale per l'entrata della Cina nel WTO. Il cuore del piano era la "crescita equilibrata" delle zone urbane e rurali, che equivaleva a una politica di delocalizzazione di attività e persone dal centro di Shanghai in aree periferiche strategiche per accessibilità e opportunità di sviluppo economico. L'attuazione dei progetti per l'espansione di Sonjiang e la creazione di nove nuove città è avvenuta attraverso piani quinquennali, a partire dal 2001, via via modificati e ridimensionati in base al successo dell'intervento.

[7] Diversi studiosi si sono interrogati sulla scelta del governo cinese di adottare soluzioni architettoniche della cultura europea e nordamericana e sul significato che questo avesse per la cultura cinese. Si vedano HENRIOT, MINOST 2017 e PIAZZONI 2018.

Thames Town nella tradizione urbana architettonica inglese, Anting New Town in quella tedesca, Luodian New Town svedese, Gaoqiao New Town olandese, Feng Chen spagnola, Feng Jing New Town canadese e altre due nello stile tradizionale cinese. Lo scopo esplicito del programma era di attirare in queste città flussi migratori e turistici, offrendo in particolare alla classe cinese con reddito medio alto una serie di "figure", cliché, luoghi comuni e brand rinomati internazionalmente. Nella "tedesca" Anting New Town[8], per esempio, nata accanto alla fabbrica della Volkswagen, sono state usate la forma circolare dell'insediamento che richiama la fortificazione delle città medievali, i lotti e le strade irregolari, lo stile Bauhaus degli anni 1930 per le abitazioni, le statue di Goethe e Schiller nelle piazze principali. Mentre nella "inglese" Thames Town[9], ci sono le statue di Churchill, Diane e James Bond con intorno le tradizionali case a graticcio e l'immancabile e pittoresca cabina rossa del telefono posta in bella vista davanti al portale di una chiesa gotica, caricatura della più nota Christ Church di Clifton.

La città che nasce nel campo del marketing è fatta di "figure" che hanno lo scopo di toccare le corde dell'emozione per accrescere il valore del prodotto (Boltanski, Esquerre 2019). Non è un caso che lo strumento di rappresentazione più usato dai migliori progettisti della "città d'altri tempi" sia la veduta prospettica, uno strumento alquanto improprio per l'urbanistica. François Spoerry, per illustrare la sua proposta di rinnovamento urbano del Coeur de ville a Le Plessis Robinson, ha preparato sei vedute ad acquarello di scorci di strade e piazzette, ricche di dettagli (lampioni, parapetti in ferro battuto, cornicioni e tetti alla Mansard) che rimandano inequivocabilmente alla Parigi Ottocentesca più *popular* (fig.4). Le illustrazioni di Spoerry sono state allegate ai documenti del piano urbanistico per chiarire quale sarebbe stata l'immagine che l'amministrazione voleva fosse realizzata[10].

Quando l'amministrazione di Le Plessis-Robinson ha avviato il programma di rinnovamento urbano nei primi anni 1990, su una superficie di 37 ettari per 12.000 nuovi abitanti, la città non presentava indicatori tipici di una periferia affetta da qualche patologia sociale: era solo una città brutta, con il 75% di alloggi sociali, ma posizionata in un luogo ameno che aveva nella sua memoria gite fuori porta, *guinguettes* e boschi di castagni secolari. Il rinnovamento urbano è consistito in una demolizione a tabula rasa dell'esistente, in particolare di un intero quartiere di edifici a barre degli anni 1930-1940, e nel ripensare la città in modo radicalmente diverso, in parte in forma di borgo tradizionale e in parte riprendendo gli isolati haussmanniani della Parigi di fine Ottocento (Fig. 5). Una scelta formale fortemente voluta dal sindaco Philippe Pemezec per cancellare l'aria opprimente dei quartieri di alloggi sociali e, allo stesso tempo, attirare una classe media agiata con cui arricchire le entrate del Comune: «Nessuno conosceva Le Plessis-Robinson – ricorda il sindaco – e quelli che la conoscevano a causa di questa immagine negativa non avevano certo voglia di investirci soldi» (Pemezec 2007, 57).

Per ottenere questo risultato l'amministrazione pubblica ha dovuto agire operando diverse forzature, innanzi tutto sugli strumenti urbanistici.

Il quadro normativo urbanistico, per quanto prescrittivo lo si possa immaginare, garantisce sempre una certa libertà di impresa, mentre la "città d'altri tempi" richiede necessariamente che alcuni dettagli evocativi dell'architettura classicista siano realizzati in ogni edificio. Questi dettagli solitamente sono indicati nel *cahier des recommandations architecturales*, un documento che però ha solo il

[8] Anting New Town è stata ideata come area residenziale a servizio della Shanghai International Automobile City, dove era collocato un importante impianto della Volkswagen aperto nel 1984, in cui erano impiegati molti manager stranieri. Il progetto è dello studio AS&P di Francoforte, fondato da Albert Speer.

[9] Thames Town è stata ideata come nuovo insediamento nel distretto di Songjiang per accogliere personale docente e staff della Songjiang University Town. Il progetto è dell'urbanista Anthony McKay dello studio Atkins di Londra.

[10] Le Plessis-Robinson, Service de l'Urbanisme (LPR-Urbanisme). Zone d'aménagment concerté (ZAC) Coeur de Ville, Dossier de réalisation. Note de présentation (1992).

compito di fornire delle generiche linee guida[11]. Per conferire a queste indicazioni un valore prescrittivo il Comune di Le Plessis-Robinson decise di trasferirle nel *cahier des charges de cession de terrains* (CCCT)[12], un documento che generalmente attiene alle infrastrutture tecnologiche (strade, fognature, rete elettrica, rete idrica, ecc.) e che, allegato all'atto di vendita dei terreni e dei diritti di costruzione, ha un valore giuridico che impegnava investitori, Comune e i successivi acquirenti, andando ben oltre la funzione del piano urbanistico[13]. Inoltre, per verificare che i progetti collocati nelle zone di rinnovamento urbano fossero coerenti con l'immagine d'insieme della "città d'altri tempi", il comune di Le Plessis-Robinson creò un apposito ufficio con compiti di verifica dei progetti, che poteva estendere la sua azione anche in fase di elaborazione del progetto stesso, in barba a ogni libertà di impresa. E comunque, dove la normativa non poteva arrivare, ha agito il sindaco in persona, convincendo gli investitori privati che acquisendo i diritti di edificazione insieme al pacchetto "città d'altri tempi" avrebbero avuto un sicuro successo immobiliare. La logica del marketing spinge la pianificazione urbana non solo a forzare gli strumenti dell'urbanistica, ma ad avvalersi anche di strumenti impropri.

Per due delle quattro fasi del rinnovamento urbano di Le Plessis-Robinson è stato necessario bandire un concorso di progettazione. Il primo di questi due concorsi fu vinto inaspettatamente da un progetto urbano in stile contemporaneo, con grande stizza del sindaco. Il progetto fu parzialmente realizzato e oggi, all'interno della "città d'altri tempi", è una stridente stonatura. In occasione del secondo concorso il comune di Le Plessis-Robinson, per evitare lo stesso risultato, scelse di avvalersi di una particolare procedura, i *marchés de definition*, la cui formula era da ritenersi del tutto eccezionale e consigliata solo nei casi in cui la complessità dell'intervento fosse particolarmente elevata, tale da richiedere un'interazione continua tra committenza e progettisti al fine di definire al meglio i dettagli del progetto e il costo dell'opera (MIQCP 1997). In pratica, a partire da un *cahier de charge* preventivamente formulato dal Comune di Le Plessis-Robinson, una giuria selezionò tre gruppi di progettazione che svilupparono i loro progetti di concerto con il Comune[14]. Alla fine, la giuria scelse il progetto vincitore tra tre progetti che erano già perfettamente omogenei e allineati con le aspettative del Comune. Nel 2009 la Corte di giustizia europea giudicò la procedura concorsuale dei *marchés de définition* contraria ai principi di trasparenza e uguaglianza, e conseguentemente è stata abrogata nel 2010.

Il liberalismo auspica una pianificazione fatta di poche norme astratte e generali. Il prodotto "città d'altri tempi" richiede invece una pianificazione con norme molto prescrittive che, generalmente, gli operatori privati sentono come un'ingerenza nella libertà di iniziativa privata. Il successo che questo prodotto riscuote induce a pensare che, nella realtà dei fatti, il mondo imprenditoriale preferisca dalla pianificazione urbana un sistema "protettivo" per l'attività edilizia, piuttosto che un sistema che garantisca la libertà d'impresa.

Il programma di rinnovamento urbano avviato a Le Plessis-Robinson nel 1990 è stato completato nel 2012, ma la "città d'altri tempi" continua a espandersi, a testimoniare come il successo

[11] LPR-Urbanisme. Cahier des recommandations architecturales ZAC Coeur de ville, 1991. Il cahier des recommandations architecturales è un documento che la normativa urbanistica francese non prevedeva tra quelli obbligatori di un piano urbanistico, ma poteva essere incluso a discrezione dell'amministrazione per dare indicazioni non prescrittive.

[12] Sui contenuti essenziali dei CCCT si può vedere il documento Cahier des charges generales, 2004, redatto dalla Società mista pubblico-privata SEMPRO, incaricata dal Comune di Le Plessis-Robinson della gestione del rinnovamento urbano relativamente alla fase III e IV. Si ringrazia la SEMPRO per averci concesso la visione. Il CCCT è divenuto documento obbligatorio per la pianificazione dal 2000.

[13] Il CCCT, così come è stato redatto dal Comune di Le Plessis-Robinson, riprende un tipo di contratto, il *restrictive covenant*, ricordato da MORONI S. 2007, 91 s., molto diffuso in paesi anglosassoni e negli Stati Uniti. Alcuni esempi sono riportati nel Restrictive Covenants Database del Washington Educational Department. Vi è anche un'ampia bibliografia sull'uso negli USA dei *restrictive covenant* per fini di segregazione razziale. Si veda https://depts.washington.edu/civilr/covenants_report.htm (consultato nel febbraio 2022).

[14] LPR-Urbanisme, ZAC de la Cité-Jardins. Étude d'impact. Les variantes: les differents projects presentés, sono riportati schematicamente i contenuti dei tre progetti e i giudizi della giuria, 71-104.

imprenditoriale di questo prodotto sia tutt'altro che esaurito. Nella revisione del piano urbanistico (PLU), avviata nel 2013[15], l'amministrazione ha previsto di proseguire con il progetto di rinnovamento urbano su una superficie di oltre 75 ettari. Che il prodotto urbano sarà una "città d'altri tempi" è scontato: nel PLU infatti, per queste aree, sono previste densificazione, mixitè funzionale e sociale e un progetto urbano che deve armonizzarsi al "grande paesaggio locale" e agli elementi di riferimento del luogo, cioè il classicismo[16].

A Le Plessis-Robinson, così come a Seaside[17], si continua attraverso la strumentazione urbanistica a proporre e a tutelare il prodotto urbano della "città d'altri tempi", condizionando pesantemente le future trasformazioni urbane e limitando fortemente l'espressione architettonica delle generazioni future. In questo senso, l'urbanistica è spinta ben al di là dei propri confini disciplinari.

Il marketing si occupa di desideri e crea bisogni, mentre la pianificazione urbana si occupa di bisogni concreti. L'uno tratta aspetti impalpabili, mentre la pianificazione è una disciplina oggettiva che si fonda su norme che tutelano i diritti relativi all'abitare, alla qualità dello spazio pubblico, alla salute: sono due modi e mondi completamente diversi.

A Val d'Europe[18] questi due diversi approcci sono stati tenuti ben separati (ROFFAT 2007; D'HAUTESERRE 2010). Lo Stato (Epafrance) ha pianificato le opere infrastrutturali e ha curato la realizzazione di tutti gli edifici pubblici, come scuole, mediateca e municipio, con la normale procedura del concorso pubblico, mentre la gestione dei settori residenziali è stata affidata ad Euro Disney con il preciso scopo di creare l'immagine di una "città d'altri tempi" (Fig.6). Per garantire questo risultato la Disney ha obbligato gli operatori immobiliari ad avvalersi di architetti accreditati dalla Disney stessa e questi, a loro volta, erano tenuti a ispirare il loro progetto a uno *storytelling* – strumento essenziale del marketing – che la Disney aveva preparato espressamente per ogni comparto della città al fine di caratterizzare e differenziare l'offerta. Nel Quartier des Lacs, per esempio, un intero isolato è stato ispirato ad una immaginaria Villa Medici che un cardinale italiano avrebbe costruito dopo aver accompagnato nel 1600 Maria dei Medici a Parigi per diventare sposa di Enrico IV. L'invenzione della memoria di questa villa, che secondo il fantasioso *storytelling* sarebbe stata saccheggiata e parzialmente distrutta durante la Rivoluzione francese, diventa ora il cuore del nuovo progetto[19].

Mentre i servizi pubblici sono assicurati dall'azione di pianificazione dello Stato e dalle norme urbanistiche generali, per il marketing a contare non è la quantità di superficie destinata all'interesse generale, né la qualità della costruzione, bensì l'elemento emozionale.

Nella community di Kentlands[20], costruita a partire dal 1989 nella forma della "città d'altri

[15] L'ultima revisione del PLU di Le Plessis-Robinson risale al 2020 e conferma l'ampliamento del programma di rinnovamento urbano.

[16] LPR-Urbanisme. PLU, Réglement et Rapport de Présentation. Aggiornamento 12 marzo 2020. Nel quartiere Ledoux di edilizia sociale, l'amministrazione in partenariato con Haute-de-Seine Habitat (ex OPDHLM) sta realizzando 1.700 alloggi. Oltre l'asse infrastrutturale dove è previsto il nuovo tram, nel settore produttivo Novéos, Parc des sports e parc tecnologique, l'amministrazione ha previsto un mix di funzioni e un numero totale di alloggi tra i 4.000 e i 4.500. Si vedano i documenti di Orientations d'aménagement et de programmation, per i quartieri Ledoux e Novéos, aggiornamento al 12 marzo 2020.

[17] Walton Comprehensive Plan, 2018, art.2.02.25 Resort, let.G: «Hotel/Motel/Resort development architecture to be similar to and compatible with surrounding development in Grayton Beach, Seaside areas, as determined by Walton County Commission».

[18] Val d'Europe è stata avviata dalla EuroDisney nel 1987, nell'interland parigino, ancora oggi in costruzione, tra un parco Disneyland e un grandissimo centro commerciale. Da un'area di 1.943 ettari si è passati recentemente a un ampliamento fino a oltre 2.200 ettari, prorogandone l'attuazione al 2030. Su Val d'Europe cfr. ROFFAT 2005, 312-323.

[19] Si veda il sito "valdeurope.typepad.com", blog non-officiel del centro urbano di Val d'Europe. In particolare, nella sezione "Le centre urbain de Val d'Europe récompensé" è riportato lo storytelling per il progetto dell'isolato Villa Medicis di Gabriele Tagliaventi (2005-2009).

[20] Il progetto di Kentlands (1988), quartiere di 142 ettari nella cittadina di Gaithersburg (Maryland), fu affidato a Duany e Plater-Zyberck, dopo l'enorme successo di Seaside.

tempi", per il marketing è stato sicuramente più importante che la scuola avesse un pronao classicheggiante coronato da un timpano (Fig.7), piuttosto che essere progettata con dimensioni e spazi esterni adeguati alla sua funzione di servizio pubblico. È il pronao classicheggiante che fa vendere le case a Kentlands. Tant'è che l'investitore accettò di pagare i maggiori costi di questa scelta architettonica, pur di non intaccare l'immagine classicista che si voleva creare[21]. Se a Val d'Europe il risultato è uno stridente contrasto tra lo stile contemporaneo degli edifici pubblici e l'aspetto antico degli edifici residenziali, nei casi in cui, invece, è la logica del marketing a dettare le regole alla pianificazione, allora a stridere è l'interesse generale.

A Poundbury[22], pur di soddisfare il desiderio di vivere in un borgo medievale, sono state previste strade così strette e tortuose e in un modo così diffuso e pervasivo che l'accessibilità è divenuta difficoltosa, aggravata dal fatto che i suoi abitanti lungi dal rinunciare all'uso dell'automobile ne fanno anzi un uso ben maggiore che nel resto della contea di Dorset. Questa disfunzione, tuttavia, non compromette il valore immobiliare, perché, in effetti, ciò che si vende a Poundbury è il sogno di vivere in un delizioso borgo "d'altri tempi" e pazienza se non si hanno parcheggi vicino a casa o i mezzi dei vigili del fuoco stentano a fare manovra nelle vie cittadine.

3. *Il cittadino-cliente: rischi e margini di lotta*

Il marketing, come è noto, fornisce le idee vincenti su "cosa vendere", "a chi vendere" e "come vendere" al solo scopo di assicurare un profitto. E poiché l'obiettivo primario è vendere, qualsiasi altra cosa diventa secondaria o viene considerata dal marketing nella misura in cui contribuisce a realizzare il profitto. Pertanto, in una pianificazione urbana contaminata dalla logica del marketing, gli strumenti di redistribuzione della rendita, con cui si persegue l'interesse pubblico, vengono depotenziati se non addirittura manipolati o piegati agli scopi del mercato.

In quest'ottica, assicurare un'abitazione in quanto diritto, come dovrebbe fare la pianificazione, diventa un costo e, come è noto, la prima regola del marketing è la riduzione dei costi. Prima del rinnovamento urbano il comune di Le Plessis-Robinson aveva complessivamente il 75% di abitazioni sociali (Habitation à Loyer Modéré, HLM) che era l'effetto della risposta alla forte domanda di abitazioni del dopoguerra. A seguito del rinnovamento urbano la percentuale è scesa al 40% e poiché oggi la legge fissa la soglia al 20%[23], il Comune di Le Plessis-Robinson sarebbe ancora un comune virtuoso, ma la tendenza è ben altra: in una delle quattro fasi del rinnovamento urbano è stato demolito quasi tutto il patrimonio HLM, cioè 1.438 alloggi[24], e ne sono stati ricostruiti 1.600 di cui solo 250 di tipo HLM, con una perdita dell'82,7%[25]. Nel Coeur de Ville, la prima fase, la percentuale di alloggi HLM scende al 9% (LUPO, BADIANI 2019). Con ogni evidenza, la linea politica del Comune di Le Plessis-Robinson impressa dal sindaco Pemezec a partire dal 1989 non è più rivolta a soddisfare una domanda di alloggi, bensì a offrire sul mercato

[21] KUNSTLER 1994, 258.

[22] Poundbury è il rinomato progetto che il Principe del Galles ha ideato e che sta realizzando su terreni di sua proprietà, in adiacenza all'abitato di Dorchester. Oggi conta 3.500 abitanti, dei 6.000 previsti nel progetto iniziale. A differenza di quelle che erano le premesse, ovvero la realizzazione di un piccolo borgo tradizionale nel quale si sarebbe privilegiata la densità e la dimensione del villaggio per favorire la mobilità pedonale e quindi sostenibile, una analisi della Carfree UK del 2008 sulla effettiva sostenibilità dei nuovi insediamenti urbani ha mostrato che gli abitanti di Poundbury usano l'automobile sensibilmente di più degli abitanti nelle aree rurali del Dorset. WATSON, BENTLEY, ROAF, SMITH 2004.

[23] Questo limite si ritrova nella Loi d'orientation pour la ville (LOV) del 1991, poi ripreso dalla Loi Solidarité et renouvellement urbain del 2000.

[24] LPR Urbanisme, ZAC de la Cité-Jardins Haute 3-4, Étude d'impact, 2004, 106.

[25] Sono state salvate dalla demolizione solo otto piccole palazzine per circa una cinquantina di alloggi che Pemezec ha apostrofato come «baluardo della resistenza comunista», PEMEZEC 2007, 64.

immobiliare un nuovo prodotto abitativo capace di vincere la concorrenza con i comuni della *banlieue* parigina, tutti intenti ad attrarre abitanti con un reddito medio-alto, cioè buoni consumatori e buoni contribuenti.

Oggi Le Plessis-Robinson ha l'aspetto di una Celebration, ma di fatto il Comune, a differenza della Disney, non può garantire alcuna esclusività: Le Plessis-Robinson è uno dei tanti comuni della cinta periferica di Parigi, dove i problemi sociali, i conflitti di classe, i disordini, gli scioperi, i tumulti sono sempre possibili e dove i *clochard*, i poveri, i disoccupati, gli emarginati, hanno gli stessi diritti e doveri dei residenti più abbienti. Le persone più disagiate non hanno un posto nella *vision* della "città d'altri tempi". A Celebration non ci sono, a Le Plessis-Robinson, ovviamente, ci sono, ma in quella percentuale minima che la legge impone ai Comuni e, soprattutto, dissimulati dalle facciate nobilitate dall'architettura classicista (Fig. 8). È il problema che emerge in ogni operazione di gentrificazione e per risolverlo non si può accettare il ribasso, perché in gioco c'è il diritto all'abitare di tutti i cittadini.

La città che nasce dalla logica del marketing si configura per parti, ma queste non sono definite e riconoscibili in base alla loro funzione o al ruolo urbano specifico, bensì in virtù di un brand. La città diventa un assemblaggio di marchi e la pianificazione perde pertanto il suo principale compito di progettare il funzionamento complessivo della città, riducendosi a un'azione analoga alla progettazione di un centro commerciale: offrire un'efficiente infrastruttura capace di dare ampia accessibilità e visibilità ai vari brand.

La "città d'altri tempi" è quindi un prodotto "finito e pronto all'uso" predisposto per soddisfare dei clienti. Se una città è "finita e pronta all'uso", allora si nega alla città la sua natura di "opera", che Henri Lefebvre (1968) definiva come un processo creativo continuo dei suoi abitanti. La conseguenza è di sottrarre alle persone il diritto di partecipazione, allo stesso modo con cui a un consumatore non è data alcuna possibilità di intervenire nella creazione del prodotto. Tuttalpiù, alle persone intese come clienti si chiede di manifestare il proprio gradimento.

Quando il rinnovamento urbano di Le Plessis-Robinson era giunto alla seconda fase (1996) delle quattro previste, il sindaco Pemezec si inventò un'indagine per conoscere se i cittadini gradivano o meno l'architettura classicista appena realizzata, senza però preoccuparsi di chiedere se approvassero o meno anche la perdita di alloggi sociali, la demolizione a tabula rasa di un intero quartiere e la conseguente espulsione dei suoi abitanti. Al sondaggio parteciparono, su circa 20.000 residenti, solo 322 abitanti, il 75% dei quali votò a favore dell'architettura classicista[26]. L'esito del sondaggio servì poi a Pemezec per legittimare la scelta pregiudiziale dell'architettura classicista nella procedura dei *marchés de définition* che è stata utilizzata per realizzare la terza e quarta fase del rinnovamento urbano, un'altra forzatura tra le tante che però ha un risvolto importante: va a svuotare il ruolo che i cittadini dovrebbero avere nella pianificazione urbana.

A queste forzature c'è stata una resistenza di alcuni cittadini di Le Plessir-Robinson, ma i ricorsi amministrativi contro il piano urbanistico non hanno avuto alcun esito per il semplice motivo che questo genere di operazioni non ha, in sostanza, niente di irregolare, e pur tuttavia va a trasformare ineluttabilmente la città in merce e, conseguentemente, il cittadino in un cliente.

Oggi, gli abitanti di Le Plessis-Robinson sono complessivamente soddisfatti del rinnovamento urbano promosso, voluto e ostinatamente perseguito dal sindaco Philippe Pemezec (gollista, liberale e conservatore). Lo si può dedurre dal consenso sempre più crescente che il sindaco ha ottenuto a ogni sua rielezione: eletto con un numero risicato di voti nel 1989 è stato sindaco per i successivi 28 anni, raggiungendo nel 2014 il 77% dei voti.

Il sindaco Pemezec ha considerato il cittadino principalmente come un cliente e forse bisognerebbe iniziare a valutare se non sia il caso di spostare in questo campo il fronte di lotta, per pretendere come consumatore tutte quelle qualità dell'habitat a cui ogni cittadino dovrebbe aspirare.

[26] Jarfas 2011, 67; si veda anche Pemezec 2007, 83.

In una società a economia di mercato, l'affermazione che la città, in quanto luogo privilegiato di formazione della ricchezza, sia – parafrasando Marx – "una immane raccolta di merci" è oggi più attuale ed efficace che mai[27]. Quanto più questa consapevolezza cresce tanto più il marketing è destinato ad avere un ruolo sempre più importante nelle trasformazioni urbane, per la semplice ragione che creare valore, che è uno dei principali obiettivi del marketing, sta a monte anche di ogni scelta di una certa pianificazione urbana e territoriale di ispirazione neo-liberista, per la quale la città è essa stessa merce[28]. Per chi crede che la città sia invece "qualcosa di diverso", rimangono due vie: tenere alto il livello di attenzione per l'interesse collettivo sin dalle prime fasi della pianificazione urbana e rispolverare il "diritto alla città" di Lefebvre (1968)[29] allo scopo di affermare la giustizia sociale sia nella libertà d'uso e di appropriazione degli spazi urbani sia nei modi di partecipazione ai processi di urbanizzazione.

[27] Per un'esemplare lettura marxista della relazione tra forma urbana e processi economici, HARVEY 1989; su casi particolari GOODWIN 1993.

[28] Nel pensiero di Marx la città è intesa come un "luogo" in cui si realizza il plusvalore, mentre il concetto di "città come merce" è sviluppato dagli studi marxisti, si veda: LEFEBVRE 1973; FOLIN 1972; INDOVINA, CALABI 1973; INDOVINA 1981. Il pensiero di Indovina è ripreso in ATTILI 2013, 94: «La città-merce si configura come un filtro importante per leggere le significative trasformazioni che investono l'urbano».

[29] Il fronte di resistenza alla degradazione della città a merce ha come base Lefebvre (1968) e non è un caso che sia stato recentemente (2018) riedito da Ombre corte, con prefazione di Francesco Biagi: «il diritto alla città ... è il rovesciamento della città come merce». Sull'attualità del pensiero di Lefebvre si veda HARVEY 2016. A testimonianza che questo fronte sia ancora molto attivo si veda l'attività di Edoardo Salzano nel sito "Eddyburg".

Riferimenti bibliografici

ATTILI G. 2013. *Ideologia capitalistica e città merce*, in FREGOLENT L., SAVINIO M. (eds.), *Economia, società, territorio. Riflettendo con Francesco Indovina*, Franco Angeli, 91 ss.

BEARD R. 1982. *Walt Disney's EPCOT Center*, Walt Disney productions.

BLYTHE J. 2006. *Fondamenti di marketing*, Pearson.

BOLTANSKY L., ESQUIERRE A. 2019. *Arricchimento*, il Mulino.

BRESSI T. 2002. *The Seaside debates: A critique of the New Urbanism*, Rizzoli.

BROOKE S. 2005. *Seaside*, Pelican Publishing.

D'HAUTESERRE A-M. 2010. *Val d'Europe: A mega urban project partnered by Walt Disney Company and the French State*, in BRUNN S. (ed.), *Engineering Earth: The Impacts of Mega Engineering Projects*, Springer, 1127 ss.

DUANY A. 2004. *The Celebration controversies*. Disponibile in: *International Network for Traditional Building, Architecture & Urbanism (INTBAU)*, www.intbau.org (10 agosto 2004).

DEN HARTOG H. (ed.) 2011. *Shanghai New Towns: Searching for Community and Identity in a Sprawling Metropolis*, 010 Publishers.

EPPLI M.J., TU C.C. 1999. *Valuing the New Urbanism: The Impact of the New Urbanism on Prices of Single-family Homes*, Urban Land Institute.

FALCONER AL-HINDI K., STADDON C. 1997. *The hidden histories and geographies of neotraditional town planning: The case of Seaside, Florida*, in «Environment and Planning D Society and Space», June, 1997, 349 ss.

FOLIN M. 1972. *La città del capitale,* De Donato.

GALLO M. (mns.) *Shanghai One City Nine Towns. La città di fondazione nelle trasformazioni metropolitane della Cina contemporanea*, Tesi di Dottorato, XXVI ciclo (2012-2013), Scuola di Dottorato in "Architettura Teoria e Progetto", Università La Sapienza, Roma.

GOODWIN M. 1993. *The City as a Commodity: The Contested Spaces of Urban Development*, in KEARNS G., PHILO C. (eds.), *Selling Places*, Pergamon, 145 ss.

HARVEY D. 1989. *The Condition of Postmodernity*, Blackwell (trad. it. *La crisi della modernità*, Il Saggiatore, 1997).

HARVEY D. 2010. *L'enigma del capitale*, Feltrinelli.

HARVEY D. 2016. *Il capitalismo contro il diritto alla città. Neoliberalismo, urbanizzazione, resistenze*, Ombre corte.

HARVEY D. 2018. *Geografia del dominio*, Ombre corte.

INDOVINA F. 1981. *Città-merce e città-potere*, in BOLOGNINI M., *Spazio urbano e potere*, Franco Angeli.

HENRIOT C., MINOST M. 2017. *Thames Town, an English Cliché. The urban Production and Social Constructiona of a District Featuring Westerna-style Archetecture in Shangai*, in «China Perspective», 1, 2017, 79 ss.

INDOVINA F., CALABI D. 1973. *Sull'uso capitalistico del territorio*, in «Archivio di Studi Urbani e Regionali», 2, 1973, 3 ss.

INGALLINA P. 2004a. *Il progetto urbano. Dall'esperienza francese alla realtà italiana*, Franco Angeli.

INGALLINA P. 2004b. *Dal programma architettonico alla programmazione urbanistica*, in BEDRONE R. 2004. *I concorsi di architettura*, Alinea.

JARFAS O. 2011. *Les formes urbaines: instrument du projet urbain?* Disponibile in: http//issuu.com/olivier.f/docs/Olivier_jarfas_memoire (febbraio 2022).

KATZ P. 1994. *The New Urbanism: Toward an Architecture of Community*, McGraw-Hill Education.

KOTLER P. 1967. *Marketing Management*, Englewood Cliffs.

KOTLER P. 2010. *Marketing 3.0*, Il Sole 24 Ore.

KIM W.C., MAUBORGNE R. 2005. *Blue Ocean Strategy*, Boston, Harvard Business School Press, (trad. it. *Strategia Oceano Blu*, Etas, 2011).

KUNSTLER J.H. 1994. *Geography Of Nowhere: The Rise and Decline of America's Man-Made Lndscape*. Simon & Schuster.

LEFEBVRE H. 1968. *Le droit à la ville* (ed. it. 1970).

LEFEBVRE H. 1973. *Il marxismo e la città*, Mazzotta.

LUPO G., BADIANI B. 2019. *Ville "d'autrefois". La logique du marketing dans le renouvellement urbain du Plessis-Robinson,* in «Les Annales de la Recherche Urbaine», 113, 2019, 178 ss.

MACEDO A.C. 2016. *Learning from Seaside's Master Plan*, in «Journal of Engineering and Architecture», 2, 2016, 148 ss.

MEIER S., REIJNDORP A. 2012. *Residential Hyperspace: Building "Convincing Ambiences" for the Middle Classes*, in «Urban Geography», 33, 2012, 442 ss.

MISSION INTERMINISTÉRIELLE POUR LA QUALITÉ DES CONSTRUCTIONS PUBLIQUES (MIQCP) 1997. *Le marchés de definition*, Paris-La Defense, MIQCP.

MOHNEY D., EASTERLING K. 1991. *Seaside*, Phaidon.

MORONI S. 2007. *La città del liberalismo attivo*, Città Studi.

PEMEZEC P. 2007. *Bonheur de Ville*, Eyrolles.

PIAZZONI F. 2018. *The Real Fake. Authenticity and the Production of Space*, Fordham University Press

ROFFAT S. 2007. *Disney et la France: les vingt ans d'Euro Disneyland*, L'Harmattan.

ROSS A. 1999. *The celebration chronicles: life, liberty and the pursuit of property values in Disney's New Town*, Ballantine Books

SALZANO E. 2008. *La città dei proprietari,* in DE LUCA G. (ed.) *Discutendo intorno alla città del liberalismo attivo*, Alinea.

SORKIN M. 1992. *See You in Disneyland*, in SORKIN M (ed.), *Variations on a theme park*, The Noonday Press.

SPOERRY F. 1989. *L'architecture douce de Port Grimaud à Port Liberté*, Laffront.

TAGLIAVENTI G. 1996 *Rinascimento urbano: a vision of Europe*, Bologna.

WATSON, G., BENTLEY, I., ROAF, S., SMITH, P. (2004). *Learning from Poundbury. Research for the West Dorset District Council and the Duchy of Cornwall*, Oxford Brookes University.

Illustrazioni

Fig. 1 – Le Plesiss Robinson. Bois des Vallées

Fig. 2 – Baku. White City (2012-2017)
Source:
https://geoln.com/azerbaijan/baku/2686

Fig. 3 – Tianducheng (outskirts of Hangzhou), early 2007
Source:
https://www.ibtimes.com/chinese-city-wuhan-competes-be-next-new-york-city-1385619

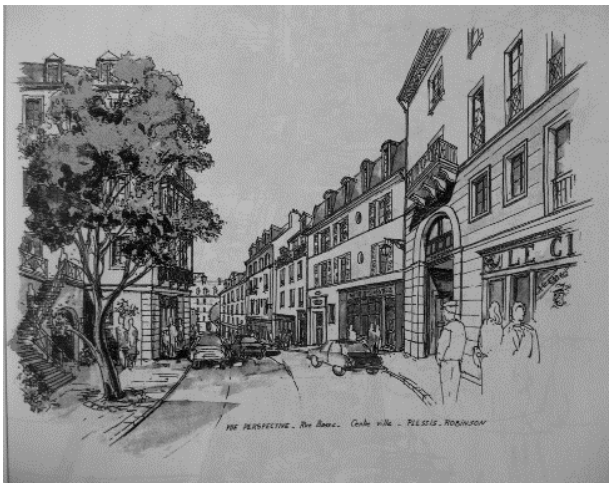


Fig. 4 – Le Plesiss-Robinson, Z.A.C. Coeur de Ville 1991. François Spoerry, veduta della strada principale del centro città.
Source: Le Plessis-Robinson, Urbanisme

Fig. 5 – Le Plesiss-Robinson, Coeur de Ville

Fig. 6 – Val d'Europe. Place Toscane

Fig. 7 – Kentlands. Elementary School
Source: http://northpotomacnews.org/?p=544

Fig. 8 – Le Plessis-Robinson, Avenue Charles de Gaulle

LO SPAZIO PUBBLICO COME LUOGO PER RIABITARE MONDI IN COMUNE

NICOLA **CAPONE**

&dq

Lo spazio pubblico come luogo per riabitare mondi in comune

Public Space as a Place to Re-Inhabit Shared Worlds

NICOLA CAPONE

Università degli studi di Salerno, laboratorio "H. Kelsen".
E-mail: ncapone@unisa.it

ABSTRACT
Lo "spazio pubblico" spesso risulta scollegato dalla "sfera pubblica", riducendosi a mera infrastruttura di supporto alla produzione e alla circolazione di merci e facendo venire meno in chi lo abita la capacità di "parlare e agire" insieme, che è la condizione di tutte le forme di organizzazione politica.
Per superare questa forma di "impotenza" i beni comuni potrebbero rappresentare un dispositivo relazionale capace di creare le condizioni per riabitare lo spazio nella sua pluralità di forme di vita e istituire nuove forme dello "stare in relazione".

"Public space" often proves to be disconnected from the "public sphere". That occurs when public space is reduced to an infrastructure, merely supporting production and circulation of goods, and when the ability to "talk and act" together - namely the precondition for all forms of political organisation - belongs no more to it. In order to overcome this form of "powerlessness", the commons could represent a relational device, capable to create the conditions to re-inhabit space with its plurality of forms of life and to institute new forms of "being in relation".

KEYWORDS
Spazio pubblico, beni comuni, Costituzione, diritti fondamentali, pratiche di cura

Public space, commons, Constitution, fundamental rights, care practices

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Lo spazio pubblico come luogo per riabitare mondi in comune

NICOLA CAPONE

1. *Lo spazio pubblico perduto* – 2. *Quando lo spazio pubblico si oscura* – 3. *Lo "spazio" che abbiamo in comune* – 4. *Dal* dove *del diritto al* qui *dei diritti, passando per i "beni comuni"* – 5. *Sei proposte di legge*.

APPENDICE: tabelle comparative

A coloro "che tentano già da ora
di fare esistere la possibilità
di un avvenire che non sia barbaro"
(STENGERS 2021, 51)

1. *Lo spazio pubblico perduto*

L'emergenza pandemica, attraverso l'adozione di una serie di misure securitarie, ha evidenziato e accelerato un fenomeno iniziato alla fine del secolo scorso: quello dell'erosione, all'interno delle grandi metropoli, dello spazio pubblico. A una rilevazione empirica delle circostanze, non è inesatto parlare di uno spazio pubblico cittadino ridotto a mera infrastruttura di supporto alla circolazione di mezzi e persone, funzionale alla quasi esclusiva soddisfazione di bisogni legati alla produzione o al consumo. Le strade carrabili, caratterizzate da una lunga schiera di vetrine e fast food lungo "strade corridoio"[1] che fanno somigliare le città a degli immensi centri commerciali, costituiscono forse l'elemento più emblematico. Quanto lontani siamo dagli scenari che un poeta e scrittore come Jorge Luís Borges offriva a proposito della sua città: «Le strade di Buenos Aires / ormai sono le mie viscere. / Non le avide strade, / scomode di folla e di strapazzo, / ma le strade indolenti del quartiere, / quasi invisibili poiché abituali, / intenerite di penombra e di crepuscolo / e quelle più fuori mano / libere di alberi pietosi / dove austere casette appena si avventurano, / schiacciate da immortali distanze, / a perdersi nella profonda visione / di cielo e di pianura»[2].

Nello scenario della città contemporanea, infatti, cosa resta dello spazio pubblico, dello spazio intimo? Uffici, scuole, ospedali, caserme e mezzi di trasporto (spesso pochi e male equipaggiati) e "scatole murarie" adibite ad appartamenti. Tutti ambienti caratterizzati, tra l'altro, dall'essere quasi sempre inadeguati e realizzati in una scala "fuori misura" in quanto registrano una disconnessione rispetto ai bisogni che dovrebbero invece soddisfare; sicché l'esperienza dell'abitare la città è resa *de facto* quasi impossibile, come se ci si fosse dimenticati che «l'abitare è un godimento del mondo, un soddisfarsi di esso avendone bisogno»[3].

Assistiamo, così, come ci rammenta Orsetta Giolo allo scollamento tra "spazio pubblico" e "sfera pubblica", per cui è ormai palese che «nel contesto della città contemporanea, della città globale e neoliberale, queste due espressioni tendono a non corrispondere più. Per una ragione principale: lo spazio pubblico viene sempre maggiormente inteso non come spazio simbolico ma fisico, letteralmente come *spazio urbano* pubblico»[4]. Ecco perché, forse, le metropoli sono ossessionate dalla sicurezza e si trasformano in delle vere e proprie fortezze; non sono sempre possibili "pratiche di cura", cioè pratiche relazionali, per cui la dimensione del riconoscimento dell'altro e dell'ambiente circostante diviene la cifra stessa della vita urbana.

[1] LA CECLA 2011, 34.
[2] BORGES 2010.
[3] LA CECLA 2011, 54.
[4] GIOLO 2021, 54.

Nelle aree interne, invece, è spesso ancora possibile fare esperienza della città "abitabile" in cui l'artefatto urbano – con le sue piazze e le sue strade pedonalizzate, i suoi giardini e spazi aperti – si fa "paese", si integra cioè con lo spazio non-urbano e con le esperienze non-umane, come la nidificazione degli uccelli migratori, il proliferare della vegetazione spontanea e la presenza di animali non addomesticati.

Si potrebbe anche dire che lo spazio, in questa dimensione, si fa "paesaggio", perché i due termini della "finitezza chiusa" dell'abitato e della "infinità illimitata" dello spazio aperto che vi è intorno entrano in tensione reciproca. Lo spazio che si costituisce come paesaggio, infatti, come magistralmente scrive Rosario Assunto, «è uno spazio in cui l'infinità e la finitezza si congiungono, passano l'una nell'altra, sicché la finitezza, aprendosi, diventa infinita per la continuità, che in essa viene ad instaurarsi, del limite e dell'illimitato [...]; mentre l'infinità, come infinità *limitata*, scende per così dire, nella finitezza e di essa fa come il proprio specchio»[5].

Questa definizione di paesaggio può far pensare a borghi come quelli di Valva in Abruzzo, in cui la linea dei tetti embricati *apre* la via dell'immaginario a quella non definita del cielo. In spazi come questi sembra quindi possibile fare quell'esperienza di vita intima poeticamente espressa da Leopardi ne *L'infinito*: «Sempre caro mi fu quest'ermo colle, / e questa siepe, che da tanta parte / dell'ultimo orizzonte il guardo esclude. / Ma, sedendo e mirando, interminati / spazi di là da quella, e sovrumani / silenzi, e profondissima quiete / io nel pensier mi fingo; ove per poco / il cor non si spaura».

Dunque, lo spazio pubblico, fuori dallo spaesamento metropolitano, si mostra nella sua complessità di elementi come spazio in comune, per tendere a una coincidenza tra sfera intima e pubblica, rimettendo in discussione l'autorappresentazione che una comunità insediata ha di sé e che intende mostrare a chi è ancora "straniero". È questa una polarizzazione un po' forzata, certo, ma ben consapevole. Il ricorso a questa immagine è infatti utile a chiarire cosa è realmente mancato durante le quarantene collettive: lo spazio pubblico come luogo di cura delle relazioni umane e altro che umane, dove ciascuna persona può essere vista ed essere udita dalle altre che le appaiono innanzi; in un gioco di tracciati e traiettorie non perimetrabili in cui ognuna vede e ode da una diversa posizione. Come scrive la politologa e filosofa Hannah Arendt, è «questo è il significato della vita pubblica»[6] e «la fine del mondo comune è destinata a prodursi quando esso viene visto sotto un unico aspetto e può mostrarsi in una sola prospettiva»[7].

La prossemica pandemica, con il suo corredo normativo, ha imposto un ordine spaziale-relazionale teso a garantire il "distanziamento sociale"; distanziamento che non si sostanziava nel metro e mezzo di distanza imposto all'incontro con l'altre persone ma nell'impossibilità di relazionarsi con esse nella sfera pubblica, ignorando – come ci ricorda Valerio Nitrato Izzo – che «*chi* e *come* appare, porta con sé una pretesa di soggettività politica e giuridica che non può essere ignorata nel conflitto sulla definizione dell'ordine»[8].

Diciamo pure che la politica spaziale pandemica ha esasperato una tendenza già viva da tempo nello spazio pubblico metropolitano, in cui le relazioni prevalenti sono di carattere economico e consumistico e producono quella alienazione sociale e spaziale connessa a una sensazione di solitudine e spaesamento pur da parte di soggettività immerse all'interno di metropoli abitate da milioni di persone.

2. *Quando lo spazio pubblico si oscura*

Siamo, insomma, in uno di quei periodi «in cui lo spazio pubblico si oscura e il mondo diventa così incerto che le persone non chiedono alla politica se non di prestare la dovuta attenzione ai

[5] Assunto 2005, 20.
[6] Arendt 1999, 43.
[7] Arendt 1999, 43.
[8] Nitrato Izzo 2021, 45.

loro interessi vitali e alla loro libertà privata»[9]. E questi momenti della storia «li si può chiamare "tempi bui" (Brecht)»[10].

È in periodi come questi che "può" prendere il sopravvento la tirannia, che è tra le forme politiche più dannose della storia umana. Essa è tale non tanto per l'efferatezza della violenza o per l'arbitrio della forza che è capace di esibire: una tirannia può essere abbastanza benevola da non necessitare di questi strumenti per ottenere obbedienza, e d'altronde, violenza e forza sono caratteristiche condivise anche da regimi politici non tirannici, almeno nella forma. La tirannia è tale – ci ricorda Hannah Arendt recuperando la lezione di Montesquieu – perché «è sempre caratterizzata dall'impotenza dei suoi sudditi, che hanno perduto la propria facoltà di parlare e di agire insieme»[11]. Essa contraddice «la condizione umana essenziale della pluralità, dell'agire e parlare insieme, che è la condizione di tutte le forme di organizzazione politica»[12]. Dove serpeggia questa forma di *impotenza*, allora lì c'è il germe della tirannia, lì c'è l'ombra del tiranno. Se rovesciamo lo schema logico che sottende questa evidenza possiamo certamente affermare che per impedire che questa forma di governo, o forma di vita, prevalga è necessario esercitare il *potere* dello *stare insieme/stare con*.

Questa essenziale e speciale forma dell'*esserci*, per non contraddire sé stessa, deve essere caratterizzata dalla *pluralità* dei corpi, delle voci e dei volti – di corpi in azione, di voci parlanti, di volti espressivi. Con Adriana Cavarero potremmo dire che questa *forma pura* del politico – messa in evidenza da Arendt – è il luogo *sorgivo* del *potere*, il quale può scaturire solo là dove gli esseri umani (e, aggiungiamo, "altro che umani") *agiscono insieme*. Il *potere* è – alla radice – la possibilità di questo accadere plurale. La parola stessa *potere* indica il suo carattere potenziale, esso è sempre un *poter-essere* e per questo coincide con le condizioni che consentono il suo *sgorgare*. «Il potere è realizzato solo dove parole e azioni si sostengono a vicenda, dove le parole non sono vuote e i gesti non sono brutali»[13]. È questa forma di potere che mantiene in vita la sfera pubblica, lo spazio potenziale dell'apparire dei viventi l'uno all'altra, riconoscendosi nelle loro differenze. Le forme concrete di riconoscimento e partecipazione alla sfera pubblica determinano le *forme di governo*. Ecco perché il potere, in questa prospettiva, deve essere diffuso, condiviso, non verticistico ed estraneo alle logiche coercitive della violenza. Se il potere si concentra nel governo, che a sua volta impedisce lo stare insieme dei corpi, il loro prendere parola, il loro *con-spirare*, non resta che la violenza e la forza, che atrofizzano la sfera pubblica provocando la morte di qualsiasi corpo politico.

Per dirla ancora con Adriana Cavarero, non si tratta di lottare per il potere, ma di praticare un'altra forma di potere che sia diffuso e che ci permetta di attingere alla stessa «*sorgente plurale del potere* che genera, alimenta e delimita lo spazio dell'interazione»[14]. Questo spazio, che è lo spazio plurale dell'apparire incarnato di soggetti strutturalmente irrelati, coincide con quello che Arendt chiama lo *spazio pubblico*. È solo in questa dimensione che possiamo fare esperienza della *felicità pubblica*, ovvero, dell'emozione autenticamente gioiosa che è potenzialmente esperibile da chiunque partecipi a dei momenti sorgivi del *politico*. La filosofa e politologa italiana rende esplicito questo concetto recuperando e facendo interagire l'etimologia latina e inglese del termine "felicità". Nella sua radice latina *felix* – che riprende la matrice greca *phyo* – felicità richiama la *fecondità*; mentre nella sua etimologia inglese *happiness* ha la stessa radice del verbo *(to) happen*, *-hap*, che a che fare con l'*eventualità*. Nella lettura arendtiana di Cavarero queste due etimologie non sono alternative, ma convergenti. La *fecondità*, la *sorgività*, «funziona come condizione onto-

9 Arendt 2008, 59.
10 Arendt 2008, 59.
11 Arendt 2005, 149.
12 Arendt 2005, 149.
13 Arendt 2005, 146.
14 Cavarero 2019, 21.

logica dell'azione politica e perciò della felicità pubblica»[15], ma la felicità pubblica «non è qualcosa di programmato e calcolato, bensì, capita quando gli esseri umani agiscono di concerto»[16].

Essa è data dal nostro *interagire plurale su uno spazio pubblico condiviso*, la qual cosa significa che

> «la politica non è dell'ordine dell'essere ma della relazione, evenemenziale e sempre contingente, tra una serie di attori, plurali e distinti, che danno vita ad uno spazio *fisico* di incontro[17]; che la pluralità «è carattere coestensivo dell'agire»[18]; che «la politica comincia solo quando si ripete il gesto che dà origine al mondo: quella nascita che ci consegna al mondo nel segno dell'unicità»[19].

Dunque, se *idiota* è chi riesce a fare solo esperienze private perché preda dell'*angoscia relazionale*, vittima dell'impotenza di sentirsi inadeguatə e di non avere scampo a relazioni deludenti; *felice* sarà chi *prende parte* alla faticosa costruzione di un *mondo in comune* come atto di *re-esistenza* contro ogni forma di tirannia, assumendosi il rischio e la gioia di essere *vulnerabile*, cioè ontologicamente *apertə* alla relazione con l'altrə. *Fare spazio comune* in questa prospettiva significa creare *spazi sorgivi*; rendere il *potere* diffuso, aprendo interstizi nello spazio apparentemente compatto e immodificabile delle società segnate dallo sfruttamento e dalla violenza; "inselvatichire il mondo"[20] fiorendo fra le crepe delle sue sontuose rovine; *istituire* nuove forme (giuridiche, politiche, economiche, sociali) dell'*essere in relazione* – capaci di ramificarsi e amplificare le possibilità concrete di un altro *mondo possibile*.

In queste pratiche, di cui bisogna avere estrema cura, ci sono i presupposti per un nuovo diritto, per nuove forme di governo, per una nuova *razionalità* capace di *cercare*, *creare*, *immaginare* e *sentire* nuovi legami, piuttosto che separare e mortificare. Perché ciò avvenga bisogna *coltivare l'eventualità* di spazi sorgivi, prepararsi all'inatteso, o, per dirla con Stengers, richiamata da Nicola Manghi[21], si tratta di «pensare il possibile contro il probabile»[22].

3. *Lo "spazio" che abbiamo in comune*

Per avviare un tale cambio di paradigma dobbiamo, probabilmente, riconsiderare la nozione stessa di spazio, con cui categorie come "pubblico", "privato", "intimo" e "comune" interagiscono. Dal punto di vista giuridico, un prezioso spunto ci viene offerto da un maestro del diritto come Stefano Rodotà che auspicava la "costituzionalizzazione della persona"[23], superando la tradizione giuridica, di matrice tedesca, che fa prevalere una nozione astratta del soggetto e che ha come presupposto categoriale una distinzione tra persona fisica e persona giuridica. Kelsen, che è il maggior interprete di questa tendenza, si spinge fino all'asserzione secondo cui «la cosiddetta persona fisica non è [...] un uomo, bensì l'unità personificata delle norme giuridiche che attribuiscono doveri e diritti al medesimo uomo»[24]. Insomma, come sottolinea lo stesso Rodotà, per questa via la "persona" diventa «un puro centro di imputazione di situazioni giuridiche»[25]. Con il paradigma costituzionale, all'opposto, assume rilievo la dignità umana, il carattere sociale del-

[15] Cavarero 2019, 67.
[16] Cavarero 2019, 72.
[17] Mormino 2020.
[18] Mormino 2020.
[19] Mormino 2020.
[20] Ferran et al. (eds.) 2019.
[21] Stengers 2021, 26.
[22] Stengers 2013, 92.
[23] Rodotà 2012, 153.
[24] Kelsen 1996, 198.
[25] Rodotà 2012, 151.

la persona, il suo essere soggetto incarnato. Bastano qui i riferimenti agli articoli 2, 3, 32 della Costituzione italiana per constatare che il centro di gravità della nostra "Legge fondamentale"[26] è il "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3, c.2 Cost.).

Intersecando questa nozione con il portato teorico delle *Environmental Humanities*[27], delle *Ecologie politiche*[28] e dei femminismi contemporanei che praticano pensiero e fabulazioni nel nuovo orizzonte ecologico[29], emerge con chiarezza che non possiamo pensare la persona umana, specie se la guardiamo dalla lente costituzionale, sradicata dalla rete della vita. Questo per una semplice osservazione: «il lavoro di riproduzione e rigenerazione dei sapiens è transpecie, le sue condizioni di possibilità sono garantite dalla Terra e da tutti gli esseri che la popolano, il suo stesso divenire è il risultato dello sforzo congiunto di batteri, primati, oceani e ghiacciai. [...] la nostra salute è interrelata a molteplici variabili viventi e non viventi all'interno dei sistemi simpoietici che *fanno* la Terra»[30]. È lecito allora chiedersi con Donna Haraway «perché i nostri corpi dovrebbero terminare con la pelle?»[31] visto che a livello sia microscopico che macroscopico viviamo in simbiosi con altre forme di vita? A livello cellulare, ad esempio, è cosa nota che i mitocondri sono di origine batterica e sono le "centraline energetiche delle cellule", le quali senza il loro contributo non potrebbero svolgere le loro funzioni. Tutte le cellule eucariote, cioè tutte le cellule animali (e dunque anche le nostre) sono organismi simbionti. Il corpo umano stesso, considerato nella sua unità complessa, quanto vivrebbe senza ossigeno, cioè senza il lavoro fotosintetico della comunità vivente delle piante e dei vegetali? E quanto resisterebbe senza nutrirsi di tutto ciò che quotidianamente cresce dal suolo, grazie al meticoloso lavoro di microrganismi, insetti, volatili, ecc. ecc.? Queste brevi considerazioni, credo, ci inducono a riflettere sul fatto che non possiamo pensare la persona umana astratta dalle interrelazioni con il vivente. Ecco perché ho, già altrove, avanzato l'ipotesi di "costituzionalizzazione dello spazio"[32].

Attraverso il paradigma costituzionale, infatti, lo spazio può assumere una dimensione sociale ed ecologica, può diventare il luogo in cui le relazioni infra-specie e intra-specie si fanno concrete. In questa chiave esso può risuonare come "spazio-in-comune di libertà"[33], il luogo dello scambio ma anche il luogo dell'abitare, dell'imparare a riabitare in quanto la nostra interrelazione con esso è mediata dall'esercizio di quei diritti fondamentali che sono il principio stesso della Costituzione.

In questa prospettiva lo spazio funzionalizzato alla dinamica relazionale è, forse, una delle novità più importanti introdotte dal paradigma costituzionale, in quanto permette agli abitanti umani e "altro che umani" – insediati in un luogo, o suoi ospiti transitori – di connettersi, di svelare le connessioni profonde che sostengono la fitta "rete della vita"[34]. Per cui lo spazio, nella sua complessità e porosità, è agente attivo nella produzione delle relazioni, e insieme è il prodotto delle relazioni che contribuisce a istituire. Questa coproduzione di spazi-di-relazione passa per il valore d'uso che hanno i corpi nello spazio e lo spazio attraverso i corpi; è attraverso l'uso condiviso e cooperativo che facciamo del corpo spazializzato e dello spazio incorporato che il mondo *si fa* nella sua molteplicità. Per questa via il tema centrale, non solo giuridicamente parlando, diventa l'accesso alle risorse presenti nello spazio insieme alle loro forme d'uso e non il loro possesso. Difatti, nella trama costituzionale la proprietà – che lungo tutta la modernità è stata segnata dalla dinamica delle *enclousures* – è relativizzata e intrinsecamente orientata alla

[26] Art. XVIII delle *Disposizioni transitorie e finali*.
[27] ARMIERO et al. (eds.) 2021.
[28] ECOLOGIE POLITICHE DEL PRESENTE (eds.) 2021.
[29] BALZANO et al. (eds.) 2022.
[30] BALZANO et al. 2022, 27.
[31] HARAWAY 2018, 79.
[32] CAPONE 2020, 84 ss.
[33] CAPONE 2020, 21.
[34] CAPRA 2010.

funzione sociale[35] e lo spazio, inteso come paesaggio dall'art. 9 e non come mero supporto catastale, è funzionalizzato al perfezionamento del regime democratico e al soddisfacimento e all'esercizio dei diritti fondamentali della persona umana, ovvero alla sua piena realizzazione, come singolo e come appartenente ad una comunità ecologica, abitata da non solo umani.

Insomma, ritornare con un pensiero nuovo negli spazi che finora abbiamo attraversato come semplici supporti logistici e con cui abbiamo interagito invisibilizzando la molteplicità di forme di vita da cui sono caratterizzati, ci dà la possibilità di reinventare una relazione con le "cose" del mondo. Se da questa prospettiva pensiamo al paesaggio, al mondo rurale o al cosiddetto "mondo naturale" (un'astrazione, o meglio, un artificio speculativo per reificare l'ambiente circostante); o se rivalutiamo il rapporto (intra-specie) tra noi esseri umani, considerando anche la relazione (infra-specie) che intratteniamo con le altre forme di vita, diventa ineludibile pensare e immaginare nuovamente il tipo di ibridazione che dobbiamo stringere con tutte le altre specie viventi che abitano la comunità biotica e che costituisce quello che Lovelock chiama "Gaia"[36]. Dentro questo mondo ripensato, con un pensiero nuovo, un piccolo spazio urbano, un luogo anche di dimensioni ridotte è connesso nella rete complessa della vita e questa interazione tra spazi, vita sociale, democrazia, paesaggio richiede un profondo ripensamento del nostro rapporto con noi stessi e con le cose con cui e attraverso cui viviamo.

Per dirla ancora più chiaramente, tutti gli esseri viventi sono costitutivamente soggetti in relazione, realtà irrelate, embricate nella trama della vita. E se è vero che l'essere umano si fa umano nelle relazioni interumane questo non può giustificare l'invisibilizzazione del vivente e la sua colonizzazione. Le altre specie viventi sono tra noi, sono in noi e in tantissimi casi, con brutale cinismo, letteralmente ci nutriamo di loro (ogni anno vengono macellati 170 miliardi di animali non umani a fronte di 8 miliardi di umani). Si tratta allora di riconnetterci e per fare questo occorre ripensare gli strumenti anche giuridici, forse soprattutto giuridici, che regolano il nostro agire, cercando però di non cadere nel tranello della romanticizzazione antropocentrica, per cui saremo noi, da soli, a salvare il pianeta. Per farlo dobbiamo pensare alle relazioni come una forma di cura, come un modo per riparare i mondi che abitiamo. Del resto, come scrive María de la Bellacasa «affinché la vita possa continuare nei e con i suoi processi, è necessario che la materia che la costituisce sia nutrita e il suo fluire favorito»[37].

Nel paradigma costituzionale potremmo ritrovare le risorse di pensiero giuridico, culturale e politico per consentirci – anche alla luce della recente riforma costituzionale[38] e degli avanzamenti presenti in tal senso nelle esperienze sudamericane[39] – di "re-inventare" completamente lo spazio terrestre[40]. Se concepito in questa chiave, aumenta la possibilità di ripensare i rapporti umani e i rapporti infra-specie, che in questo momento sono occlusi da una mentalità limitante e tesa prevalentemente a estrarre valore economico da tutto ciò che incontra, spingendo l'intera umanità nella catastrofe

[35] Rodotà 2013; Maddalena 2020.

[36] Lavelock 2011.

[37] Bellacasa 2022, 141.

[38] Proposta di legge costituzionale n. 3156-B, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, approvata dalla Camera e dal Senato e trasmessa dal Presidente del Senato della Repubblica il 5 novembre 2021. Il testo dell'art. 9 della Costituzione, a seguito della riforma costituzionale è il seguente: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. / Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. / Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

Il testo dell'articolo 41, invece, così recita: «L'iniziativa economica privata è libera. / Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. / La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali» (in grassetto le parti aggiunte).

[39] In tal senso, per individuare le potenzialità e le criticità del paradigma costituzionale nella prospettiva della "politica costituzionale" vedi Carducci 2016, 2018.

[40] Ferrajoli 2022.

ecologica. Dinanzi a questo bivio l'intensificazione e l'estensione del paradigma costituzionale, anche oltre gli stati nazionali[41], pare – sul piano giuridico e politico – un modo efficace per ancorare le democrazie nazionali alle garanzie dei diritti fondamentali, in chiave transpecista.

4. *Dal* dove *del diritto al* qui *dei diritti, passando per i "beni comuni"*

Per questa via, se consideriamo che il diritto ha «necessariamente bisogno di un *dove*»[42] entro cui essere effettivo e che i diritti fondamentali, garantiti tutelati e promossi dalla Costituzione, necessitano di un *dove* attraverso cui e con cui essere esercitati; e se consideriamo anche che il diritto dispone e regola fenomeni sociali complessi e che i diritti performano il diritto stesso attraverso la continua produzione di spazio, entro cui il *dove* costitutivo dell'esperienza giuridica è trasmutato in un *qui* (un luogo) denso di relazioni, allora dobbiamo trovare il modo (ora) di rendere generativa di effetti concreti questa tensione.

Va detto che la dinamica ricorsiva fra diritto e diritti è già viva nell'impianto costituzionale laddove c'è un continuo scambio tra norme costituzionali e leggi ordinarie garantito dal controllo di legittimità costituzionale. Questo, come scrive Calamandrei, produce un doppio vincolo, giuridico e politico, per cui: «non [si] può fare contro la Costituzione, [si] deve fare secondo la Costituzione»[43].

Nell'ultimo decennio il tentativo di tenere viva questa tensione e renderla prolifera di effetti concreti anche sul piano del diritto ha permesso di elaborare una categoria giuridica e politica che può contribuire a rendere effettiva la prospettiva indicata.

Faccio riferimento ai "beni comuni" che in questi anni si sono dati come un potente dispositivo di trasformazione del mondo delle relazioni inter-extra-umane. Al centro di questa forma di interazione vi è l'esercizio dei diritti fondamentali nella loro dimensione sistemico-ecologica. Le cose, i beni, gli umani e tutto ciò che è altro che umano, in questa comunanza fatta di interconnessioni sempre mutevoli, trasformano lo spazio in luoghi del vivere e della convivialità in cui a prevalere è il valore d'uso collettivo fondato su pratiche di cura; luoghi attraverso cui è possibile ri-produrre la condizione prima affinché questa forma "inattesa" dell'incontro possa darsi, ovvero, la vulnerabilità – intesa come presupposto ontologico ed epistemologico dell'essere aperto/esposto all'incontro.

I beni comuni, in tal senso, mettono in discussione le forme d'uso esclusive dello spazio e dei beni, che dai primi anni Novanta sono invece diventati sempre più il cardine di una visione privatistica e contrattualistica dell'esistente; l'individuo è sciolto dalla sua egoica astrattezza e messo in contatto con la sua intima natura relazionale.

Proviamo ora a guardare questo tema più nel dettaglio, cercando di tracciare alcune delle traiettorie che innervano il discorso sul tema e infine fare il punto sulle proposte di legge sul tema. Per farlo, useremo un linguaggio meno evocativo e costruttivo di senso, al fine di calarci con più precisione *in medias res*.

Quando parliamo di beni comuni intendiamo quelle cose, materiali e immateriali, che, per la loro natura e per la loro funzione, funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e soddisfano bisogni socialmente ed ecologicamente rilevanti, servendo immediatamente la collettività, la quale, in persona dei suoi componenti è ammessa istituzionalmente all'uso, alla gestione e al godimento in forme dirette, partecipate e non esclusive dei beni comuni a tutela delle generazioni presenti e future e del loro contesto ecologico.

[41] Ferrajoli 2022, 14 ss.
[42] Bernardini, Giolo 2021, 7 ss.
[43] Calamandrei 1956.

Questa definizione riprende, in parte, il cuore dell'elaborazione compiuta sul tema dalla Commissione sui beni pubblici presieduta da Stefano Rodotà e istituita il 21 giugno 2007, con decreto del ministro della Giustizia, al fine di elaborare uno schema di legge delega «per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici»[44]. Una definizione, quella della Commissione Rodotà, per molti profili problematica e contraddittoria[45] ma che ha il merito di aver riconosciuto il nesso esistente fra taluni beni e l'esercizio dei diritti fondamentali. Questa *tessitura* è potentemente generativa perché attraverso di essa è possibile constatare che i beni comuni sono *creati* dall'esercizio stesso dei diritti fondamentali[46] e pertanto presuppongono sempre una *comunità di riferimento* nel processo del loro riconoscimento. Inoltre, mettono in luce il fatto che i diritti fondamentali per essere efficaci non solo necessitano di una dimensione ecologica e collettiva ma hanno sempre bisogno di *fare uso/avere cura* dello spazio e dei beni che lo costituiscono, in una modalità che sfugge alla logica proprietaria[47].

Una dimensione, quest'ultima, che irretisce quasi totalmente il *mondo dei beni* e delle persone nell'ottica esclusiva del valore di scambio e dell'utilitarismo. Per questo motivo, secondo la Commissione, i beni comuni sono da intendersi a *titolarità diffusa*. Questa indicazione, però, nello schema di legge delega resta una formula indecisa alludendo ad un *oltre* il pubblico e il privato che ha ingenerato non poche difficoltà interpretative[48]. Più coerente appare, invece, l'interpretazione che della stessa espressione dà Paolo Maddalena, giurista e giudice emerito della Corte costituzionale. Per beni a *titolarità diffusa*, Maddalena intende i beni di *appartenenza collettiva* (*beni pubblici in proprietà collettiva demaniale*) di cui lo Stato e gli enti territoriali – in quanto enti esponenziali della collettività[49] – sono titolari al solo fine di garantirne l'accessibilità e la fruibilità collettiva, in base ai principi democratici di *partecipazione* (Art. 3, comma 2 Cost.) e *sussidiarietà* (art. 118, comma 4 Cost.; TUEL, L. 267/2000, art. 3, comma 5). La "fruizione collettiva", infatti, «può esistere solo se si ammette una "proprietà collettiva" dei beni»[50].

I beni comuni, pertanto, non sono da intendersi come un'ulteriore fattispecie. Essi sono piuttosto una *qualità emergente* dalla trama relazionale di cui sono costituiti i beni stessi. *Qualità* che intensifica la relazione tra *mondo dei beni* e *mondo delle persone* già istituita dal paradigma costituzionale. Ragion per cui sarebbe più opportuno dire «*più* che pubblico *più* che privato, *comune*»[51] in luogo del motto «*oltre* il pubblico, *oltre* il privato, il *comune*»[52]. In sostanza, l'introduzione della nozione dei beni comuni crea un *campo di interazione* che permette di rivisitare categorie quali la *proprietà*, rivitalizzando la richiamata prospettiva costituzionale, che dalla seconda metà del Novecento rappresenta forse l'unico vero e proprio *scandalo* (pietra di inciampo) in campo giuridico e politico[53].

Dunque, i beni riconosciuti come beni comuni assumono (rivitalizzandole) le qualità proprie del *Demanio* – cioè sono da intendersi *fuori commercio*, *inalienabili* e *inusucapibili* – ma in quanto *comuni* essi manifestano un *aliquid novum*, ovvero non possono essere *sdemanializzabili* e implicano necessariamente la più ampia partecipazione possibile nell'uso, nel governo e nella loro gestione, configurandosi in tal modo come vere e proprie *istituzioni* democratiche a garanzia dell'effettivo esercizio e soddisfacimento dei diritti fondamentali.

Questa prospettiva, come abbiamo già detto, ha come punto focale il dettato costituzionale. In particolare, attraverso la nozione dei beni comuni, viene in rilievo la *funzione sociale* che deve

[44] Mattei et al. (eds.) 2007; (eds.) 2010.
[45] Maddalena 2020, 83 ss.; 2021.
[46] Rodotà 2018.
[47] Capone 2020, 102 ss.
[48] Maddalena 2020 83 ss.
[49] Giannini 1963.
[50] Maddalena 2021.
[51] Capone 2020.
[52] Marella (eds.) 2015.
[53] Fioravanti 2009, Fioravanti 2020; Maddalena 2020; Rodotà 2012.

svolgere la *proprietà*, sia essa pubblica che privata (art. 42 Cost.)[54]; *funzione* da non intendersi come limite esterno ma come elemento strutturale del regime proprietario. Valga come formula l'espressione lapidaria di Perlingieri, il quale afferma: «la proprietà pubblica *è* funzione sociale, la proprietà privata *ha* funzione sociale»[55]. In tal senso è possibile superare un approccio patrimoniale che intende i beni pubblici solo come mezzi per soddisfare gli interessi esclusivi dello Stato-apparato. All'opposto, lo Stato, in relazione a determinati beni, è da intendersi come Stato comunità che ha il compito di tutelare e garantire gli interessi collettivi dell'intera comunità, a cui quei beni appartengono a titolo di sovranità[56]. Questo *interesse collettivo* si proietta sia sulla proprietà privata, che infatti è *riconosciuta* e *garantita* dalla legge «allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti» (art. 42, comma 2, Cost.), sia sull'iniziativa economica privata, che è libera ma «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (Art. 41, Cost.).

A questo punto, seguendo la riflessione preziosa di Paolo Maddalena, è possibile meglio precisare anche la definizione di *bene in senso giuridico*. Esso

> «deve essere tale da comprendere, oltre ai beni che possono essere oggetto di diritti individuali, anche i beni che possono essere oggetto di diritti collettivi, e pertanto occorre aggiungere alla definizione di cui al vigente art. 810 del codice civile anche il riferimento ai beni che sono oggetto di "tutela giuridica". Si pensi alla biosfera, agli ecosistemi, alla comunità biotica, ecc., i quali sono certamente beni, ma non rientrano affatto in detta definizione. Occorre poi, ovviamente, far riferimento, non solo alle cose materiali, ma anche alle cose immateriali, tra le quali rientrano i servizi, le servitù pubbliche, e così via dicendo»[57].

Questa vera e propria rivoluzione concettuale non può tradursi in norme efficaci se non viene superata la contraddizione persistente nel nostro ordinamento giuridico tra il Codice civile risalente al 1942 – che ha come suo cardine la tutela della proprietà privata – e la Costituzione entrata in vigore nel 1948 – che ha come suo cuore pulsante il pieno e libero sviluppo della persona, come singolo e come parte di un contesto sociale ed ecologico. Da qui discende la necessità di costituzionalizzare il Codice civile aggiornando le definizioni di "proprietà privata" e di "demanio".

Quanto alla nuova definizione di "proprietà privata" – *proprietà* di cui oggi il proprietario può *godere* e *disporre* «in modo pieno e esclusivo» (art. 832 del Codice civile) – Paolo Maddalena, in quanto ispiratore di uno dei Disegni di Legge presentati in Parlamento, propone il seguente articolato: «il proprietario gode della cosa, assicurandone la sua funzione sociale. Dispone della cosa in modo da non contrastare l'utilità pubblica e di non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»[58]. Una proposta chiara (ed elegante sotto il profilo stilistico) che accorda la disarmonia tra Codice civile e Costituzione.

Per quanto riguarda, invece, la nuova definizione del *Demanio* – che il Codice civile riduce ad una muta elencazione – ancora Maddalena suggerisce di ricorrere a una definizione ermeneutica, che indichi i *criteri di individuazione* dei beni demaniali, piuttosto che una loro elencazione tassonomica, la quale è di fatto impossibile. A tal proposito scrive:

> «In questa prospettiva, occorre tener presente il carattere dinamico della nostra Costituzione, il cui fine, come si è già sottolineato, è quello del libero svolgimento della persona, la sua partecipazione alla vita pubblica, l'eguaglianza e la libertà dei cittadini, l'esercizio dei diritti fondamentali (art. 3, comma

[54] Rodotà 2013; Perlingieri 2012, Perlingieri 2006; Maddalena 2014.
[55] Perlingieri 2006, 632.
[56] Giannini 1971; Giannini 1963; Maddalena 2014; 2021.
[57] Maddalena 2021.
[58] DdL n. 1436/2019, prima firmataria la senatrice P. Nugnes.

> 2, Cost.), nonché il progresso materiale e spirituale della società (art. 4, comma 2, Cost.). Appare allora evidente che una definizione dei criteri di individuazione dei beni in proprietà pubblica dovrebbe far riferimento ai beni che per le loro caratteristiche sono in grado di garantire, non solo la "sovranità" dello Stato comunità, e quindi la sua "esistenza" e la sua "identità"[59], ma anche il perseguimento di detti fini, e soprattutto l'esercizio dei diritti fondamentali»[60].

In questa ottica costituzionale fanno parte del demanio

> «la biosfera, il territorio, l'ambiente, l'ecosistema, i beni paesaggistici e storici, i limiti posti alle proprietà private a tutela del paesaggio, dell'ambiente, dei centri storici, ecc., il demanio naturale di cui all'art. 822 del codice civile (unitamente a quelli della stessa natura collocati nel secondo comma dell'art. 826 dello stesso codice), nonché i beni che, ai sensi dell'art. 43 della Costituzione, dovrebbero essere in mano pubblica, e cioè le industrie strategiche, i servizi pubblici essenziali, le fonti di energia e le situazioni di monopolio»[61].

Insomma, secondo la prospettiva di Paolo Maddalena si profila l'inedita categoria del *Demanio costituzionale*[62], che metterebbe ordine in una disciplina ancora tanto oscura.

Questa nuova disciplina dei *beni pubblici in proprietà collettiva demaniale* dovrebbe sancire, non solo ciò che è già previsto dalla codicistica e cioè la loro *inalienabilità*, *inusucapibilità* e *inespropriabilità*, ma anche la loro *non sdemaniabilità*, trattandosi di beni «la cui funzione è quella di salvaguardare la stessa identità e esistenza dello Stato comunità, nonché l'esercizio dei diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo»[63].

Viene così a scomparire l'ambigua distinzione presente nel Codice civile tra *Demanio* e *Patrimonio indisponibile* e si chiarisce, altresì, la differenza tra il *Demanio*, ovvero (è bene ripeterlo) i beni appartenenti allo Stato comunità a titolo di sovranità – cioè a garanzia della loro appartenenza collettiva – e i beni patrimoniali dello Stato-apparato (il cosiddetto *Patrimonio disponibile*) – cioè quei beni posseduti a titolo di proprietà privata da parte degli enti pubblici per lo svolgimento della loro attività economica e amministrativa.

A questo punto del discorso appare evidente che la nozione di beni comuni viene a coincidere perfettamente con la nuova nozione di *beni pubblici in proprietà collettiva demaniale* (o detto altrimenti *Demanio costituzionale*) facendo *emergere* – in virtù dell'*appartenenza collettiva* dei suddetti beni – ulteriori *qualità* come ad esempio il diritto d'uso collettivo e i corrispettivi diritti di *gestione*, *partecipazione e autodeterminazione* a tutela del bene e a garanzia delle generazioni presenti e future. Queste *qualità emergenti* vanno ad implementare i diritti di fruibilità e accessibilità collettiva già previsti per i beni demaniali classicamente intesi. Questo richiede un aggiornamento degli istituti partecipativi che nel *campo di interazione* generato dalla nozione dei beni comuni vanno radicalmente ripensati e democratizzati e in alcuni casi creati *ex novo*. Tutto ciò si proietta e riverbera anche sul campo del privato. Quando, infatti, beni comuni vengono rilevati fra i beni di proprietà privata su di essi possono essere fatti gravare diritti d'uso civico e collettivo, vincoli paesaggistici e essere dichiarati di interesse culturale sottoponendoli a tutela, al fine di salvaguardare il bene e la sua funzione sociale per le presenti e future generazioni. Nei casi di imprese di interesse nazionale si può procedere – secondo l'art. 43 della Costituzione – alla loro nazionalizzazione o socializzazione. Nel caso di beni abbandonati – di cui non è rinvenibile alcun titolare e nemmeno sono oggetto di azione di rivendicazione – essi ritornano *ope constitutionis* nella proprietà pubblica.

[59] Petracca 2021.
[60] Maddalena 2021.
[61] Maddalena 2021.
[62] Maddalena 2022.
[63] Maddalena 2021.

Questo impianto di recente è stato arricchito dalla legge n. 168 del 2017 grazie alla quale – in attuazione degli artt. 2, 9, 42, secondo comma, e 43 della Costituzione – «la Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie» (art. 1), assegnando loro come regime giuridico quello dell'inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'inusucapibilità e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale (art. 3, comma 3); facendo gravare su di essi il vincolo paesaggistico (art. 3, comma 6), così come previsto dal Codice dei beni culturali e del paesaggio. A queste condizioni la legge prevede che la Repubblica riconosca e tuteli i diritti d'uso e di gestione dei beni di collettivo godimento (art. 2, comma 2) e che questi siano amministrati dagli enti esponenziali delle comunità titolari o in mancanza di essi dai Comuni con amministrazione separata (art. 2, comma 4).

Sul tema si sta discutendo molto, cercando di affrontare anche alcune contraddizioni aperte dalla Legge, specie in riferimento al tema della gestione economica da parte degli enti giuridici esponenziali delle comunità titolari[64]. Nonostante ciò, come è stato scritto dalla Consulta Nazionale della Proprietà Collettiva, non va dimenticato che

> «i Domini Collettivi sono la testimonianza di una storia vivente, di una storia vissuta in tempi lunghissimi, con itinerari che possono tranquillamente farsi risalire a momenti assai precedenti alla modernità e che si perdono spesso in età assai remote. Non è un legislatore che li ha creati, né ci sono leggi degli Stati all'origine della loro costituzione. È vero esattamente il contrario: legislatori e leggi si sono mossi unicamente per sopprimerli, o, almeno, per soffocarli, per arginarli, per alterarne la struttura in corrispondenza dei nuovi modelli ufficiali della società borghese»[65].

Per avere contezza della consistenza del fenomeno basti citare i dati dell'ISTAT, che nel 2010 in collaborazione della Consulta Nazionale della Proprietà Collettiva – nell'ambito del Censimento dell'Agricoltura – ha censito le proprietà collettive sul territorio nazionale, indicando come dei quasi 17 milioni di ettari di terreno agricolo in Italia, ben 1,668 milioni di ettari (il 9,77%) risulta appartenere a Comunanze, Università Agrarie, Regole o Comune che gestisce le Proprietà Collettive. Di queste l'82% sono ubicate in montagna, il 16% in collina e il 2% in pianura.

In estrema sintesi, da questa intensificazione del paradigma costituzionale, provocata dal *campo di interazione* generato dai beni comuni, e in virtù delle innovazioni introdotte dalla legge sui Domini collettivi, la nozione di *Proprietà* risulterebbe così suddivisa: A) *Demanio costituzionale* (di cui i Beni pubblici, i Beni comuni, i Domini collettivi e i "vincoli" posti alla proprietà privata e collettiva ne sono un'espressione); B) *Proprietà privata* (sia in capo a singoli che in capo a enti pubblici). In questa articolazione riverbera la *summa divisio*, intuita da Gaio, tra R*es extra commercium* e *Res in commercio*[66], che aiuta anche a chiarire quanto previsto dall'art. 42 della Costituzione laddove è scritto che «La proprietà è pubblica o privata».

Ad oggi, nonostante queste premesse costituzionali, che renderebbero più agevole un inquadramento legislativo, non esiste ancora una legge che definisca, regoli, tuteli e garantisca i beni comuni. Sono, però, depositate in parlamento sei testi tra proposte e disegni di legge[67], che nel frattempo – in attesa della discussione parlamentare – sono oggetto di studio da parte di una Commissione popolare[68] autoconvocata dalle tante realtà che in questi ultimi dieci anni hanno sperimentato la pratica e la cura dei beni comuni.

[64] MANGONE et al. 2018; ROSATI 2019.
[65] CNPC 2017.
[66] MADDALENA 2022.
[67] S. 2031/2010 (F. Casson); S. 1436/2019 (P. Nugnes); C. 1617/2019 (S. Fassina); C. 1744/2019 (G. D'Ippolito); S. 1999/2020 (F. Laforgia); S. 2610/2022 (P. Nugnes).
[68] http://www.commissionepopolarebenicomuni.it.

5. *Sei proposte di legge*

Per finire, a conclusione di questo saggio, è forse utile presentare in maniera schematica e sintetica i sei testi depositati in Parlamento, così da permettere ai lettori e alle lettrici e alla comunità di ricerca di poter avere a disposizione una lettura comparata delle diverse proposte e poter avere contentezza delle tendenze in atto a livello legislativo.

Per lasciare quanto più libero il campo delle interpretazioni e delle valutazioni critiche proverò ad essere meramente descrittivo e in appendice a questo paragrafo propongo delle tabelle comparative, articolate per nuclei tematici, al fine di consentire un confronto fra i diversi testi di Proposta o Disegni di Legge presentati in Parlamento.

Partiamo col dire che le proposte presentate possono dividersi in due gruppi: uno ispirato dalla proposta di Legge delega elaborata dalla cosiddetta "Commissione Rodotà"[69] e l'altro dalla riflessione giuridica di Paolo Maddalena, che negli anni si è fatto promotore di numerose iniziative pubbliche mediante l'associazione "Attuare la Costituzione"[70].

Per una comparazione fra i due diversi approcci prenderò in esame i Disegni di Legge depositati più recentemente che implementano le proposte precedenti. Nello specifico farò riferimento a quello di Laforgia[71], per le proposte ispirate dalla Commissione Rodotà, e ai due di Nugnes[72], per le proposte ispirate da Paolo Maddalena e dalle attività di approfondimento dell'Associazione "Attuare la Costituzione".

Per quanto riguarda la prima proposta in esame, la numero 1999, intitolata *Modifiche al codice civile in materia di classificazione e regime giuridico dei beni, nonché definizione della nozione di ambiente* composta da 10 articoli e presentata il 2 novembre 2020 dai senatori Francesco Laforgia (primo firmatario), Roberto Rampi e dalla senatrice Simona Nocerino, va innanzitutto messo in evidenza la novità introdotta rispetto al Disegno di Legge delega elaborato dalla Commissione Rodotà, e cioè l'introduzione della nozione di "ambiente".

I proponenti, infatti, rilevano come in nessun testo normativo è dato di rintracciare una completa definizione giuridica autonoma e concreta di "ambiente", nonostante i richiami presenti nel riformato articolo 117 della Costituzione.

> «L'intenzione – scrivono i proponenti nella relazione introduttiva al Disegno di Legge – è quella di affermare il principio che l'ambiente deve essere tutelato, conservato e preservato (in tutto o in parte), non solo perché esso ha un valore intrinseco in sé, ma anche per il valore, strumentale, che esso possiede per gli esseri umani»[73].

La proposta – in linea con il testo della Commissione Rodotà – prosegue proponendo la modifica della nozione di "bene" contenuta nell'articolo 810 del Codice civile «dando il giusto risalto alla sua idoneità ad arricchire la persona umana»[74]. Questo cambio di prospettiva permette, secondo i proponenti, di contemperare «la matrice venale-patrimoniale del bene con un approccio utilitaristico-funzionale»[75]. In tal senso il bene non è considerato esclusivamente sulla base della titolarità ma per

[69] Si fa riferimento alle proposte depositate da Casson (S. 2031/2010), D'Ippolito (C. 1744/2019), (Laforgia S. 1999/2020). Per informazioni sulla genesi e gli scopi della commissione Rodotà consulta il sito internet del Ministero della Giustizia alla voce *Commissione Rodotà - per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) - Relazione*.

[70] Si fa riferimento alle proposte depositate da Nugnes (S. 1436/2019), Fassina (C. 1617/2019), Nugnes (S. 2610/2022).

[71] Il testo del Disegno di Legge è consultabile sul sito internet del Senato nella sezione "Leggi e documenti/Disegni di legge".

[72] I testi dei Disegni di Legge sono consultabili sul sito internet del Senato nella sezione "Leggi e documenti/Disegni di legge".

[73] LAFORGIA et al. 2020, 3 s.

[74] LAFORGIA et al. 2020, 4.

[75] LAFORGIA et al. 2020, 4.

la sua dimensione funzionale, tenuto conto delle cosiddette "fasce di utilità" che il bene stesso può esprimere. Contestualmente, la nuova formulazione dell'articolo 810 del Codice civile «formalizza la rilevanza dei beni immateriali, adeguando la disposizione codicistica alla diversa realtà socio-economica e alla diffusione delle "cose incorporali" derivante dal progresso scientifico e dalla crescente attenzione di nuovi beni privi del requisito della materialità»[76].

Questa impostazione ha guidato tutto l'impianto del Disegno di Legge sia per quanto riguarda la proposta di inserire nell'ordinamento la nozione di "beni comuni", sia la nuova divisione dei "beni pubblici".

Per quanto riguarda i "beni comuni" si propone di introdurre un nuovo articolo nel Codice civile, l'812-*bis*, al fine di riconoscere normativamente peculiari beni caratterizzati dalla necessità di essere fruibili da tutti e di cui deve essere riconosciuta a chiunque l'utilizzabilità. «Si tratta di beni funzionali allo scopo dell'individuo e connessi ai diritti fondamentali, la cui utilità si manifesta proprio in questa strumentalità rispetto al godimento di tali diritti da parte della persona e che vanno curati prevalentemente nell'interesse delle generazioni future»[77]. Si specifica, a differenza di quanto presente nella proposta della "Commissione Rodotà", che tali caratteristiche non sono proprie solo delle risorse naturali ma anche dei cosiddetti "beni comuni urbani" che «stanno acquisendo sempre una maggiore forza socio-collante e generativa di legami sociali quale resistenza alla spersonalizzazione dell'era globale»[78]. In questa direzione, si specifica, vanno coniugate le tutele tese a preservare e conservare le garanzie di accesso e di utilizzo, tenendo presente che la fruizione implica sempre la partecipazione democratica nella vita del bene comune.

Inoltre, a differenza del testo originario della "Commissione Rodotà", i proponenti ritengono che non sia possibile una classificazione dei beni comuni, vista la loro estrema eterogeneità, e che pertanto si preferisce «un approccio "a geometria variabile", idoneo a evitare interpretazioni restrittive»[79]. Gli unici beni che vengono ascritti esplicitamente alla categoria dei beni comuni sono i beni compresi nella definizione di ambiente.

A sostegno della tesi dell'esistenza di una tale categoria di bene viene richiamata la pronuncia delle sezioni unite della Corte di Cassazione, la n. 3665 del 14 febbraio 2011[80], che al fine di superare la dicotomia beni pubblici/beni privati invita a recuperare la visione di "Stato-collettività" in luogo di quella di "Stato apparato", passando da «una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica»[81].

Nel trasformare tale concetto giuridico in una specifica categoria giuridica si sono tenuti presenti alcuni punti: 1) per la fruizione collettiva dei beni comuni deve essere prevista «una peculiare e rafforzata tutela»[82]; 2) i fruitori del bene debbono essere coinvolti «mediante forme di partecipazione alla gestione del bene»[83], così come previsto dal "principio di sussidiarietà" richiamato dall'articolo 118, quarto comma, della Costituzione; 3) indipendentemente dalla titolarità del bene, pubblico o privata che sia, «deve essere sempre garantita la sua fruizione collettiva»[84]; 4) l'eventuale richiamo alle concessioni per la gestione dei beni comuni oltre «a frustrare l'intero innovativo impianto [...] ri-

[76] LAFORGIA et al. 2020, 4.

[77] LAFORGIA et al. 2020, 5.

[78] LAFORGIA et al. 2020, 5. Sulla necessità di riconoscere i "beni comuni urbani" ha molto insistito la "Rete Nazionale dei Beni comuni emergenti ad uso civico e collettivo" (https://www.retebenicomuni.it/) fin dalla sua istituzione il 19 febbraio 2019.

[79] LAFORGIA et al. 2020, 5. Su questo punto è probabile che i proponenti abbiano recepito quanto avanzato dalle altre proposte legislative che su questa questione hanno molto insistito. In tal senso vedi la PdL Fassina (C. 1617/2019) e il DdL Nugnes (S. 1436/2019).

[80] Per consultare la sentenza vedi: https://www.demaniocivico.it/public/public/886.pdf.

[81] Sentenza della Corte di Cassazione riunita in Sezioni unite, n. 3665 del 14 febbraio 2011, p. 6.

[82] LAFORGIA et al. 2020, 5.

[83] LAFORGIA et al. 2020, 5.

[84] LAFORGIA et al. 2020, 6.

schierebbe di determinare una preminenza della dimensione economica in luogo della primaria rilevanza socio–utilitaristica che deve mantenere il bene»[85]; 5) per evitare problematiche organico-sistematiche, è stato previsto che con legge sarà garantito il coordinamento con la disciplina degli usi civici; 6) alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque, mentre all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato.

Seguendo questa impostazione si inserisce la proposta di una tripartizione dei beni pubblici: 1) beni pubblici ad appartenenza necessaria; 2) beni pubblici sociali; 3) beni pubblici fruttiferi.

Premessa di questa suddivisione è il superamento della nozione del Demanio, che, secondo i senatori proponenti, «ha perso l'originaria concezione di beni appartenenti alla collettività a favore di un'impostazione prettamente dominicale»[86] la qualcosa ha permesso ingenti privatizzazioni «senza che ciò sia stato accompagnato da un effettivo controllo del mantenimento dell'essenziale e ontologico scopo pubblico del bene, ossia le esigenze della collettività»[87].

Tornando alla tripartizione dei beni pubblici va evidenziato che: 1) i "beni pubblici ad appartenenza necessaria" sono funzionali a soddisfare interessi generali dello Stato. Non sono né usucapibili né alienabili. Vi rientrano, fra gli altri: «le opere destinate alla difesa, le spiagge e le rade, le reti stradali, autostradali e ferroviarie, lo spettro delle frequenze, gli acquedotti, i porti e gli aeroporti di rilevanza nazionale e internazionale»[88]. La loro circolazione è consentita solo fra lo Stato e gli enti pubblici territoriali; 2) i "beni pubblici sociali" sono destinati a soddisfare i bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona. Non sono usucapibili. Vi rientrano fra gli altri: «le case di edilizia residenziale pubblica, gli edifici pubblici adibiti a ospedali, gli istituti di istruzione e gli asili nido, le reti locali di servizio pubblico»[89]. Suddetti beni possono circolare tra soggetti non pubblici, mantenendo però il vincolo di destinazione originario; 3) i "beni pubblici fruttiferi", infine, sono costituiti da tutti i beni non rientranti nelle predette categorie «che vengono gestiti dalle persone pubbliche con strumenti di diritto privato»[90]. Sono alienabili «solo quando siano dimostrati il venir meno della necessità dell'utilizzo pubblico del bene e l'impossibilità di continuare il godimento in proprietà con criteri economici»[91].

Il dispositivo centrale di questa impostazione è il "vincolo di destinazione" che è "assoluto e inderogabile" per la prima fattispecie di beni, "forte ed essenziale" per la seconda e "derogabile" per la terza. In ogni caso le prerogative pubbliche, il loro mantenimento e il loro conseguimento, sono garantite dalla proposta di aggiunta al Codice civile dell'articolo 812-*quarter*, secondo il quale è fatto obbligo che tutte le utilizzazioni da parte di un soggetto privato «debbano comportare il pagamento di un corrispettivo rigorosamente proporzionale ai vantaggi che può trarne l'utilizzatore». Viene, inoltre, sancito all'ultimo comma del medesimo articolo l'obbligo di assicurare un'adeguata manutenzione del bene e, al fine di far fronte al mutamento delle esigenze di servizio, la garanzia dello sviluppo del bene stesso al fine di evitare «cristallizzazioni valutative al solo momento dell'analisi delle offerte dell'interesse pubblico e di garantire forme di controllo "virtuose"»[92].

Passiamo ora alle due proposte depositate dalla senatrice Paola Nugnes.

Il primo Disegno di Legge, il numero 1436, intitolato *Modifiche al codice civile in materia dei beni comuni e di contenuti del diritto privato*, è composto da 5 articoli ed è stato presentato il 24 luglio 2019 da parte delle senatrici Paola Nugnes (prima firmataria), Virginia La Mura e i senatori

[85] LAFORGIA et al. 2020, 6.
[86] LAFORGIA et al. 2020, 7.
[87] LAFORGIA et al. 2020, 7.
[88] Art. 6 (810-*ter*) Del disegno di Legge Laforgia et al. (DdL 1999/2020).
[89] Art. 6 (810-*ter*) Del disegno di Legge Laforgia et al. (DdL 1999/2020).
[90] LAFORGIA et al. 2020, 7.
[91] LAFORGIA et al. 2020, 7.
[92] LAFORGIA et al. 2020, 8.

Matteo Mantero, Maurizio Buccarella, Carlo Martelli e Saverio De Bonis.

L'elemento che immediatamente risalta all'attenzione dalla relazione di accompagnamento al Disegno di Legge è che, per i proponenti, preliminare al discorso sui beni comuni è un cambiamento del «"contesto giuridico" attualmente disciplinato dal libro III del Codice civile, "Della proprietà"»[93]. Si evidenzia il fatto che anche la "commissione Rodotà" aveva lo stesso scopo ma in definitiva «ha agito per consentire, come richiesto dal Ministero dell'economia e delle finanze Tremonti, l'iscrizione delle "dismissioni" (che all'epoca apparivano come il toccasana della gravissima situazione finanziaria del Paese), nel conto patrimoniale degli enti pubblici»[94].

Dunque, per permettere che i beni comuni trovino una base sicura nell'ordinamento giuridico e un saldo ancoraggio al dettato costituzionale il Disegno di Legge mira a costituzionalizzare sia il "demanio" – «inteso come l'insieme dei beni in proprietà collettiva del popolo, necessari per il funzionamento e lo sviluppo della democrazia costituzionale»[95] – sia la "proprietà privata" – di cui il proprietario ha il "diritto di godere" «entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dalla costituzione e dall'ordinamento giuridico, assicurandone la funzione sociale» (art. 42 Cost.) e di cui può "disporre" «in modo da non contrastare l'utilità pubblica o recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana»[96]. Fatta questa premessa e ricordato che i concetti di "Stato comunità", "proprietà pubblica", "demanio" e "partecipazione" dei cittadini sono ineludibili per la costruzione della categoria giuridica dei beni comuni si passa alla definizione di quest'ultima.

A questo punto viene introdotta una novità, che in parte, come si è già segnalato, sarà poi ripresa anche dal Disegno di Legge Laforgia[97]. I proponenti affermano che essendo impossibile definire *a priori* tutti i "beni comuni" la categoria che li definisce non può non avere che «un carattere ermeneutico, nel senso che offre all'interprete tutti gli elementi in base al quale un bene deve definirsi "comune"»[98].

In sostanza possono rientrare tra i beni comuni: 1) quei beni che per "natura o funzione" soddisfano bisogni e diritti fondamentali[99]; 2) le imprese pubbliche che ineriscono a servizi essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio (art. 43 Cost.); 3) in relazione alle situazioni di monopolio – in capo a privati – che abbiano un forte impatto sugli interessi della collettività, in caso di vendita da parte del proprietario privato «la pubblica amministrazione è tenuta ad acquisirle alla proprietà pubblica e, se del caso, a trasferirle a comunità di lavoratori o di utenti, nel rispetto del principio previsto dall'articolo 43 della Costituzione». Le suddette imprese portate nell'alveo dei beni pubblici sono da intendersi beni comuni.

[93] NUGNES et al. 2019, 2.

[94] NUGNES et al. 2019, 2. I proponenti fanno riferimento alla relazione al Disegno di Legge delega presentato dalla "Commissione Rodotà" nella parte in cui, ricostruendo la genesi del progetto è scritto che: «La Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, è stata istituita presso il Ministero della Giustizia, con Decreto del Ministro, il 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del Codice civile in materia di beni pubblici. Una simile iniziativa era stata proposta già nel 2003 da un gruppo di studiosi presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze. L'idea era nata in seguito al lavoro che era stato avviato in quella sede per la costruzione di un Conto patrimoniale delle Amministrazioni pubbliche basato sui criteri della contabilità internazionale. Nello svolgimento di tale compito, e alla luce dei primi processi di valorizzazione e privatizzazione di alcuni gruppi di cespiti pubblici (immobili e crediti), era emersa la necessità di poter contare su un contesto giuridico dei beni che fosse più al passo con i tempi ed in grado di definire criteri generali e direttive sulla gestione e sulla eventuale dismissione di beni in eccesso delle funzioni pubbliche, e soprattutto sulla possibilità che tali dismissioni (ed eventuali operazioni di vendita e riaffitto dei beni) fossero realizzate nell'interesse generale della collettività facendo salvo un orizzonte di medio e lungo periodo».

[95] Art. 3 del Disegno di Legge Nugnes et al. (DdL 1436/2019).

[96] Art. 4 del Disegno di Legge Nugnes et al. (DdL 1436/2019).

[97] Nella relazione introduttiva al Disegno di Legge Laforgia – nonostante permanga un approccio di tipo classificatorio – viene, infatti, detto che: «L'eterogeneità dei beni comuni, costituente il principale ostacolo per una loro puntuale classificazione tassonomica, ha determinato la scelta di evitare qualsiasi elencazione, ancorché indicativa e non esaustiva».

[98] NUGNES et al. 2019, 2.

[99] Per "natura" si intende il loro essere costitutivamente posizionali e relazionali e/o co-essenziali a reti di relazioni.

In ogni caso questa tipologia di beni è da intendersi "fuori commercio", cioè inalienabile, inusucapibile e imprescrittibile e i beni che vi rientrano vanno recepiti come «beni in proprietà collettiva demaniale (sono "beni pubblici") e si distinguono nell'ambito dei "beni demaniali", perché, per loro natura e funzione, non possono essere oggetto di "sdemanializzazione", di "privatizzazione" o di "svendita"»[100].

Per la loro gestione, inoltre, è prevista la partecipazione dei cittadini in quanto tali beni servendo immediatamente la collettività e la stessa «è ammessa istituzionalmente a goderne in modo diretto»[101].

In linea con quanto detto viene abrogata la nozione di "patrimonio indisponibile" prevista dall'articolo 826 del Codice civile facendo rientrare il contenuto di quest'articolo in quello relativo al "demanio" (inteso come "proprietà collettiva demaniale"). A proposito di proprietà privata, invece, viene stabilito – modificando il terzo comma dell'articolo 948 del Codice civile – che l'azione di "rivendicazione" non si prescrive «tranne per gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri e salvi gli effetti del mancato svolgimento delle attività necessarie per assicurare il perseguimento della funzione sociale della cosa materiale o immateriale»[102]. Questo evidenzia la tensione interna al Disegno di Legge alla costituzionalizzazione della "proprietà" che prevede il perseguimento della "funzione sociale", che se viene disatteso, per colpa o per dolo, comporta *Ope Constitutionis* – concludono i proponenti – «il venir meno della tutela giuridica del diritto di proprietà, facendo tornare la cosa lì da dov'era venuta, e cioè nella "proprietà pubblica" del popolo italiano o nella "proprietà pubblica" della collettività territoriale»[103].

Il secondo Disegno di Legge, il numero 2610 – intitolato *Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e diritto di proprietà*, presentato il 12 maggio 2022 dalle senatrici Paola Nugnes (prima firmataria) e Margherita Corrado e dal senatore Elio Lanutti – chiarisce e perfeziona quello precedente, introducendo la nozione di "Demanio costituzionale", di cui i "Beni comuni" ne sono una espressione.

Prima, però, di presentare questa categoria anche il presente Disegno di Legge interviene a ulteriormente rideterminare il "contesto giuridico", ridefinendo sia la nozione di "persone giuridiche pubbliche" (art. 1, comma 1a) – attraverso l'introduzione della nozione di "Stato comunità" – sia quella di "bene giuridico" (art. 1, comma 1b), nozioni previste rispettivamente dagli art. 11 e dall'art. 810 del Codice civile e che non erano state rivisitate nel precedente Disegno di Legge.

Con la riscrittura dell'art. 11 si è voluto precisare che le "persone giuridiche pubbliche" – ovvero gli enti territoriali, quali i comuni, le regioni, ecc. – costituiscono nel loro complesso lo "Stato persona", inteso come soggetto singolo, il quale, in una prospettiva costituzionale, non è più il soggetto detentore della sovranità, ma è da considerarsi un "organo" di cui si serve lo "Stato comunità", considerato come soggetto plurimo – costituito dal Popolo sovrano – per il perseguimento dei fini costituzionali. In quest'ottica gli enti territoriali sono "enti esponenziali" delle comunità di riferimento ed esercitano le loro funzioni per garantire gli interessi collettivi.

Per evidenziare il portato politico e giuridico di questo approccio va osservato il riflesso che esso ha, ad esempio, sulla relazione tra gli enti territoriali e i beni di cui essi sono "titolari". Infatti, secondo tale linea interpretativa, la titolarità non va intesa riduttivamente come mero titolo di possesso ma come forma di garanzia e tutela rispetto all'appartenenza collettiva dei beni in oggetto. A sostegno di questa prospettiva viene richiamata dai proponenti la sentenza della Corte di Cassazione riunita in sezioni unite – la numero 3665 del 14 febbraio 2011 – in cui è detto esplicitamente che «in tema di beni pubblici, il connotato della "demanialità" esprime una duplice appartenenza, alla collettività ed al suo ente esponenziale, dovendosi intendere la titolarità

[100] NUGNES et al. 2019, 3.
[101] NUGNES et al. 2019, 3.
[102] Art. 5 Disegno di Legge Nugnes et al. (DdL 1436/2019).
[103] NUGNES et al. 2019, 3.

in senso stretto come appartenenza di servizio, nel senso che l'ente esponenziale può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la sua concreta possibilità di fruizione» e che «la titolarità dei beni demaniali allo Stato o agli altri enti territoriali non è fine a sé stessa e non rileva solo sul piano della "proprietà", ma comporta per l'ente titolare anche la sussistenza di oneri di "governance" finalizzati a rendere effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene».

Per quanto riguarda, invece, la rivisitazione dell'art. 810 – sulla base della più recente evoluzione costituzionale[104] – viene inserita nella categoria di "bene giuridico" la nozione di "comunità biotica" (art. 1, comma 1b I), intesa come l'insieme complesso degli ecosistemi che intessa la rete della vita. Il "bene" non è più solo la "cosa" che è "oggetto di diritti", ma ciò che è tutelato dall'ordinamento giuridico. Si precisa, inoltre, che le "cose", riconosciute e tutelate dall'ordinamento, possono essere materiali o immateriali, e sono funzionali all'attuazione dei principi e dei diritti fondamentali sanciti in Costituzione.

La "costituzionalizzazione" della nozione dei beni, così istituita, consente di porre in risalto una fondamentale distinzione dei beni giuridici, distinti in "beni fuori commercio" e in "beni in commercio" (art. 1, comma 1b II-IV) – *summa divisio* sottesa alla previsione dell'art. 42 della Costituzione, laddove è dichiarato che la proprietà è "pubblica" e "privata".

La definizione del "demanio costituzionale" parte proprio da questa distinzione e, a tal proposito, nel Disegno di Legge si precisa che «sono "fuori commercio" i "beni di preminente interesse generale" indispensabili per l'esistenza, l'individuazione e il funzionamento dello Stato comunità (artt. 1, 2, 3, 4, 5, 9, 41, 42 e 43 Cost.). Essi sono in "proprietà pubblica" originaria, piena e illimitata del "popolo" sovrano e costituiscono nel loro complesso il "demanio costituzionale". Tali beni sono denominati "beni pubblici" o "beni comuni" e sono inalienabili, inusucapibili e inespropriabili» (art. 1, comma 1b III).

Si precisa, inoltre, nella relazione introduttiva, che devono ritenersi parte del demanio costituzionale anche "le servitù pubbliche e gli usi civici urbani e rurali" (art. 1, comma 1b VIb). Molto importante è, altresì, l'affermazione secondo la quale il "demanio costituzionale", in quanto parte rilevante del territorio e di ciò che il territorio contiene, è funzionale alla «costituzione, identificazione e mantenimento dello Stato comunità» (art. 1, comma 1b III).

Come è evidente, con questa disposizione, il Disegno di Legge in esame considera i beni fuori commercio, i beni in proprietà pubblica, i beni comuni, i beni demaniali come diversi aspetti di una unica realtà giuridica, per l'appunto il "demanio costituzionale".

Anche sul piano dei criteri di individuazione del demanio costituzionale – e dunque dei beni comuni, come sua espressione – il presente Disegno di Legge contribuisce a chiarire quanto già accennato in precedenza. Sempre all'art. 1, comma 1b V-VI, infatti, si procede a sostituire l'art. 810 *bis* del Codice civile, occupandosi della identificazione dei beni facenti parte del "demanio costituzionale". Viene confermato l'approccio ermeneutico, specificando però che esso può esercitarsi solo sulla base dei "principi e i diritti fondamentali" costituzionali, che costituiscono il tessuto fondamentale della nostra Repubblica. Mediante questo criterio vengono identificati come beni del demanio costituzionale, innanzitutto, il cosiddetto demanio naturale già descritto dall'art. 822 del Codice civile e, successivamente, il paesaggio, il patrimonio storico e artistico della Nazione, l'ambiente, la biodiversità, gli ecosistemi, le utilità pubbliche che la cosa in proprietà privata esprime, i limiti all'esercizio del diritto di proprietà e all'iniziativa economica privata, i servizi pubblici essenziali, le fonti di energia, le situazioni di monopolio, le industrie strategiche, concludendo con il richiamo al bene immateriale "lavoro", fondamento dello Stato comunità e diritto-dovere di ogni cittadino.

[104] Si fa riferimento alle modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente introdotte l'8 febbraio 2022 con la legge costituzionale n. 1.

Con l'art. 2 si procede ad abrogare le disposizioni del Codice civile assorbite dal presente disegno di modifica legislativa e si ripropongono i temi già presenti nel precedente Disegno di Legge (DdL 1436/2019), quali: la legittimazione ad agire in giudizio dei cittadini singoli o associati; il contenuto della proprietà privata, alla luce del dettato costituzionale; l'assorbimento del cosiddetto "patrimonio indisponibile dello Stato" nel demanio costituzionale.

In conclusione, come già anticipato, a completamento di quanto detto nel precedente paragrafo, al fine di rendere ulteriormente accessibile i testi esaminati e facilitare una loro comparazione, ho elaborato delle tabelle comparative delle diverse proposte presentate in Parlamento articolate in 5 nuclei tematici: 1) Distinzione dei beni; 2) Nozione; 3) Gestione; 4) Tutela; 6) Elenco esemplificativo dei beni.

Riferimenti bibliografici

Arendt H. 1999. *Vita activa*, a cura di A. Dal Lago, Bompiani.

Arendt H. 2005. *Vita activa*, in Preterossi G. (ed.), *Il potere*, Laterza.

Arendt H. 2008. *L'umanità in tempi bui. Riflessioni su Lessing*, in De Notaris F., Capone N. (eds.), *Messaggi per la pace*, La scuola di Pitagora.

Armiero M., Giardini F., Gentili D., Angelucci D., Balicco D., Bussoni I. (eds.) 2021. *Environmental Humanities. Scienze sociali, politica, ecologia*, vol. I, DeriveApprodi.

Assunto R. 2005. *Il paesaggio e l'estetica*, Novecento.

Balzano A., Bosisio E., Santoemma I. 2022. *Introduzione. Com/pensare la cura transpecie*, in Id. (eds.) 2022. *Conchiglie, pinguini, Staminali. Verso futuri transpecie*, DeriveApprodi.

Bellacasa (de la) M. P. 2022. *Pensare con (la) cura*, in Balzano A., Bosisio E., Santoemma I. (eds.) 2022. *Conchiglie, pinguini, Staminali. Verso futuri transpecie*, DeriveApprodi.

Bernardini M. G., Giolo O. 2021. *Dalla critica del soggetto alla critica degli spazi*, in Id. (eds.), *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, Pacini Editore.

Borges J. L. 2010. *Fervore di Buenos Aires*, Adelphi.

Calamandrei P. 1956. *Questa nostra Repubblica*, in «Il Ponte», XII, 10.

Capone N. 2020. *Lo spazio e la norma. Per un'ecologia politica del diritto*, Ombre Corte.

Carducci M. 2016. *Il "deficit ecologico" del pianeta come problema di "politica costituzionale" - Parte prima*, «Revista Jurídica (FURB)», [S.l.], 20(42), 37 ss.

Carducci M. 2018. *Il "deficit ecologico" del pianeta come problema di "politica costituzionale" - Parte seconda*, «Revista Jurídica (FURB)», [S.l.], 21(45), 7 ss.

CNPC (Consulta Nazionale della Proprietà Collettiva) 2017. *La camera dei deputati ha approvato in via definitiva la legge sui domini collettivi*. Disponibile in https://demaniocivico.it (consultato il 19 giugno 2022).

Capra F. 2010. *La rete della vita*, Bur Rizzoli.

Cavarero A. 2019. *Democrazia sorgiva. Note sul pensiero politico di Hannah Arendt*, Raffaello Cortina Editore.

Ecologie Politiche del Presente (eds.) 2021. *Trame. Pratiche e saperi per un'ecologia politica situata*, Tamu edizioni.

Ferrajoli L. 2022. *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli.

Ferran F., Mattogno C., Metta A. 2019. *Coltiviamo il nostro giardino. Osare nuovi paesaggi, prendersi cura, inselvatichire il mondo*, DeriveApprodi.

Fioravanti M. 2009. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza.

Fioravanti M. 2020. *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza.

Giannini M. S. 1963. *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell'Anno Accademico 1962-1963*, Bulzoni.

Giannini M. S. 1971. *Basi costituzionali della proprietà privata*, in «Politica del diritto», II, 4-5, ottobre.

Giolo O. 2021. *I diritti contro la città. Spazio urbano, soggettività e sfera pubblica*, in Bernardini M. G., Giolo O. (eds.) *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, Pacini Ed.

Haraway D. 2018. *Un manifesto per cyborg: scienza, tecnologia e femminismo socialista nel tardo ventesimo secolo*, in Id. *Manifesto cyborg. Donne, tecnologie e biopolitiche del corpo*, Feltrinelli.

Kelsen H. 1996. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi (ed. or. 1960; tr. it. a cura di Losano M. G.)

La Cecla F. 2011. *Mente locale. Per un'antropologia dell'abitare*, prefazione di K. Feyerabend, Elèuthera.

Laforgia F., Rdampi R., Nocerino S. 2020. *Modifiche al codice civile in materia di classificazione e regime giuridico dei beni, nonché definizione della nozione di ambiente*, Senato della Repubblica.

Lavelock J. 2011. *Gaia. Nuove idee sull'ecologia*, Bollati Boringhieri.

Maddalena P. 2014. *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*. Introduzione di Salvatore Settis, Donzelli.

Maddalena P. 2020. *La rivoluzione costituzionale. Alla riconquista della proprietà pubblica*, Diarkos.

Maddalena P. 2021. *La nozione di "beni comuni", nel contesto di una revisione costituzionale degli assetti proprietari previsti dal codice civile*. Disponibile in: https//:giustiziainsieme.it (consultato il 19 giugno 2022).

Maddalena P. 2022. *Il demanio costituzionale a difesa dello stato comunità dagli attacchi speculativi dei mercati internazionali*, in «Ambientediritto.it», 1/2022. Disponibile in https//:ambientediritto.it (consultato il 19 giugno2022).

Mangone F., Mari G., Rolleri F. (eds.) 2018. *Assetti fondiari alternativi. Un altro modo di possedere?*, Editoriale scientifica.

Marella M. R. (ed.) 2015. *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*. Ombre Corte.

Mattei U., Reviglio E., Rodotà S. (eds.) 2007. *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, il Mulino.

Mattei U., Reviglio E., Rodotà S (eds.) 2010. *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Accademia Nazionale dei Lincei.

Mormino G. 2020. *Una teoria politica senza rivoluzione? Su «Democrazia Sorgiva» di Adriana Cavarero*, in «operavivamagazine.org», novembre.

Nitrato Izzo V. 2021. *Vedere come una città e le trasformazioni dello spazio giuridico urbano: riflessioni su architettura ostile, vulnerabilità e possibilità di emancipazione*, in Bernardini M. G. e Giolo O. (eds.) *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, Pacini Editore.

Nugnes P., La Mura V., Mantero M., Buccarella M., Martelli C., de Bonis S. 2019. *Modifiche al codice civile in materia dei beni comuni e di contenuti del diritto privato*, Senato della Repubblica.

Rodotà S. 2013. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino.

Rodotà S. 2012. *Il diritto di avere diritti*, Laterza.

Rodotà S. 2018. *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*. Preterossi G., Capone N. (eds.), La Scuola di Pitagora.

Rosati S. (ed.) 2019. *Il Cammino delle Terre Comuni. Dalle leggi liquidatorie degli usi civici al riconoscimento costituzionale dei domini collettivi*, Tarquinia.

Perlingieri P. 2006. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Tomo secondo, Edizioni Scientifiche Italiane.

Perlingieri P. 2012. *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Edizioni Scientifiche Italiane.

Petracca E. 2021. *Una identità in vendita. Patrimonio culturale e costituzionale*, Primiceri Editore.

Stengers I. 2021. *Nel tempo delle catastrofi. Resistere alla barbarie a venire*, a cura di Nicola Manghi, Rosenberg&Sellier.

Stengers I. 2013. *Une autre science est possible! Manifeste pour un ralentissement des sciences*, Paris, La Découverte.

Disegni e Proposte di Legge presentate nel Parlamento italiano sui Beni comuni Tabelle comparative a cura di Nicola Capone					
Legislatura	Ramo del Parlamento	Proponenti (Primə firmatarə)	Atto parlamentare		Soggetto ispitatore
XV Legislatura	Ministero della Giustizia	Commissione “Rodotà”*	Disegno di Legge Delega	2008 15 febbraio	
XVI Legislatura	Senato	Felice Casson	Disegno di Legge Delega (DdLD)**	n. 2031/2010 24 febbraio	Commissione “Rodotà”
XVIII Legislatura	Camera	Stefano Fassina	Proposta di Legge (PdL)	n. 1617/2019 21 febbraio	Attuare la Costituzione Paolo Maddalena
XVIII Legislatura	Camera	Giuseppe D’Ippolito	Proposta di Legge (PdL)***	n. 744/2019 4 aprile	Commissione “Rodotà”
XVIII Legislatura	Senato	Paola Nugnes	Disegno di Legge (DdL)	n. 1436/2019 24 luglio	Attuare la Costituzione Paolo Maddalena
XVIII Legislatura	Senato	Francesco Laforgia	Disegno di Legge (DdL)	n. 1999/2020 2 novembre	Commissione “Rodotà”
XVIII Legislatura	Senato	Paola Nugnes	Disegno di Legge (DdL)	n. 2610/2022 12 maggio	Attuare la Costituzione Paolo Maddalena
* La Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, è stata istituita presso la il Ministero della Giustizia, con Decreto del Ministro, il 21 Giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici.					
** Il DdLD 2031/2010, presentato al Senato da Felice Casson, riproduce fedelmente il testo del DdLD elaborato dalla Commissione “Rodotà”.					
*** La PdL 744/2019, presentata da G. D’Ippolito alla Camera – ripresa fedelmente dal DdL 1999/2020 presentato al Senato da F. Laforgia – riprende il testo del DdLD della Commissione “Rodotà” con delle lievi modifiche e con l’aggiunta della *definizione di ambiente* e del *principio di non regressione* che le pubbliche amministrazione devono rispettare nell’esercizio delle proprie potestà e competenze nella protezione dell’ambiente.					

<table>
<tr><th colspan="6">Disegno di Legge (Laforgia) 1999/2020, ispirato al Disegno di Legge Delega elaborato dalla “Commissione Rodotà”</th></tr>
<tr><th>Distinzione dei beni</th><th>Nozione</th><th>Titolarità</th><th>Gestione</th><th>Tutela</th><th>Elenco esemplificativo beni</th></tr>
<tr><td>Bene (in generale) [Art. 810 Cod. civ.]

(Art. 4, c. 1 DdL-Laforgia 1999/2020)</td><td>[Sono] «beni le cose, materiali o immateriali, le cui utilità possono essere oggetto di diritti».</td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td></td><td></td><td></td><td></td><td colspan="2">Definizione di ambiente
Art. 1-bis del Dlgs 152/2006
Art. 2 – DdL-Laforgia 1999/2020</td></tr>
<tr><td>Demanio pubblico e Patrimonio dello Stato

(Art. 7, c. 1 DdL-Laforgia 1999/2020)</td><td>[Le nozione di Demanio pubblico e di Patrimonio dello Stato sono sostituite dalla nozione di “Beni pubblici»].

«Gli articoli 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829 e 830 del codice civile sono abrogati»*.</td><td>(Sostituzione del regime della demanialità e della patrimonialità attraverso l’introduzione di una classificazione dei beni pubblici appartenenti a persone pubbliche, fondata sulla loro natura e sulla loro funzione in attuazione delle norme Costituzionali di cui all’Art 1. 2 così articolata: 1) beni ad appartenenza pubblica necessaria. 2) beni pubblici sociali. 3) beni pubblici fruttiferi)**.</td><td></td><td colspan="2">1. «Dopo l’articolo 1 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, è inserito il seguente: « Art. 1-bis. – (Definizione di ambiente) – 1. L’ambiente, oggetto della tutela prevista dall’articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione e dal presente decreto legislativo, si riferisce al sistema di relazioni tra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici. Vi rientrano, tra gli altri: il paesaggio; l’aria; i suoni e i rumori, gli odori; i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti, i laghi e le altre acque; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane, i ghiacciai e le nevi perenni e non; il mare e i fondali marini; i lidi e i tratti di costa; la fauna selvatica e la flora tutta; i campi e l’agricoltura e le pratiche agricole».
2. I beni compresi nella definizione di ambiente di cui al comma 1 appartengono alla categoria dei beni comuni di cui all’articolo 812-bis e seguenti del codice civile».</td></tr>
<tr><td></td><td colspan="5">* La parte in grassetto non era presente nel DdLD (Casson) n. 2031/2010</td></tr>
<tr><td></td><td colspan="5">** La parte in corsivo tra parentesi era presente nel DdLD (Casson) n. 2031/2010 Art. 1, c. 3d</td></tr>
<tr><td></td><td colspan="5">Le parti direttamente citate dal testo del Disegno di Legge sono indicate tra virgolette basse (« »). I testi di collegamento o commento sono tra parentesi quadre ([ ])</td></tr>
</table>

Disegno di Legge (Laforgia) 1999/2020, ispirato al Disegno di Legge Delega elaborato dalla "Commissione Rodotà"					
Distinzione dei beni	**Nozione**	**Titolarità**	**Gestione**	**Tutela**	**Elenco esemplificativo beni**
Beni comuni [Art. 812-bis Cod. civ.] *(Art. 6, c. 1.1 DdL-Laforgia 1999/2020)*	«Sono beni comuni quei beni le cui utilità sono funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona umana **e alla salvaguardia dell'ambiente*»**. «Con la legge è coordinata la disciplina dei beni comuni con quella degli usi civici».	«Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge».	«Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono collocati fuori commercio e sono gestiti da soggetti pubblici **garantendo la partecipazione della comunità secondo i limiti e le modalità fissati dalla legge***. Ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge» (*e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe*)**.	(*I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future*)**. «Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio dell'azione sono definiti con leggi» (*saranno definite dal decreto delegato*)**.	(*Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e 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*)**. [Appartengono alla categoria dei beni comuni i beni compresi nella definizione di ambiente]: «**Vi rientrano, tra gli altri: il paesaggio; l'aria; i suoni e i rumori, gli odori; i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti, i laghi e le altre acque; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane, i ghiacciai e le nevi perenni e non; il mare e i fondali marini; i lidi e i tratti di costa; la fauna selvatica e la flora tutta; i campi e l'agricoltura e le pratiche agricole»*** (*Artt. 2, cc. 1-2, e 8, c. 1 c,d,e,f – DdL-Laforgia 1999/2020*). [Sono, inoltre, sottoposti] «al regime dei beni comuni» [le cose di interesse artistico, storico, archeologico o etnografico] (*Art. 8, c. 1 a DdL-Laforgia 1999/2020*).

<table>
<tr><th colspan="6">Disegno di Legge (Laforgia) 1999/2020, ispirato al Disegno di Legge Delega elaborato dalla “Commissione Rodotà”</th></tr>
<tr><th>Distinzione dei beni</th><th>Nozione</th><th>Titolarità</th><th>Gestione</th><th>Tutela</th><th>Elenco esemplificativo beni</th></tr>
<tr><td rowspan="3">Beni pubblici [Art. 812-ter Codice civ.]

(Art. 6, c. 1.2 DdL-Laforgia 1999/2020)</td><td>Beni ad appartenenza pubblica necessaria [Art. 812-ter, c. 2]

[Sono] «quelli che soddisfano interessi generali fondamentali»</td><td>«Non sono né usucapibili né alienabili».</td><td>[La loro] «cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali».

«La loro circolazione può avvenire soltanto tra lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali».</td><td>«Lo Stato e gli enti pubblici territoriali sono titolari dell’azione inibitoria e di quella risarcitoria. I medesimi enti sono altresì titolari di poteri di tutela in via amministrativa nei casi e secondo le modalità che verranno definiti con legge».</td><td>«Vi rientrano fra gli altri: le opere destinate alla difesa; le spiagge e le rade; la reti stradali, autostradali e ferroviarie; lo spettro delle frequenze; gli acquedotti; i porti e gli aeroporti di rilevanza nazionale ed internazionale».</td></tr>
<tr><td>Beni pubblici sociali [Art. 812-ter, c. 3]

[Sono] «quelli le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona»</td><td>«Non sono usucapibili».</td><td>«La circolazione è ammessa con mantenimento del vincolo di destinazione. La cessazione del vincolo di destinazione è subordinata alla condizione che gli enti pubblici titolari del potere di rimuoverlo assicurino il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati» (Con la disciplina dei beni sociali andrà coordinata quella dei beni di cui all’art. 826, comma 2, del codice civile, ad esclusione delle foreste, che rientrano nei beni comuni)**</td><td>«La legge stabilisce le modalità e le condizioni di tutela giurisdizionale dei beni pubblici sociali anche da parte dei destinatari delle prestazioni. La tutela giurisdizionale dei beni in via amministrativa spetta allo Stato e ad enti pubblici anche non territoriali che la esercitano nei casi e secondo le modalità definiti con legge».</td><td>«Vi rientrano tra gli altri: le case dell’edilizia residenziale pubblica, gli edifici pubblici adibiti a ospedali, istituti di istruzione e asili; le reti locali di pubblico servizio. È in ogni caso fatto salvo il vincolo reale di destinazione pubblica».</td></tr>
<tr><td>Beni pubblici fruttiferi [Art. 812-ter, c. 4]

[Sono] «quelli che non rientrano nelle categorie indicate dal secondo e terzo comma».

[Non sono previste specifiche per la loro tutela e manca un elenco dei beni esemplificativo]</td><td>«Essi sono alienenabili e gestibili dalle persone pubbliche con strumenti di diritto privato».</td><td>«L’alienazione ne è consentita solo quando siano dimostrati il venir meno della necessità dell’utilizzo pubblico dello specifico bene e l’impossibilità di continuarne il godimento in proprietà con criteri economici» (L’alienazione è regolata da idonei procedimenti che consentano di evidenziare la natura e la necessità delle scelte sottese alla dismissione. I corrispettivi realizzati non possono essere imputati a spesa corrente)**</td><td>Sulla gestione e la valorizzazione di ogni tipo di bene pubblico. Art. 812-quater Codice civ.

«I beni pubblici non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano.
Tutte le utilizzazioni di beni pubblici da parte di un soggetto privato devono comportare il pagamento di un corrispettivo rigorosamente proporzionale ai vantaggi che può trarne l’utilizzatore individuato attraverso il confronto fra più offerte.
Nella valutazione delle offerte, anche in occasione del rinnovo, si dovrà in ogni caso tenere conto dell’impatto sociale ed ambientale dell’utilizzazione.
La gestione dei beni pubblici deve assicurare un’adeguata manutenzione e un idoneo sviluppo anche in relazione al mutamento delle esigenze di servizio» (Art. 6, c. 1.3 – DdL-Laforgia 1999/2020)</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">Beni privati [Art. 812-quinquies Codice civ.]
(Art. 6. c. 1.4 DdL-Laforgia 1999/2020)</td><td colspan="4">«Sono definiti beni privati i beni che non rientrano nelle categorie di cui agli articoli 812-bis e 812-ter»</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="5">Disegno di Legge (Nugnes) 1436/2019, ispirato da Paolo Maddalena – Associazione Attuare la Costituzione</th></tr>
<tr><th>Distinzione dei beni</th><th>Nozione</th><th>Titolarità</th><th>Gestione</th><th>Tutela</th></tr>
<tr><td rowspan="3">Demanio pubblico [Art. 822, c. 1 Cod. civ.]

(Art. 3, DdL-Nugnes 1436/2019)</td><td rowspan="3">[Il Demanio pubblico è] «inteso come l'insieme dei beni in proprietà collettiva del popolo, necessari per il funzionamento e lo sviluppo della democrazia costituzionale».</td><td rowspan="3">«Proprietà collettiva del popolo»
[Derivante dal sintagma coniato da M. S. Giannini "Proprietà collettiva demaniale»].</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">Elenco esemplificativo beni</td></tr>
<tr><td colspan="2">["Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale.
Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia, le raccolte dei musei, delle pinacoteche degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico"] (Art. 822, cc. 1-2 Cod. civ.).

["Appartengono inoltre al demanio pubblico i beni costituenti la dotazione della Presidenza della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, appartenenti allo Stato o, rispettivamente, alle regioni, alle provincie e ai comuni, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a un pubblico servizio"] (ex art. 826, cc.3-4).</td></tr>
<tr><td>Patrimonio pubblico [Art. 826, c. 1 Cod. civ.]

(Art. 2 DdL-Nugnes 1436/2019)</td><td>Il secondo e il terzo comma dell'articolo 826 del codice civile sono abrogati.</td><td>[I beni appartenenti allo Stato, alle province e ai comuni a titolo di proprietà privata].</td><td colspan="2">[I beni appartenenti allo Stato, alle province e ai comuni, i quali non siano della specie di quelli indicati dagli articoli precedenti, costituiscono il patrimonio dello Stato o, rispettivamente, delle province e dei comuni].</td></tr>
<tr><td></td><td colspan="4">* La parte in grassetto non era presente nel PdL (Fassina) n. 1617/2019</td></tr>
<tr><td></td><td colspan="4">Le parti direttamente citate dal testo del Disegno di Legge sono indicate tra virgolette basse (« »). I testi di collegamento o commento sono tra parentesi quadre ([ ])</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="5">Disegno di Legge (Nugnes) 1436/2019, ispirato da Paolo Maddalena – Associazione Attuare la Costituzione</th></tr>
<tr><th>Distinzione dei beni</th><th>Nozione</th><th>Titolarità</th><th>Gestione</th><th>Tutela</th></tr>
<tr><td rowspan="3">Beni comuni

(Art. 1 DdL-Nugnes 1436/2019)</td><td rowspan="3">«Sono beni comuni le cose, materiali o immateriali, che, per la loro natura e per la loro funzione, soddisfano diritti fondamentali e bisogni socialmente rilevanti, servendo immediatamente la collettività».</td><td rowspan="3">«Detti beni sono naturalmente fuori commercio e in proprietà collettiva demaniale o in uso civico e collettivo, urbano e rurale. Essi non possono essere sottratti alla loro destinazione pubblica. Qualora si trovino in proprietà privata, la pubblica amministrazione è tenuta a riacquisirli al patrimonio pubblico, mediante lo strumento della prelazione nelle vendite, o a istituire sugli stessi le necessarie servitù pubbliche. In ogni caso la pubblica amministrazione è tenuta a controllare che sia perseguita da parte del proprietario la funzione sociale dei beni a lui nominalmente appartenenti e che il diritto di disposizione del bene sia esercitato in modo da non contrastare l'utilità sociale o recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Nei casi di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia, necessarie a garantire servizi essenziali, o a situazioni di monopolio, la pubblica amministrazione è tenuta ad acquisirle alla proprietà pubblica e, se del caso, a trasferirle o ad affidarle a comunità di lavoratori o di utenti, nel rispetto del principio previsto dall'articolo 43 della Costituzione. Le suddette imprese pubbliche sono beni comuni».</td><td>[I Beni comuni servono immediatamente la collettività] «la quale, in persona dei suoi componenti, della presente e delle future generazioni, è ammessa istituzionalmente a goderne in modo diretto».

«La gestione dei beni comuni deve essere in mano pubblica o di comunità di lavoratori o di utenti».</td><td>«Ai fini della tutela dei beni comuni, da difendere con tutti i mezzi giuridici, ivi comprese le nazionalizzazioni, sono legittimati ad agire in giudizio anche i cittadini singoli o associati, secondo il principio di sussidiarietà».</td></tr>
<tr><th colspan="2">Elenco esemplificativo beni</th></tr>
<tr><td colspan="2">[Secondo questo schema sono Beni comuni i beni costituenti il “Demanio pubblico” in quanto “Proprietà collettiva demaniale” e le imprese pubbliche che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia, necessarie a garantire servizi essenziali, o a situazioni di monopolio]

«Rientrano, inoltre, nella disciplina più rigorosa dei beni comuni le foreste, le miniere, le cave e torbiere, le cose di interesse storico, archeologico, paletnologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo» (Art. 3, c. 2 DdL-Nugnes 1436/2019) [art. 826, c. 4].</td></tr>
</table>

Disegno di Legge (Nugnes) 1436/2019, ispirato da Paolo Maddalena – Associazione Attuare la Costituzione				
Distinzione dei beni	**Nozione**	**Titolarità**	**Gestione**	**Tutela**
Proprietà Privata [Art. 832 Cod. civ.] *(Artt. 1, 4, 5 DdL-Nugnes 1436/2019)*	«Il proprietario ha il diritto di godere della cosa, materiale o immateriale, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dalla costituzione e dall'ordinamento giuridico, assicurandone la funzione sociale». *(Art. 4, c.1, DdL-Nugnes 1436/2019)*	[Secondo questo schema il bene può appartenere a titolo di proprietà privata a soggetti singoli, collettivi o pubblici. In quest'ultimo caso costituisce Patrimonio pubblico]. [Qualora beni in proprietà privata siano riconosciuti come beni comuni] «la pubblica amministrazione è tenuta a riacquisirli al patrimonio pubblico, mediante lo strumento della prelazione nelle vendite, o a istituire sugli stessi le necessarie servitù pubbliche». *(Art. 1, DdL-Nugnes 1436/2019)*	«Il proprietario ha il diritto di disporre del bene in modo da non contrastare l'utilità pubblica o recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Nei casi di inadempimento di tale obbligo, l'atto di disposizione è nullo e il proprietario è tenuto al risarcimento del danno». *(Art. 4, c.2, DdL-Nugnes 1436/2019)*	«Nel caso di mancato perseguimento della funzione sociale ai sensi dell'articolo 42, secondo comma, della Costituzione, per colpa o dolo del proprietario, lo Stato provvede ad assumere tutti i provvedimenti necessari per assicurare la funzione sociale della cosa di cui si tratta» (Art. 4, c.1, DdL-Nugnes 1436/2019) [Qualora beni in proprietà privata siano riconosciuti come beni comuni] «la pubblica amministrazione è tenuta a controllare che sia perseguita da parte del proprietario la funzione sociale dei beni a lui nominalmente appartenenti e che il diritto di disposizione del bene sia esercitato in modo da non contrastare l'utilità sociale o recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana». (Art. 1, DdL-Nugnes 1436/2019)
		Azione di rivendicazione [Art. 848, c. 4 – Cod. civ.] *(Art. 5 – DdL 1436/2019)*		
		«L'azione di rivendicazione non si prescrive, tranne che per gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione e salvi gli effetti del mancato svolgimento delle attività necessarie per assicurare il perseguimento della funzione sociale della cosa materiale o immateriale».		

<table>
<tr><th colspan="5">Disegno di Legge (Nugnes) 2610/2022, ispirato da Paolo Maddalena – Associazione Attuare la Costituzione</th></tr>
<tr><th>Distinzione dei beni</th><th>Nozione</th><th>Titolarità</th><th>Gestione</th><th>Tutela</th></tr>
<tr><td>Bene
(in generale)
[Art. 810
Cod. civ.]

(Art. 1ab
DdL Nugnes
2610/2022)</td><td>Sono beni giuridici le cose costituenti la comunità biotica, le cose, materiali o immateriali, funzionali all'attuazione dei principi e dei diritti fondamentali sanciti in Costituzione e quelle riconosciute e tutelate da parte dell'ordinamento giuridico.

(Art. 1b - DdL Nugnes 2610/2022)</td><td>I beni giuridici possono essere "fuori commercio" o "in commercio".
Sono "fuori commercio" i "beni di preminente interesse generale" indispensabili per l'esistenza, l'individuazione e il funzionamento dello Stato comunità (artt. 1, 2, 3, 4, 5, 9, 41, 42 e 43 Cost.). Essi sono in "proprietà pubblica" originaria, piena e illimitata" del "popolo" sovrano e costituiscono nel loro complesso il "demanio costituzionale". Tali beni sono denominati "beni pubblici" o "beni comuni" e sono inalienabili, inusucapibili e inespropriabili. Essi non possono essere privatizzati, e non può esserne prevista la separazione tra titolarità del diritto e suo contenuto, né la conseguente concessione a privati della loro gestione e dei profitti che ne derivano, salva la possibilità di affidare lo svolgimento di determinate attività a singoli privati, di cui al successivo art. 810-bis.
I beni "in commercio" sono oggetto di proprietà privata, da parte di singoli soggetti privati, o, come patrimonio disponibile, da parte di organi e persone giuridiche pubbliche costituenti lo Stato persona giuridica, "organo" dello Stato comunità. È soppresso l'istituto del "patrimonio indisponibile" dello Stato. I beni che appartengono allo Stato persona a titolo di proprietà privata sono da definire "beni in proprietà privata dello Stato persona o di Enti pubblici".
(Art. 1b - DdL Nugnes 2610/2022)</td><td>Persone giuridiche pubbliche [Art. 11 Cod. civ.]

Le persone giuridiche pubbliche costituenti lo Stato persona, soggetto singolo, sono organi dello Stato comunità, soggetto plurimo, costituito dal territorio e dal popolo, cui appartiene la sovranità, ed esercitano le loro funzioni e i loro diritti nell'interesse dello Stato comunità secondo le norme della Costituzione. (Art. 1a - DdL Nugnes 2610/2022)</td><td></td></tr>
</table>

Disegno di Legge (Nugnes) 2610/2022, ispirato da Paolo Maddalena – Associazione Attuare la Costituzione				
Distinzione dei beni	**Nozione**	**Titolarità**	**Gestione**	**Tutela**
Demanio Costituzionale [Art. 822, cc. 1,2 e art. 832 Cod. civ.] *(Artt. 1bc DdL Nugnes 2610/2022)*	Beni "fuori commercio" Sono "beni di preminente interesse generale" indispensabili per l'esistenza, l'individuazione e il funzionamento dello Stato comunità (artt. 1, 2, 3, 4, 5, 9, 41, 42 e 43 Cost.). Tali beni sono denominati "beni pubblici" o "beni comuni" e sono inalienabili, inusucapibili e inespropriabili. *(Art. 1b - DdL Nugnes 2610/2022)*	Essi sono in "proprietà pubblica" originaria, piena e illimitata" del "popolo" sovrano e costituiscono nel loro complesso il "demanio costituzionale". *(Art. 1b - DdL Nugnes 2610/2022)*	I beni facenti parte del "demanio costituzionale" sono gestiti istituzionalmente dalla Pubblica amministrazione, centrale, regionale o locale, secondo le loro competenze, e servono direttamente o indirettamente la collettività, costituita dalla presente e dalle future generazioni. I consociati, considerati singolarmente, hanno il diritto d'uso e il pieno e libero godimento di detti beni e, considerati come parte della collettività, partecipano al loro governo, alla loro gestione. Fermo il diritto d'uso e godimento, di cui al precedente comma, lo svolgimento di determinate "attività" inerenti all'esercizio di funzioni o servizi pubblici può essere affidato, dalle Autorità competenti, per un periodo commisurato alla natura dell'attività, a cittadini italiani, a seguito del superamento di un pubblico concorso. I corrispettivi per le utilità fruite da terzi, a seguito dell'espletamento di detta attività, sono determinati a "tariffa" da dette Autorità, le quali provvedono a disciplinare l'intera materia con appositi Regolamenti». *(Art. 1b - DdL Nugnes 2610/2022)*	Spetta all'Autorità amministrativa la tutela dei beni di cui al precedente art. 810. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà pubblica e del possesso. / Nei casi in cui la tutela dei beni di cui si tratta è affidata all'azione del pubblico ministero penale o del pubblico ministero contabile i cittadini possono denunciare a detti organi fatti lesivi dei beni in questione e intervenire in giudizio *ad adiuvandum*. / I cittadini, singoli o associati, sono legittimati a agire in difesa dei loro diritti di uso, fruizione e tutela. / Gli stessi cittadini, singoli o associati, nell'esercizio del loro diritto di resistenza, come "parti" della Comunità, (art. 2, Cost.) e come titolari del diritto fondamentale di "partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (art. 3, comma 2, Cost.), sono legittimati a promuovere, in sede giudiziaria, ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost., tutte le azioni a tutela dei beni in questione. Essi possono anche chiedere al giudice di dichiarare, ai sensi dell'art. 41 Cost., la nullità delle negoziazioni private in contrasto con i principi imperativi "dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà, della dignità umana, della tutela della salute e della tutela dell'ambiente", nonché, ai sensi dell'art. 42, Cost., di dichiarare l'acquisto alla "proprietà pubblica" del Popolo di quei beni per i quali il proprietario privato, colposamente o dolosamente, non ha assicurato la funzione sociale. In ogni caso il ricorrente ha la possibilità di chiedere al giudice la rimessione degli atti alla Corte costituzionale, qualora si tratti di atti o comportamenti conformi a leggi incostituzionali. *(Art. 1c - DdL Nugnes 2610/2022)*

<table>
<tr><th colspan="5">Disegno di Legge (Nugnes) 2610/2022, ispirato da Paolo Maddalena – Associazione Attuare la Costituzione</th></tr>
<tr><th>Distinzione dei beni</th><th>Nozione</th><th>Titolarità</th><th>Gestione</th><th>Tutela</th></tr>
<tr><td>Demanio Costituzionale [Art. 822, cc. 1,2 e art. 832 Cod. civ.]

(Art. 1b DdL Nugnes 2610/2022)</td><td></td><td colspan="3">Elenco esemplificativo beni

Criteri di identificazione:
I beni pubblici o comuni costituenti il “demanio costituzionale”, di cui al precedente articolo, sono individuati, non mediante una elencazione tassonomica, ma attraverso una “ermeneutica costituzionale” che, tenuto conto dell’evoluzione economica e sociale del Paese, identifichi i beni che, per la loro natura e le loro caratteristiche, sono in grado di garantire l’esistenza, l’identità e il funzionamento del sistema costituzionale, disegnato dai principi e dai diritti fondamentali sanciti in Costituzione.
Beni individuati:
Rivestono tale carattere e sono rinvenibili in Costituzione i seguenti beni pubblici o comuni rientranti nel “demanio costituzionale”: a) il lido del mare, la spiaggia, i porti, i torrenti, i laghi e le altre acque pubbliche, nonché le foreste, le miniere, le cave e torbiere, le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico, paletnologico e artistico da chiunque o in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo; b) il paesaggio, il patrimonio artistico e storico della Nazione, l’ambiente, la biodiversità, gli ecosistemi, le “utilità pubbliche” che la cosa in proprietà privata esprime, le servitù pubbliche e gli usi civici urbani e rurali, nonché gli altri beni che sono tutelati dai limiti posti al diritto di proprietà privata (art. 42, comma 2, Cost.) e all’iniziativa economica privata (art,. 41, comma 2, Cost.); c) i servizi pubblici essenziali, le fonti di energia, le situazioni di monopolio e le industrie strategiche, in quanto abbiano carattere di preminente interesse generale (art. 43 Cost.); d) il lavoro, inteso come “bene immateriale”, costituito dal diritto fondamentale, e dal dovere di ciascuno, di svolgere un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale spirituale della società (art. 4 Cost.).</td></tr>
<tr><td>Beni comuni

(Art. 1b DdL Nugnes 2610/2022)</td><td>Sono un aspetto del Demanio costituzionale</td><td colspan="3"></td></tr>
<tr><td>Patrimonio pubblico [Art. 826, c. 1 Cod. civ.]

(Art. 1b DdL Nugnes 2610/2022)</td><td>Beni “in commercio”

Sono oggetto di proprietà privata, da parte di singoli soggetti privati, o, come patrimonio disponibile, da parte di organi e persone giuridiche pubbliche costituenti lo Stato persona giuridica, “organo” dello Stato comunità.</td><td>I beni che appartengono allo Stato persona a titolo di proprietà privata sono da definire “beni in proprietà privata dello Stato persona o di Enti pubblici”.</td><td></td><td></td></tr>
</table>

Disegno di Legge (Nugnes) 2610/2022, ispirato da Paolo Maddalena – Associazione Attuare la Costituzione				
Distinzione dei beni	**Nozione**	**Titolarità**	**Gestione**	**Tutela**
Proprietà Privata [Art. 832 Cod. civ.] *(Artt. 1bdef DdL Nugnes 2610/2022)*	Beni "in commercio» Sono oggetto di proprietà privata, da parte di singoli soggetti privati, o, come patrimonio disponibile, da parte di organi e persone giuridiche pubbliche costituenti lo Stato persona giuridica, "organo" dello Stato comunità. *(Art. 1b DdL Nugnes 2610/2022)*	Il proprietario ha il diritto di godere della cosa, materiale o immateriale, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dalla Costituzione e dall'ordinamento giuridico, assicurandone la funzione sociale, che costituisce principio imperativo inderogabile ai sensi dell'articolo 42 Cost. Nel caso di mancato perseguimento di quest'ultima la Pubblica amministrazione adotta tutti i provvedimenti necessari per assicurare la funzione sociale della cosa di cui si tratta, nell'interesse generale della collettività. *(Art. 1d DdL DdL Nugnes 2610/2022)* **Azione di rivendicazione [Art. 848, c. 4 – Cod. civ.]** *(Art. 1f DdL Nugnes 2610/2022)* L'azione di rivendicazione della proprietà privata non si prescrive, tranne che per gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione, nonché per gli effetti del passaggio della cosa nel demanio costituzionale, a causa del mancato perseguimento della funzione sociale o della violazione da parte del proprietario privato della utilità sociale, della sicurezza, della libertà, della dignità umana, della salute e dell'ambiente.	Il proprietario ha il diritto di disporre del bene in modo da non contrastare i principi imperativi inderogabili della utilità sociale, della sicurezza, della libertà, della dignità umana, della salute e dell'ambiente, ai sensi dell'articolo 41 Cost. La Pubblica amministrazione è tenuta a perseguire la funzione sociale di detti beni. *(Art. 1d DdL DdL Nugnes 2610/2022)* Nella determinazione dell'indennità di espropriazione relativa a cose che esprimono più beni giuridici si deve tener conto del bene che già appartiene al demanio costituzionale in virtù delle utilità pubbliche che esprime. *(Art. 1e DdL Nugnes 2610/2022)*	Nei casi di inadempimento di tale obbligo, l'atto di disposizione è nullo e il proprietario è tenuto al risarcimento del danno. Il proprietario privato, ove, con dolo o colpa, non persegua la funzione sociale del bene, perde *ope constitutionis* la proprietà del bene stesso, il quale, come bene abbandonato, transita, previa diffida – e secondo la propria natura e le proprie caratteristiche, nonché le utilità sociali che può generare – nella proprietà pubblica demaniale della Comunità locale o nella proprietà privata dell'Ente comunale in cui il bene si trova. I Comuni con apposito Regolamento determinano le procedure, le modalità e i controlli relativi alle destinazioni dei predetti beni abbandonati. *(Art. 1d DdL DdL Nugnes 2610/2022)*

LA CURA (*COME*) CRITICA

RIFLESSIONI SULLO SPAZIO URBANO A PARTIRE DALL'ESPERIENZA PANDEMICA

ELENA **DORATO**

&dq

La cura (*come*) critica.
Riflessioni sullo spazio urbano a partire dall'esperienza pandemica

Critical care.
Reflections on urban space from the pandemic experience

ELENA DORATO

Architetto, Ph.D. in Urbanistica. Professore a contratto presso il Dipartimento di Architettura dell'Università degli Studi di Ferrara – Laboratorio di Ricerca CITER.
E-mail: drtlne@unife.it

ABSTRACT
Il contributo propone alcune riflessioni sviluppate nei due anni di pandemia, a partire dalla centralità dello spazio pubblico e del suo irrinunciabile valore quanti/qualitativo. Le dinamiche urbane esacerbate dalla recente crisi sanitaria hanno radici profonde e pongono l'accento -anche- su questioni di diritto, alimentando un dibattito necessariamente trans-disciplinare al fine di riuscire a produrre spazi "abilitanti" che promuovano un concetto di salute ampio, in un'ottica preventiva.

This contribution proposes some reflections developed during the two years of the pandemic, starting from the centrality of public space and its indispensable quantitative/qualitative value. The urban dynamics exacerbated by the recent health crisis have deep roots and place emphasis – also – on issues of rights, feeding a necessarily trans-disciplinary debate in order to be able to produce "enabling" spaces that promote a broad concept of health, from a preventive perspective.

KEYWORDS
Spazio pubblico; città pandemica; retoriche urbane; corpo umano/corpo urbano; urbanistica preventiva

Public space; pandemic city; urban rhetorics; human body/urban body; preventive urbanism

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

La cura (*come*) critica

Riflessioni sullo spazio urbano a partire dall'esperienza pandemica

ELENA DORATO

1. *Se manca una visione* – 2. *Non torneremo alla normalità perché la normalità era il problema* – 3. Quarantine Urbanism *e la (non più) nuova questione urbana* – 4. *Attraverso il controllo dei corpi nello spazio* – 5. *Verso una cura* critica.

1. *Se manca una visione*

Il primo aprile 2022, a due anni esatti dalla dichiarazione della pandemia di SARS-coV-2 da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, il nostro Paese annuncia la fine dell'emergenza sanitaria e si prepara alla *Ripartenza*, in un quadro sociale, economico e politico profondamente trasformato. La "città della pandemia" si è rivelata essere – nella maggioranza dei casi – una città diseguale e segregante, sempre più privata e virtuale; debole nella sua armatura urbana e carente dal punto di vista delle reti e dei servizi del *welfare* territoriale. Una città spesso incapace di prendersi cura della salute e del benessere dei suoi abitanti, teatro di uno scontro costante e irrisolto tra i vecchi e ormai inadeguati modelli di sviluppo e le istanze (o *diritti*) della salute pubblica, dell'istruzione, della casa, della sicurezza, della *privacy* e della libertà individuale, dell'accesso alla tecnologia, dell'interazione sociale.

Queste questioni vengono intelligentemente affrontate, con uno sguardo necessariamente multi-disciplinare, nel bel libro *Abitare i Diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, che pure prende forma in un periodo pre-Covid e, quindi, non sempre tenendo direttamente in considerazione le più recenti ripercussioni e implicazioni della pandemia. Eppure, oggi, il dato più rilevante appare proprio questo: ovvero, la centralità e rilevanza dei temi trattati "a prescindere" dall'impatto del Covid-19.

La crisi del sistema città ha radici profonde ed estremamente complesse – nel volume si affrontano i temi della giustizia spaziale, delle vulnerabilità sociali ed economiche, dei processi neoliberali di privatizzazione e controllo degli spazi urbani, delle sfide poste dall'invecchiamento della popolazione, delle possibilità offerte da processi di rigenerazione e riconoscimento dei beni comuni, della necessità di ripensare i sistemi multi-livello di *governance* territoriale – che con l'emergere di questa nuova malattia globale non hanno fatto altro che crescere e radicarsi ancor di più, ancora più velocemente.

In questo lungo periodo emergenziale, le reali capacità di innovazione in ambito urbano sono state per lo più modeste e, spesso, si sono configurate come risposte "dal basso"; pratiche e sperimentazioni urbane collettive o temporanee, avviate dal mondo dell'associazionismo o da gruppi di cittadini organizzati in diverse forme. È chiaramente emerso come il Covid-19 abbia accelerato l'implementazione di nuove strategie, strumenti, processi e interventi solamente in quelle realtà urbane virtuose che, già negli anni precedenti, si erano interrogate e avevano iniziato ad agire in maniera strutturale su vivibilità e qualità urbana e ambientale, mobilità sostenibile, accessibilità ai servizi e *welfare* territoriale (specialmente i modelli legati alla sanità).

[*] Il presente contributo raccoglie e argomenta una serie di riflessioni sviluppate dall'Autrice in questi due anni di pandemia, (nello specifico, si riporta parte del testo *Città, salute e (prendersi) cura* pubblicato nella raccolta di saggi *Criticity. Futuri Urbani*, vol.2. *Città Fragile*, Contrabbandiera, 2022), facendo anche tesoro dei preziosi saggi contenuti nel volume *Abitare i Diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, a cura di Maria Giulia Bernardini e Orsetta Giolo.

In Italia – pur generalizzando – in questi mesi pare essere mancata la lungimiranza, traguardando il momento contingente e riuscendo ad avanzare proposte radicali che, come ci ricorda Angela Davis, significa semplicemente *afferrare le cose alla radice*.

Per citare un esempio lampante, il dibattito sulla mobilità urbana è indubbiamente stato uno dei più accesi, con numerose città – in tutto il mondo – che dall'emergenza hanno tratto coraggio, attuando nuovi piani, politiche e interventi a favore delle persone, del movimento libero dei corpi nello spazio, supportando e dando valore alla libertà di incontrarsi in sicurezza per continuare a *vivere* la città: pedonalizzando strade e piazze, tracciando chilometri e chilometri di nuove infrastrutture ciclabili lungo le carreggiate (sottraendo, per una volta, spazio alle auto invece che ai già risicati marciapiedi), riducendo sensibilmente i limiti di velocità, aumentando le dotazioni dei mezzi pubblici[1].

Immagine 1. Da sinistra a destra: "casa avanzata" ciclabile (art. 182 comma 9-ter del Codice della Strada, introdotto con il "Decreto Rilancio" 120 D.L. n.34/2020) utilizzata impropriamente e occupata dalle auto (Bari, corso Cavour, settembre 2021); nuovi percorsi ciclabili che si sovrappongono al marciapiede, rendendolo inutilizzabile (Bologna, via Fioravanti, dicembre 2021); prima fase della pedonalizzazione di piazza Rossini (Bologna, maggio 2020).

In Italia abbiamo beneficiato del "bonus bici" senza però avere le infrastrutture ciclabili adeguate, procedendo per timide modifiche al Codice della Strada anziché intervenire in maniera strutturale e coraggioso sulla norma, e con le principali città italiane che hanno aperto a più riprese i varchi alle già scarse ZTL per permettere il passaggio e la sosta alle automobili.

Nel mentre, ad esempio, la Spagna ha giovato delle importanti pedonalizzazioni effettuate a tappeto a partire già dai primi anni '90, implementando nel maggio 2021 un *Real Decreto* a livello nazionale per il contenimento dei limiti di velocità urbani a 30 Km/h (già 20 Km/h per le strade senza marciapiede e 6 Km/h nei centri storici) al fine di ridurre l'incidentalità e costruire città "più umane e sostenibili", portando avanti iniziative come *Obrim Carrers* (*apriamo le strade*, a Barcellona) in cui grandi arterie di traffico vengono concesse, seppur temporaneamente, alla mobilità pedonale.

Sempre rimanendo nella capitale catalana, si può fare riferimento al progetto strategico di rigenerazione urbana *Superilles*, ormai adottato a livello metropolitano e già contenuto all'interno del Piano della Mobilità Urbana 2013-2018. Nato con l'esplicito obiettivo di migliorare l'abitabilità della città e aumentare la quantità e la qualità degli spazi pubblici urbani, agendo al contempo

[1] Negli ultimi due anni, alcuni interessanti *database* hanno raccolto e schedato le diverse azioni intraprese da numerose città in tutto il mondo; si vedano ad esempio il *Shifting Streets Covid-19 Mobility Dataset* (https://www.pedbikeinfo.org/resources/resources_details.cfm?id=5235) e il *Covid-19 Livable Streets Response Strategies* (https://docs.google.com/ spreadsheets/d/1tjam1voNLUWkYedIa4dVOL49pyWIPIyGwRBoDOnm3Ls/edit#gid=0).

su un'importante rimodulazione dei sistemi del traffico (meno automobili private e più spazi sicuri per le persone), sull'implementazione delle trame verdi, sulla riduzione delle emissioni inquinanti e la creazione di nuove opportunità sociali ed economiche, il progetto *Superilles* si fonda sulla convinzione che la rigenerazione (urbana, sociale, economica) della città contemporanea passi prioritariamente attraverso una gestione più efficiente delle risorse e dei servizi.

E, chiaramente, questo sistema di spazi pubblici "accresciuti", nato da un'intenzionalità che ancora ignorava la comparsa del virus globale, ha rappresentato per la popolazione dell'*Eixample* una fondamentale valvola di sfogo per la socialità e il vivere urbano durante i lunghi mesi di restrizioni appena trascorsi.

Al centro del progetto è posta la salute fisica, mentale e soprattutto sociale della popolazione: condizione che, con la pandemia, abbiamo tutti (ri)scoperto come strutturale e non negoziabile. Proprio per questo, vale la pena sottolineare come l'esperienza barcellonese possa definirsi virtuosa anche perché capace di affrontare sfide urbane complesse grazie a un reale ed effettivo sforzo interdisciplinare dei diversi settori politico-amministrativi. Nel caso delle *Superilles*, l'Agenzia di Salute Pubblica di Barcellona lavora insieme a quella di Urbanistica per definire gli obiettivi e gli approcci metodologici del progetto, oltre che monitorarne costantemente gli sviluppi, valutandone gli impatti: sulla qualità ambientale, sulle caratteristiche e usi degli spazi, sul benessere e sulle interazioni sociali delle persone[2].

Il miglioramento delle condizioni di salute della popolazione come obiettivo principale della pianificazione e della progettazione urbanistica è, non a caso, una peculiarità ben radicata nella storia di Barcellona. Infatti, sulla scia del lavoro dei primi riformisti sociali nell'Inghilterra della rivoluzione industriale di metà Ottocento, nel 1856 viene pubblicata la prima inchiesta sulle condizioni di vita della classe operaia di Barcellona, seguita nel 1857 da una nuova edizione con una lunga introduzione dell'ingegnere Ildefonso Cerdà, intitolata *Teorìa General de la Urbanizaciòn*, precursore del primo vero e proprio trattato di urbanistica europeo pubblicato nel 1867 con lo stesso titolo.

In questo importante scritto, Cerdà spiega accuratamente il suo approccio pianificatorio per risolvere le più pressanti questioni sanitarie urbane, mentre sviluppa altri due concetti fondamentali, ovvero: l'omogeneità della maglia urbana (le famose *quadras*) per assicurare l'uguaglianza spaziale e il controllo dei valori fondiari, e il primato del sistema stradale per migliorare i commerci e le relazioni sociali, oltre a garantire una migliore *salubrità pubblica* attraverso una buona ventilazione e l'irraggiamento solare diretto[3]. Secondo Belfiore[4], l'esperienza ottocentesca di Barcellona rappresenta la prima vera sperimentazione nella creazione dello *spazio urbano moderno*, che combina necessità igieniche e di salute con l'ideale di una città egualitaria (che affonda quindi le radici nel pensiero utopico della metà del XIX secolo), così come le nuove capacità ingegneristiche e tecnologiche con le istanze sociali emergenti. Un percorso ormai pluricentenario capace di dare priorità alla città come bene comune e valore alla qualità dell'abitare, sfruttando i momenti di crisi o emergenza come opportunità per nuove sperimentazioni.

Ripercorrendo oggi, con sguardo orientato, i principali momenti di crisi sociale del XX e XXI secolo, così come i momenti di revisione critica delle forme di trasformazione urbana o di messa in discussione del ruolo dello spazio pubblico, si riesce a leggere una corrispondenza diretta con la necessità umana di riaffermare il proprio diritto alla città, inteso anche e soprattutto come *diritto allo spazio*. Se i momenti di emergenza rappresentano importanti acceleratori della Storia – e questo è generalmente vero specie in relazione alla contrazione dei tempi dei processi decisiona-

[2] Si vedano, tra i vari documenti disponibili in rete, i report dell'Agenzia di Salute Pubblica di Barcellona *Salut als carrers* (*Salute nelle strade*), ultima uscita 2021.

[3] Cerdà 1867.

[4] Belfiore 2005.

li[5] – la situazione attuale ci impone una quanto mai urgente e strutturale riflessione sui nuovi possibili equilibri tra gli spazi (e i corpi) della città poiché, come ci ricorda Judith Butler,

> «[...] quando i corpi si riuniscono in strada, in piazza, o in altre forme di spazio pubblico (anche virtuale) stanno esercitando un diritto plurale e performativo di apparire, un diritto che afferma e istanzia il corpo in mezzo al campo politico, e che, nella sua funzione espressiva e significante, consegna una richiesta corporea per un insieme più vivibile di condizioni economiche, sociali e politiche»[6].

Immagine 2. A sinistra: piazza Verdi transennata per evitare assembramenti e limitare i "rischi della movida" (Bologna, aprile 2021); a destra: un piccolo gruppo di persone anziane che si incontra e chiacchiera sul marciapiedi (Bologna, via Bolognese, giugno 2021).

2. *Non torneremo alla normalità perché la normalità era il problema*

No volveremos a la normalidad porque la normalidad era el problema. Con queste parole proiettate nella notte contro un grattacielo di Santiago del Chile, il collettivo artistico *Delight Lab* ha lanciato un messaggio tanto duro quanto vero.

Anche nel nostro Paese, il ritorno di vecchie retoriche e chiavi interpretative per descrivere e indirizzare le "nuove" problematiche pandemiche ha rappresentato, in questi due anni, uno dei principali sintomi dell'inadeguatezza dei tempi di reazione e delle capacità di visione della disciplina Urbanistica – oltre che della reale debolezza della tanto invocata interdisciplinarietà – confermando, al contempo, la ciclicità storica delle relazioni complesse tra *città* e *salute*. Il *corpus* di riflessioni, scritti, dibattiti multi-disciplinari in merito alla "città pandemica" e, soprattutto, a quella *post* pandemica è ormai indubbiamente ricco, accomunato però da una fortissima difficoltà nel prefigurare con relativa esattezza quale *futuro urbano* ci aspetti, producendo così una serie di visioni e scenari più o meno plausibili, più o meno auspicabili.

Quel che tuttavia pare piuttosto lampante è la ricorrenza di alcuni temi, il riemergere di questioni urbane che sono rimaste per lungo tempo sopite all'interno della discussione disciplinare. Non appare corretto, infatti, sostenere che la situazione che abbiamo vissuto in questi ultimi tempi, seppure ci appaia inedita, abbia posto delle "nuove sfide". Piuttosto, la pandemia ha agito da acceleratore, da cassa di risonanza rispetto a dinamiche già in essere, esacerbando situazioni conflittuali e mai risolte. In un momento di rinnovata attenzione sulle relazioni tra salute e cit-

[5] Harari 2020.
[6] Butler 2017, 11.

tà, tra corpi *umani* e corpi *urbani* (con un dibattito pubblico *mainstream* che ha spesso teso alla retorica e alla banalizzazione di temi, questioni e possibili soluzioni) concetti complessi quali *abitare*, *prossimità*, *densità* sono stati riportati al centro della discussione, proponendo come nuove intuizioni e soluzioni spaziali alcuni assunti o ricette già note[7].

È questo, ad esempio, il caso della *Città dei 15 minuti*, uno slogan che ha di recente incontrato grande successo in Europa e non solo. Nelle decine di articoli apparsi sul tema nell'ultimo anno, il modello policentrico della città del quarto d'ora è stato fortemente associato a una dimensione urbana più *umana* e quindi in qualche modo più governabile, giusta e salubre, basata sulla *mixité* funzionale e su servizi efficienti e diffusi, infrastrutture per la mobilità attiva e sostenibile sicure e distribuite in maniera capillare sul territorio, sulla presenza di spazi verdi pubblici accessibili, diffusi e di qualità; il tutto tenuto insieme e interpretato in una chiave temporale, attraverso la variabile *tempo*. Inserendosi quasi nel filone del cosiddetto crono-urbanismo, questo modello si presenta come una (non) nuova armatura urbana e territoriale tempo-centrica direttamente collegata alla dimensione spaziale e socio-relazionale della *prossimità* (altra parola-chiave di questi anni), sollecitazione perlopiù in antitesi con la prevalente prassi urbanistica dell'ultimo secolo, fondata invece sulla zonizzazione funzionale e sulla realizzazione di grandi arterie viarie per la fluidificazione del traffico veicolare privato.

Metropoli occidentali come Portland, Melbourne[8], Parigi[9] stanno, di fatto, attingendo ancora a piene mani alla teoria americana della *Neighborhood Unit* sviluppata dall'urbanista americano Clarence Perry a cavallo tra gli anni Venti e Trenta del secolo scorso per un'espansione alternativa della città di New York[10]. A distanza esattamente di un secolo, nel caso parigino in particolare, la coincidenza dei punti programmatici con la teoria di Perry appare evidente: la costituzione (o ri-costituzione) dell'unità-quartiere deve fondarsi attorno ad alcuni elementi essenziali quali la presenza di una scuola elementare[11], abitazioni in numero e qualità adeguate alle esigenze della popolazione residente, negozi di vendita al dettaglio, spazi verdi (oggi spesso interpretati attraverso meri interventi di *vegetalizzazione*), campi da gioco ed edifici pubblici, culturali e di aggregazione. In linea poi con le tendenze contemporanee che muovono verso una progressiva militarizzazione degli spazi urbani in nome della pubblica sicurezza, Parigi ha aumentato anche di numerose unità il presidio degli agenti di polizia all'interno dei quartieri, al fine di *garantire sicurezza* sorvegliando i comportamenti dei cittadini.

La città dei 15 minuti (tempo) vuole essere la città della *mixité* e della prossimità (spazio) ed è da molti anche definita come la città a misura d'uomo. *Ma quale città per quale uomo?*

La tradizione urbanistica Modernista per *l'uomo nuovo* (che è maschio, bianco, sano, di classe media, giovane e automobilista) ci ha indubbiamente lasciato un'eredità a dir poco ingombrante. La filosofa americana Elizabeth Grosz scrive che

[7] Farinella 2020.

[8] Entrambe queste città hanno, in anni relativamente recenti, messo a punto strumenti e politiche urbane finalizzate alla creazione di comunità più sane attraverso il decentramento dei principali centri di servizi e lavoro, incoraggiando la mobilità attiva all'interno e tra i diversi quartieri, puntando sul mix funzionale e su alloggi economicamente più accessibili, su servizi pubblici primari di qualità e diffusi sul territorio. In collegamento con il piano climatico della città dell'Oregon, il *Portland Plan* (approvato nel 2012) prevede che entro il 2030 il 90% degli abitanti potrà raggiungere da casa, a piedi o in bicicletta, qualsiasi servizio necessario nell'arco di venti minuti. Analogamente, il *Plan Melbourne 2017-2050* si configura come una strategia di pianificazione metropolitana attraverso cui rendere più labile la tradizionale separazione tra vita privata e lavoro.

[9] Parte fondamentale della campagna elettorale per la rielezione della sindaca socialista Anne Hidalgo nel 2020, la proposta della "ville du quart d'heure" si può trovare in versione integrale al sito: https://annehidalgo2020.com/thematique/ville-du-1-4h/.

[10] Perry 1929; Perry 1933.

[11] Perry 1914.

> «[...] la città è prodotta e riprodotta nel simulacro del corpo e il corpo, a sua volta, è trasformato, "urbanizzato" come un corpo inconfondibilmente metropolitano»[12].

Ma l'urbanizzazione del corpo (*citification*) e la corporalizzazione della città (*bodification*) fanno riferimento a due differenti modelli.

Il primo, affondando le radici nella storia, intende la città come una produzione diretta del corpo, come il riflesso della volontà umana: i nostri bisogni e le nostre capacità progettuali fanno la città, implicando un potere causale attivo. Il secondo modello, di ben più recente concezione, prefigura invece il rapporto inverso:

> «[...] le città sono diventate (o forse sono sempre state) ambienti alienanti, che non garantiscono al corpo un contesto "naturale", "salutare", o "favorevole"»[13].

Secondo quest'ultima interpretazione, la città e i corpi che la producono possono esercitare una retroazione negativa che porta all'alienazione della socialità e a sfavorevoli condizioni di salute, ambientali e sociali.

Un altro tema attorno al quale si è tornati a discutere con insistenza è stato quello della *densità* urbano-insediativa (oltre che della concentrazione o rarefazione dei corpi nella condivisione di un determinato spazio), additata già nelle prime settimane di confinamento come *il male* dell'urbanità contemporanea, la condizione da cui fuggire a tutti i costi (da qui, anche, le proposte *naïf* di architetti e urbanisti che hanno invocato, sui principali quotidiani nazionali, la fuga dalle città per un bucolico ritorno ai borghi – spopolati, privi di connessioni, carenti di servizi).

Per inquadrare, seppur a grandi linee, la questione, è bene ricordare come a partire dagli anni '80 del secolo scorso parte del dibattito epidemiologico si sia concentrato sulla definizione di un *vantaggio urbano* relativo alla salute della popolazione (quello che nella letteratura scientifica anglosassone è definito come *urban health advantage*), in contrapposizione alla teoria fino a quel momento prevalente della *urban health penalty*[14]. Sulla base della comparazione dei dati epidemiologici della popolazione urbana e rurale di determinate parti del mondo, i ricercatori sono stati in grado di dimostrare che lo stato di salute delle comunità urbane è generalmente migliore rispetto a quello della popolazione rurale e suburbana, intendendo la *salute* nell'accezione ampia e complessa di stato di completo benessere fisico, sociale e mentale[15].

Tra i diversi aspetti che, secondo la teoria del vantaggio urbano, garantiscono migliori condizioni di salute alla popolazione, la *densificazione* incarna il mantra globale delle politiche pianificatorie degli ultimi decenni. Numerosi studi hanno identificato la densità insediativa con il concetto stesso di sostenibilità, poiché la città sostenibile – a cui oggi potremmo aggiungere e associare anche gli attributi di *resilienza* e *salubrità* – non può che essere densa, compatta, ad uso misto, ricca di spazi pubblici e verdi di qualità.

Ma ecco che, con l'avvento di un virus globale, la paura del corpo-a-corpo e il rafforzamento del concetto di "città della quarantena" ci hanno (ri)portato a intendere la co-esistenza e la condivisione dello spazio come qualcosa di pericoloso. Denso diviene sinonimo di *infetto*, ristabilendo una forte tensione tra disaggregazione (la separazione fisica della popolazione nello spazio come forma di prevenzione dal contagio) e concentrazione (o densificazione). Di nuovo, ci troviamo di fronte a un conflitto che si gioca su diversi livelli. Un esempio, ampiamente sostenuto dall'evidenza scientifica, è quello dei benefici della densità rispetto a una maggiore efficienza energetica e un più funzionale metabolismo urbano.

[12] Grosz 1992, 242.
[13] Ivi, 245.
[14] Vlahov, Galea, Freudenberg 2005.
[15] Si veda la definizione di *salute* data dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nella sua Costituzione del 1948.

Tuttavia, come ci ricorda Richard Sennett[16], si prospetta nel medio-lungo periodo un nuovo, potenziale conflitto tra le istanze contrastanti di salute pubblica e quelle climatiche. Alcuni studi scientifici condotti in questi mesi hanno dimostrato (prima della somministrazione dei vaccini) come la densità non sia il fattore prevalente e scatenante il contagio. Ad esempio, i dati raccolti e pubblicati dalla *World Bank* sul caso cinese[17] non hanno rilevato una causalità diretta, analogamente ad alcuni studi condotti negli Stati Uniti, sia su un ampio campione di contee metropolitane[18], che su alcune città quali Chicago[19] e New York[20]. Dalla ricerca di Hamidi e colleghi si evince come la popolazione metropolitana (americana) rappresenti sì uno dei predittori più significativi dei tassi di infezione, ma che tuttavia la densità insediativa non è significativamente correlata alla percentuale di infezione. Al contrario, le contee con maggiore densità risultano avere tassi di mortalità legati al virus significativamente più bassi rispetto a quelle meno dense, un risultato che suggerisce una maggiore rilevanza del fattore *connettività* territoriale rispetto alla densità. Di fatto, questa riflessione è applicabile anche al nostro contesto nazionale, come discusso da diversi autori[21].

Ciò che emerge chiaramente da questi studi è una forte correlazione tra il benessere socio-economico della popolazione residente nei diversi quartieri o aree analizzate e la diffusione del virus; constatazione che, ancora una volta, ci riporta al tema fondamentale delle disuguaglianze sociali e della segregazione socio-spaziale rispetto alle disuguaglianze di salute. Nella primavera 2020, ad esempio, le mappe a colori pubblicate dal CDC (*U.S. Centers for Disease Control and Prevention*) sulla diffusione del contagio a New York City erano inquietantemente sovrapponibili con quelle della segregazione sociale e del disagio abitativo urbano, così come gli studi condotti sulla diffusione del virus in India o in alcuni contesti dell'America Latina ci mostrano la diretta correlazione tra gli *slums* o le *favelas* e i più alti tassi di malattia e mortalità.

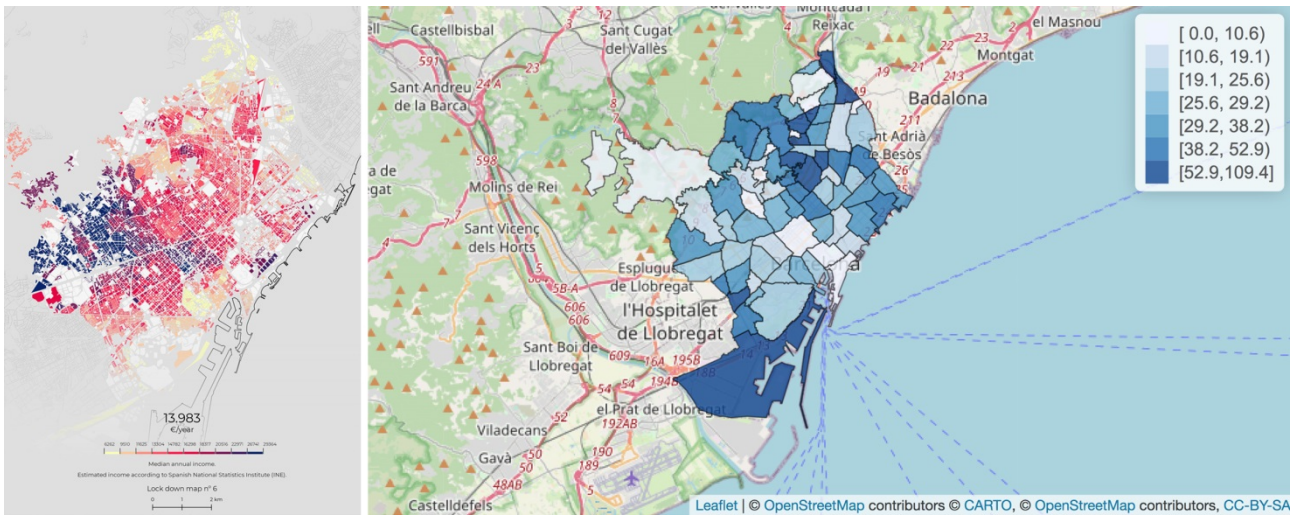


Immagine 3. A sinistra: mappatura della distribuzione della popolazione di Barcellona in base al reddito (progetto "*Lockdown Geographies. How Does Housing Generate Inequality?*" dello studio catalano 300.000 Km/s https://300000kms.net/case_study/lockdown-geographies/); a destra: mappatura dell'incidenza del contagio da SARS-CoV-2 nei diversi quartieri della città ("*Registre Covid-19*" Departament de Salut Generalitat de Catalunya, dati riferiti a maggio 2020). Si nota chiaramente come le aree più ricche, indicate in blu sulla sinistra, corrispondano a quelle a più basso contagio in bianco/azzurro chiaro sulla destra; analogamente, i distretti a più basso reddito (in giallo a sinistra) sono quelli a maggior incidenza di contagi (in blu a destra).

[16] SENNETT 2020.
[17] FANG, WAHBA 2020.
[18] HAMIDI et al. 2020.
[19] CORYNE 2020.
[20] Si vedano i dati pubblicati dal *NYC Department of Health and Mental Hygiene*, su base censuaria, rispetto ai casi confermati di Covid-19 rispetto alla densità dei cinque distretti della città.
[21] AGNOLETTI et al. 2020.

3. Quarantine Urbanism *e la (non più) nuova questione urbana*

Proprio in quest'ottica, si è iniziato a parlare di Covid-19 come una *sindemia* – termine già introdotto dall'antropologo medico Merril Singer alla fine del secolo scorso – sottolineandone le origini *sociali* piuttosto che epidemiologiche. Il direttore della prestigiosa rivista medica *The Lancet*[22] sostiene come non importi quanto efficace possa essere la protezione fornita da un determinato farmaco o vaccino, poiché una soluzione meramente biomedica al virus è destinata inevitabilmente a fallire. Studi scientifici internazionali hanno esaminato le implicazioni della "pandemia sindemica" rispetto alle diseguaglianze di salute della popolazione[23], portandone in risalto le strettissime relazioni con i determinanti sociali di salute (di cui la città e le sue caratteristiche, come ambiente fisico e relazionale, fa parte).

L'idea che sottende queste considerazioni è, dunque, che politiche sanitarie serie e responsabili non possano prescindere dal considerare le interazioni biologiche e sociali della malattia, agendo su diseguaglianze, disparità economiche, fragilità e patologie croniche perché la condizione di quelle che potremmo definire come nuove vulnerabilità – ampiamente messe in evidenza dagli avvenimenti di questi anni – rende palese la necessità di adottare uno sguardo e un approccio allargato.

Nel suo saggio *Giustizia spaziale, periferie e vulnerabilità sociale: un nesso problematico?*, Alfredo Alietti affronta questo stesso tema relativamente alle dinamiche escludenti e segreganti che riguardano gli abitanti delle periferie e dei quartieri multietnici; dinamiche complesse che sappiamo comprendere, a tutti gli effetti, anche importanti questioni di diseguaglianze di salute.

> «Vi è la necessità di ribadire che i meccanismi produttori di diseguaglianze urbane si muovono innanzitutto sull'asse delle condizioni materiali dell'esistente e, soprattutto, si deve rammentare come in molteplici situazioni non si può parlare di uno stato di vulnerabilità *(il rischio di...)* ma di una reale e pregressa deprivazione che si riflette sulle forme di partecipazione alla vita pubblica»[24].

E proprio su questo ragiona anche il bel contributo di Maria Giulia Bernardini, dal titolo *Per un diritto alla age-friendly city. Spazi diritti e accessibilità*, orientando la riflessione verso il diritto alla città della popolazione anziana, ovvero quella soggettività non paradigmatica che, in maniera incredibilmente evidente durante la pandemia, è stata oggetto di particolari politiche spaziali e di confinamento[25].

Riprendendo il concetto di *sindemia*, l'errore indicato da Horton, ovvero l'aver considerato la malattia infettiva come unica causa della crisi, concentrandosi pertanto sull'isolamento del virus attraverso l'interruzione delle catene di trasmissione, ha rapidamente portato a quanto è stato battezzato come *Quarantine Urbanism*[26]: l'imposizione di una netta separazione spaziale tra ciò che è considerato sano, pulito, sicuro e ciò che invece è malato, sporco, pericoloso, potenzialmente letale, esercitando inevitabilmente una nuova forma di controllo sui corpi, sulle loro condizioni di salute e sugli spazi che questi abitano. Come sostengono gli Autori, nella "città della quarantena" (slogan che si avvale di un termine medico "logoro" per riportare al centro del dibattito la connotazione etica del legame tra corpo e spazio) le interazioni sociali non avvengono più all'interno degli spazi pubblici – la dimensione pubblico-relazionale urbana è negata in tempi di pandemia in nome di una sorta di nuovo urbanesimo che sposta significati e significanti dagli spazi aperti della città agli interni delle abitazioni–, bensì si manifestano attraverso la riconfigurazione di nuovi *corpi sociali* quali, ad esempio, i gruppi a domicilio in supporto alle persone più fragili.

[22] HORTON 2020, 874.
[23] Si veda, tra tutti: BAMBRA et al. 2020.
[24] ALIETTI 2021, 28.
[25] BERNARDINI 2021.
[26] BIANCHETTI et al. 2020.

Analogamente, il commercio si è spostato dalle strade al *delivery* porta a porta, il lavoro si è de-materializzato diventando *smart*, la scuola si è fatta a distanza, contribuendo a iper-velocizzare una transizione che ha fortemente cambiato la dimensione (e il significato) dello spazio urbano, spostando attività e relazioni dallo spazio pubblico – complesso, stratificato, spesso conflittuale – a quello privato (e diversamente conflittuale).

> «L'abolizione della distanza tra casa e lavoro, la diminuzione dell'interazione faccia a faccia tra i soggetti [...] influenzerà/infetterà sempre più tutti gli aspetti della vita quotidiana e dell'esistenza corporea»[27].

Quello cui Grosz fa riferimento non sono solo le possibili alterazioni sociali derivanti da simili cambiamenti – «l'implosione dello spazio nel tempo», la «trasmutazione della distanza in velocità» – ma anche e soprattutto

> «[...] i principali effetti che queste modificazioni avranno sulla forma e sulla struttura della città»[28],

modificazioni cui stiamo chiaramente già assistendo.

In parallelo, i rapporti e le attività si sono spostate dal piano fisico a quello virtuale grazie a un processo senza precedenti di sperimentazione e diffusione "forzata" della tecnologia, per velocità ed estensione. Come conseguenza, il paesaggio urbano contemporaneo, che è globale, neoliberale e costantemente connesso, subisce un processo di omogeneizzazione, regolamentazione e controllo.

Questo spostamento fisico-relazionale dei corpi e delle loro interazioni su un piano privato e virtuale comporta, da un lato, un ulteriore e pericoloso inasprimento del cosiddetto *digital divide*, ovvero quella separazione esistente tra chi dispone degli strumenti e delle competenze utili ad accedere e usufruire delle opportunità offerte dalle tecnologie della comunicazione (*in primis*, l'uso di Internet) e le persone che invece ne rimangono escluse, consapevoli della rilevanza di tale fenomeno come una delle cause più significative di esclusione sociale nella nostra società[29]. Dall'altro, una ridefinizione dei concetti di sicurezza, controllo e sorveglianza, sconfinando dal "semplice" dominio percettivo-comportamentale a un tema di diritti.

La "città della sindemia" ci ha aperto gli occhi rispetto a un drammatico scontro etico, spaziale e di diritti, ovvero a quanto Bernardo Secchi aveva già definito come la "nuova questione urbana"[30].

> «Oggi la nuova questione urbana emerge in anni di profonda crisi delle economie e delle società occidentali, anni in cui la crescente individualizzazione e destrutturazione della società e una maggiore consapevolezza della scarsità delle risorse ambientali, unita a domande crescenti nei confronti della sicurezza, della salute e dell'istruzione, del progresso tecnologico e del cambiamento delle regole dell'interazione sociale, costruiscono immagini, scenari, politiche e progetti che sono in parte contrastanti gli uni con gli altri»[31].

Quanto discusso da Secchi guarda al tema delle disuguaglianze in termini fortemente spaziali, ponendo l'accento sulle linee di demarcazione che si vengono a tracciare nello spazio – complice il progetto urbanistico, le sue intenzioni e le sue conseguenze – al fine di distinguere, escludere, separare; la stessa dinamica che soggiace alla "città della quarantena" e che in questi due anni ha gettato gli strati più vulnerabili della popolazione in condizioni di accresciuto disagio economico, sociale, fisico e *spaziale*.

[27] Grosz 1992, 251.
[28] Ivi.
[29] Zuddas 2020.
[30] Secchi 2010.
[31] Secchi 2013, 9.

L'urgenza nell'adozione di nuovi dispositivi di controllo (o prevenzione, a seconda della prospettiva) della popolazione alla scala urbana è stata presentata come una misura necessaria, intrapresa in tempi di emergenza sanitaria applicando anche quelle retoriche della sicurezza già discusse da Bauman, al fine di trasformare eventi o crisi contingenti in fenomeni potenzialmente perenni[32] o cronicizzati, per usare la metafora sanitaria. Misura che, secondo la narrazione, una volta tornati alla "normalità" potrà essere sospesa, revocata, cancellata. Eppure, qui sorgono altre due questioni fondamentali: la prima è legata alla legittimazione delle scelte (non si fa riferimento a posizioni anti-scientifiche come quelle del movimento *No-vax* ma, piuttosto, al conflitto tra diversi diritti), la seconda al concetto stesso di *emergenzialità* che, specialmente in contesti lenti come l'Italia, sappiamo essere un fenomeno capace di protrarsi nel tempo fino a diventare una sorta di "nuova normalità".

Se è vero che le disposizioni temporanee pensate per far fronte a una crisi o una catastrofe hanno spesso la tendenza a perdurare nel tempo, superando l'emergenza e strutturandosi come vere e proprie nuove realtà territoriali, urbane, architettoniche o abitudini socio-comportamentali, oggi più che mai appare necessario interrogarsi – anche a livello disciplinare – sulle politiche di governo del territorio e sulle forme insediative che queste generano, o potrebbero generare. Utilizzando la riflessione del sociologo e teorico del progetto Benjamin Bratton,

> «Il senso di emergenza è palpabile e reale. Ma invece di chiamare questo momento "stato di eccezione", lo vediamo più come rivelatore di condizioni preesistenti. Le conseguenze di una cattiva pianificazione (o di nessuna pianificazione), di sistemi sociali compromessi e di riflessi isolazionisti sono esplicite. La vigilanza non deve essere mantenuta contro l'"emergenza" in nome di norme consolidate, ma contro quelle norme disfunzionali che ritornano dopo che la strada è stata dichiarata libera. Dobbiamo mantenere l'attenzione sulle patologie rivelate, e nel farlo abitare volontariamente un mondo cambiato e le sue molte sfide»[33].

4. *Attraverso il controllo dei corpi nello spazio*

Nel testo introduttivo *Dalla critica del soggetto alla critica degli spazi*, le Autrici scrivono che

> «Nella crisi pandemica, la questione della gestione delle persone nello spazio – urbano in primo luogo – è stata adottata quale strategia fondamentale per il contenimento del contagio: di conseguenza molti processi di esclusione e marginalizzazione si sono per un verso palesati e per altro verso radicalizzati; alcune soggettività sono divenute maggiormente oggetto di politiche "spaziali" di confinamento; le diseguaglianze nell'accesso allo, e nel godimento dello, spazio sono esplose»[34].

La "gestione delle persone nello spazio" ha indubbiamente rappresentato una delle questioni più rilevanti tornate alla ribalta con la pandemia. Indissolubilmente legato al potere e al suo esercizio, il controllo delle persone, o dei *corpi*, e come questi utilizzano lo spazio, ha storicamente influenzato (e chiaramente continua a farlo) le teorie e le pratiche architettoniche e urbanistiche.

[32] Bauman 2005.
[33] Bratton 2021, 8.
[34] Bernardini, Giolo 2021, 7.

Immagine 4. A sinistra: una manifestazione pubblica in tempi di pandemia (Bologna, piazza Maggiore, maggio 2020); a destra: progetto "*Sto Distante*", installazione di Caret Studio in piazza Giotto a Vicchio (FI) per "vivere lo spazio urbano in sicurezza" (Caret Studio, 2020 http://www.caretstudio.eu/2005-stodistante).

Quanto abbiamo vissuto negli ultimi due anni ha esasperato l'implementazione della cosiddetta "architettura ostile" (in breve, un insieme di dispositivi progettuali mirati al controllo dei comportamenti nello spazio urbano) discussa da Valerio Nitrato Izzo nel suo saggio *Vedere come una città e le trasformazioni dello spazio giuridico urbano: riflessioni su architettura ostile, vulnerabilità e possibilità di emancipazione* e, al contempo, ha riportato nel dibattito urbano un ampio uso della retorica bellica e dell'organizzazione corpi/spazio di stampo militare.

> «Esiste uno stretto nesso tra l'emergenza del fenomeno del disegno ostile ed in generale di una ristrutturazione in senso securitario dello spazio urbano e quello ambiguo di "decoro". [*Il decoro*] serve come indicatore di una limitazione più o meno imposta e che tende ad assegnare ad ogni soggettività una precisa collocazione non solo sociale ma anche spaziale. L'applicazione del decoro alle città rimanda ad un determinato ordine, che di volta in volta evoca pulizia, un aspetto ordinato e compìto dei flussi sociali nella città»[35].

In una prospettiva Foucaultiana, cavalcando la metafora medico-curativa, possiamo estendere alcuni concetti introdotti dall'Autore nel volume *Nascita della Clinica*[36] a quanto avvenuto anche in ambito urbano durante i due anni appena trascorsi. La gestione dei corpi nello spazio, unitamente a un utilizzo ottimale del tempo, alla presenza di sistemi di sorveglianza continua e ad un forte potere normativo e punitivo – tutti aspetti chiave, al centro degli avvenimenti e delle retoriche (ri)emerse con la pandemia –, rappresenta l'essenza stessa del sistema disciplinare.

> «La disciplina è una tattica, cioè un determinato modo di distribuire le singolarità [*persone*] secondo uno schema che però non è di tipo classificatorio, ma che consiste nel distribuirle nello spazio»[37].

In un interessante contributo pubblicato online sulla rivista *Assembramenti*[38], nel marzo 2021, e riportato poi nel volume collettivo *Futuri Urbani / Città Fragile*, alcuni Autori prendono ad

[35] NITRATO IZZO 2021, 41.
[36] FOUCAULT 1963.
[37] ELDEN 2007, 117.
[38] *Assembramenti* è un progetto nato nel 2020 dalla volontà di un gruppo di persone che si muovono nell'ambito dell'architettura, utilizzando la pandemia come pretesto per aprire un dibattito più ampio sullo spazio, chi lo proget-

esempio proprio il riapparire e l'impiego di questo termine durante i mesi appena trascorsi, come traduzione ri-normatizzata e socio-spaziale del contagio che, di fatto, ha criminalizzato qualsiasi forma di socialità spontanea e al fuori dalle logiche produttive o di consumo.

> «La malattia non è più intesa come metafora del disordine sociale ma diventa traduzione spaziale del disordine sociale stesso, visualizzato nella totalità del corpo sociale e nei suoi raggruppamenti casuali e imprevisti, in ogni forma di materializzazione della parola assembramento. [...] Attraverso contrapposizioni narrative, ideologiche, visuali e retoriche emergenziali sempre nuove, i corpi divengono oggetti di controllo politico, limitati fortemente nelle possibilità spaziali e quindi relazionali. La discriminazione di corpi umani in funzione di un agente biologico invisibile prende forma in una vera e propria urbanistica militare nella quale il confine tra sfera civile e militare appare sempre più labile e sovente questioni del primo ambito vengono tradotte in questioni del secondo»[39].

Come sostenuto da diversi economisti e sociologi, la sicurezza fisica e individuale del cosiddetto "stato di sicurezza" sta ormai rimpiazzando quella dello stato sociale, con un impatto significativo sugli ambienti urbani – fisici e sociali – che abitiamo quotidianamente. Quella che gli anglo-sassoni definiscono come *securitization* della città si sta ampliando ed espandendo: dalla lotta al terrorismo, cyber crimine, cambiamenti climatici e conflitti fisici, ad ogni sorta di nuova dinamica urbana, dovendo includere oggi nella lista anche l'opera di contrasto a virus globali, sollevando non poche questioni (tra le altre) in termini di abitabilità e libertà di movimento e comportamento all'interno degli spazi della città.

> «Mentre la trasformazione securocratica procede, gli stati sociali vengono simultaneamente reingegnerizzati come sistemi di gestione del rischio, orientati non al benessere sociale delle comunità, bensì al controllo della localizzazione e del comportamento»[40]

dei corpi (umani) all'interno dello spazio (urbano).

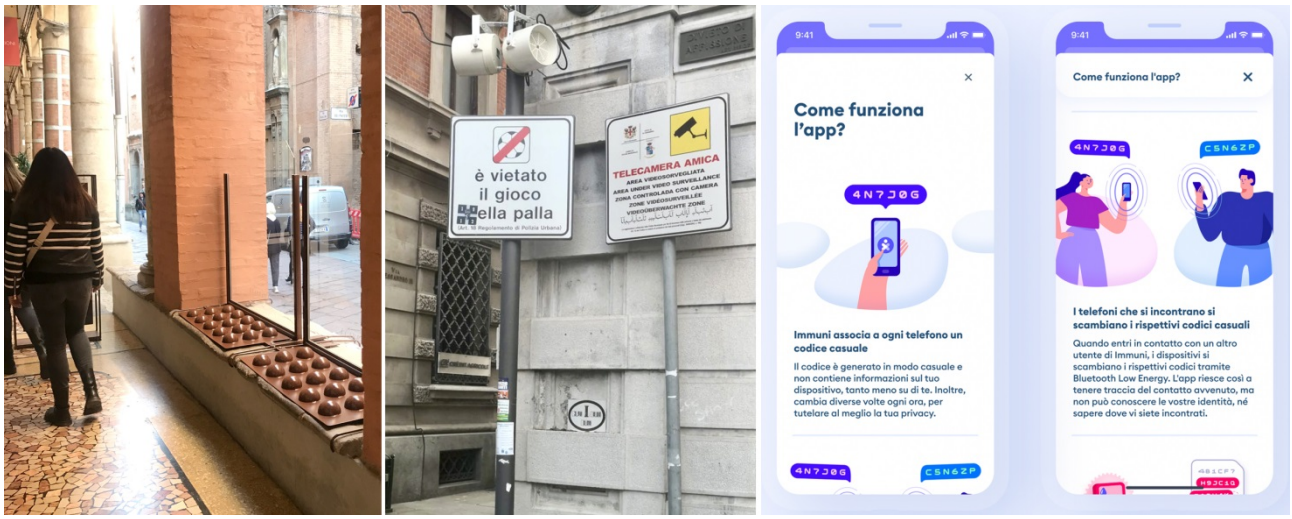


Immagine 5: Da sinistra a destra: dispositivi spaziali di "architettura ostile" per impedire alle persone di sedersi lungo il muretto del porticato (Bologna, via Manzoni, marzo 2022); cartelli che vietano il gioco nello spazio pubblico urbano, associati a sistemi di sorveglianza video (Alessandria, piazzetta della Lega Lombarda, giugno 2020); immagini dalla campagna di promozione dell'app di tracciamento *Immuni*, promossa dal Ministero della Salute (https://www.immuni.italia.it).

ta e chi lo abita: https://assembramenti.net/la-rivista-zero/.

[39] DAMBROSIO et al. 2022, 43.

[40] GRAHAM 2010, 94.

Invocando come causa di forza maggiore la tutela della salute dei cittadini, numerosi Governi si sono recentemente dotati di quei sensori e algoritmi tipici della cosiddetta *smart city* o, per essere più precisi, della *U-city*: una *Ubiquitous City*[41] basata sull'onnipresente infrastruttura fisico-computerizzata, un modello di "città" che muove da una visione tecnocratica[42] della pianificazione e della risoluzione di conflitti e problematiche urbane complesse, facendo affidamento su controllo, sicurezza e tecnologia. Nelle parole di Koolhaas,

> «Una nuova trinità è all'opera: i tradizionali valori europei di libertà, uguaglianza e fraternità sono stati sostituiti nel XXI secolo da comfort, sicurezza e sostenibilità. Questi sono ora i valori dominanti della nostra cultura, una rivoluzione che è stata a malapena registrata»[43].

Il contributo di Gian Guido Nobili su *Prevenzione Ambientale e Sicurezza Urbana*[44] pone l'accento proprio su questi aspetti. Ripercorrendo l'evoluzione dell'approccio ambientale nella prevenzione di criminalità e disordine urbano, il saggio ci ricorda come la tradizione Americana del XX secolo – nel lavoro di Autori come l'antropologa Jane Jacobs, il criminologo Clarence Ray Jaffery, o l'urbanista Oscar Newman – abbia portato alla teorizzazione di metodi d'intervento incentrati sul controllo diretto del comportamento deviante attraverso lo spazio della città. Ovvero, che esiste una relazione quasi diretta tra la struttura e le caratteristiche dei singoli quartieri (quindi, la pianificazione e progettazione urbana) e i comportamenti più o meno "decorosi" delle persone all'interno di questi spazi; una sorta di *determinismo ambientale* che molto si interroga sulle relazioni dimensionali tra spazio e corpi che lo abitano.

È stato evidente come, nel momento in cui i nostri corpi hanno manifestato il bisogno di muoversi, incontrarsi, giocare, svolgere le più svariate attività all'interno degli spazi della città, dovendo però rispettare nuove e mutate distanze, la quantità e sovente anche la qualità degli spazi pubblici urbani si sia rivelata insufficiente[45]. Come scrive Bianchetti,

> «Il corpo funge da canale di transito tra lo spazio e il progetto. Il corpo malato [...] è preso in cura dal progetto in modi numerosi e differenziati, attraverso soluzioni stupefacenti, immaginifiche oppure rapide, convenzionali, insufficienti»[46].

Una "mancanza di spazio" strutturale, che si accompagna a soluzioni progettuali spesso contestuali e di scarso impatto e creatività, che ancora utilizzano logiche, approcci e strumenti prescrittivi anziché esigenziali e prestazionali.

5. *Verso una cura* critica

Anche alla luce delle considerazioni introdotte in questo testo, si potrebbe affermare che il tema della "città pandemica" sia direttamente associato alla spazializzazione della malattia, ovvero a quel processo che poi ha portato i riformisti sociali delle inchieste sanitarie nelle città ottocentesche europee a definire sulla mappa i confini (fisici, urbani) della diffusione di determinate patologie all'interno dei quartieri operai, arrivando a isolare i corpi malati e, contemporaneamente, a

[41] Ho Lee et al. 2008.
[42] Calvillo et al. 2015.
[43] Koolhaas 2014.
[44] Nobili 2021.
[45] Dorato 2020a.
[46] Bianchetti 2020, 31.

dare vita alla disciplina urbanistica moderna – in origine un *unicum* con la salute pubblica – come terapia in grado di curare la malattia urbana[47].

Henry Lefebvre definì poeticamente l'urbanista come "il medico dello spazio", un guaritore con la capacità di immaginare gli spazi urbani come contesti sociali e armoniosi. Secondo l'Autore, la celebrazione dello spazio e la conseguente indifferenza verso altre dimensioni (come ad esempio il tempo) ha ispirato l'idea di una "patologia spaziale"; ma

> «L'urbanista è in grado di discernere tra spazi malsani e quelli legati alla salute mentale e fisica, generatori di tale salute»[48].

In questi due anni, è indubbio che si sia riscoperta un'attenzione verso i corpi (umani): dalla dolorosa solitudine del corpo malato, contagiato a sua volta da un corpo-a-corpo, al "sacrificio" dei corpi più fragili in nome di un "bene superiore"[49], fino all'isolamento coatto del corpo, a cui non è più permessa l'aggregazione con altri in *corpo sociale* per finalità preventive. Al "corpo vivo" che, per sua natura, si modifica nel tempo in una costante tensione tra condizioni di salute e malattia, l'immaginario collettivo ha sostituito l'idea (o l'ideale) di corpo *sano*, che diviene così il vero obiettivo da raggiungere. Dunque, anche la città diviene "sana", alimentando la lunga serie di aggettivazioni e metafore biologico-corporee che, sin dall'antica Grecia, vede i corpi *umani* e *urbani* definirsi a vicenda, condividendo un linguaggio anatomico (organi, arterie, metabolismo, tessuti, rigenerazione, porosità) e un'analoga interpretazione psicologica e socio-politica (alimentazione, controllo, confine, malattia, ansia, esaurimento, immunizzazione, quarantena).

Ad oggi, possiamo affermare che la (ricerca della) salute ha condizionato e continua a condizionare il modo in cui ci relazioniamo al nostro proprio corpo e ai corpi degli altri, allo spazio che ci circonda, al tempo e alle risorse (economiche, sociali, affettive) di cui disponiamo. Non da ultimo, la "cura" della malattia ha ossessionato il progetto alle diverse scale, proponendo e spesso imponendo soluzioni, materiali, tipologie architettoniche e modelli urbanistici divenuti, in alcuni casi, prassi consolidata.

> «Il corpo è fragile, si ammala. Il progetto affronta questa fragilità [...] come era accaduto cento anni prima, con il colera nel XIX secolo, in un mondo già globalizzato per lo spostamento di truppe militari e di merci, in cui le epidemie non solo generavano centinaia di migliaia di morti, ma cambiavano la struttura della società. [...] Allora, gli igienisti, medici e ingegneri, nello sforzo titanico di contrastare la malattia [...] disfacevano e ricomponevano la città»[50].

Un operare per profonde modificazioni fisico-spaziali che, oggi, appare particolarmente complesso e, forse, anche in parte controproducente. E allora si sperimentano soluzioni "altre" che tuttavia, agendo sempre in una logica emergenziale, scontano troppo spesso una mancanza sostanziale di visione politica e capacità di *governance*.

Lo spazio urbano si è disvelato "in negativo": l'assenza dei corpi, di vita (sociale, pubblica) lo ha, da un lato, svuotato di significato e, dall'altro, ne ha fatto emergere le carenze strutturali. Carenze che, come discusso, erano già forti e presenti ben prima dell'avvento del Coronavirus – anche a causa dell'inasprirsi dei processi di privatizzazione e controllo degli spazi della città, di marginalizzazione sociale e delle ineguaglianze – oltre che di una disattenzione cronica verso i bisogni "dei corpi" (come provocava Jan Gehl alcuni decenni or sono, tutte le municipalità hanno uffici dedicati al traffico e alle analisi dei dati sulla mobilità, ma nessuna città ha un ufficio

[47] Si veda in merito: DORATO 2020b.
[48] LEFEBVRE 1968, 62.
[49] DORATO, BERNARDINI 2020.
[50] BIANCHETTI 2020, 31.

per le persone: un "Dipartimento per la vita pubblica" che tenga in considerazione le persone e le rispettive esigenze nell'utilizzo della piattaforma degli spazi pubblici urbani).

Partendo spesso anche dalle pratiche "spontanee" di uso degli spazi pubblici delle città cui abbiamo assistito in questi mesi, abbiamo capito che – tra le varie cose – serve più spazio per le persone: in termini di qualità, ma anche di quantità. Perché è indubbio che la paura del contagio, nella città pandemica, ci ha portato a fare maggiormente attenzione a quella che William Whyte ha definito come "carrying capacity"[51], ovvero la capacità di un determinato spazio pubblico di essere condiviso dalle persone, ospitandone in quantità sufficiente per garantire vivacità urbana, senza tuttavia eccedere quel numero limite che potrebbe farci sentire a disagio (ma, come si interroga l'autore, «how many is too many?»[52]).

La pandemia, pur non avendo ancora gli strumenti per affermare se in modo transitorio o duraturo, ha cambiato la nostra percezione rispetto alla "carrying capacity" dei luoghi che abitiamo, e questo è vero per gli spazi urbani così come per le nostre abitazioni. Lo straniamento che in molti abbiamo vissuto nel vedere le piazze transennate e i parchi chiusi ci ha fatto riscoprire un senso di appartenenza, a partire da una negazione: quello spazio ci appartiene e noi ne siamo parte poiché lo abitiamo, lo (ri)conosciamo, (ri)produciamo, trasformiamo e (ri)significhiamo. Il sistema integrato degli spazi pubblici urbani ci è vitale, oggi più che mai; uno dei pilastri fondamentali su cui basare e costruire politiche e interventi a supporto di città "abilitanti" e, per questo, potenzialmente più vivibili, eque, salubri. Questa nuova, vecchia sfida è complessa e profondamente interrelata a questioni urgenti e strutturali del vivere urbano contemporaneo, cui questo contributo ha appena accennato, ma che sono ben approfondite nel volume *Abitare i Diritti*.

Acquisire consapevolezza dei limiti di ciò che stiamo (o non stiamo) facendo, con uno sguardo critico al passato, non può che aiutarci a guardare al futuro in maniera più coraggiosa e lungimirante, alimentando un dibattito che deve forzatamente aprirsi alla multi-disciplinarietà (o, meglio ancora, a una nuova trans-disciplinarietà). Dobbiamo prenderci cura della comunità anche e soprattutto attraverso la produzione di spazi abilitanti, promuovendo un concetto di salute sempre più sociale e collettivo, in un'ottica che non può e non deve più essere curativa ed emergenziale. Come ci ricorda Emery,

> «La cura non può ridursi, oggi più che mai, a conservazione. La cura va intesa come *critica*, come lotta per un ideale assente, la cui espressione si nasconde tutt'al più nella dimensione dei tagli, nelle rotture e nelle discontinuità rispetto al tessuto del presente. [...] Le città sono e permangono *processi*, *le città vanno pensate come processi di compenetrazione, capaci di ricavare, nei loro tempi lunghi*, dalle stesse rotture, tagli, ferite e negazioni, vantaggi e soluzioni. [...] La cura della città contemporanea [...] implica piuttosto ristabilimento, rigenerazione processuale e permanente del senso dell'esistenza a partire da un'ontologia del possibile, della salute possibile»[53].

[51] Whyte 1980.
[52] Whyte 1988, 165.
[53] Emery 2020, 51.

Riferimenti bibliografici

AGNOLETTI M., MANGANELLI S., PIRAS F. 2020. *Covid-19 and Rural Landscape: The Case of Italy*, in «Landscape and Urban Planning», 204, 2020, disponibile in https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S016920462030815X (consultato il 20 maggio 2022).

ALIETTI A. 2021. *Giustizia spaziale, periferie e vulnerabilità sociale: un nesso problematico?*, in BERNARDINI M.G., GIOLO O. (eds.), *Abitare i Diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi pubblici*, Pacini, 17 ss.

BAMBRA C., RIORDAN R., FORD J., MATTHEWS F. 2020. *The COVID-19 Pandemic and Health Inequalities*, in «Journal of Epidemiology and Community Health», 74 (11), 2020, 964 ss.

BAUMAN Z. 2005. *Fiducia e paura nella città*, Mondadori.

BELFIORE E. 2005. *Il Verde e la Città. Idee e progetti dal settecento ad oggi*, Gangemi.

BERNARDINI M.G. 2021. *Per un diritto alla age-friendly city. Spazi diritti e accessibilità*, in BERNARDINI M.G., GIOLO O. (eds.), *Abitare i Diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi pubblici*, Pacini, 121 ss.

BERNARDINI M.G., GIOLO O. 2021. *Dalla critica del soggetto alla critica degli spazi*, in BERNARDINI M.G., GIOLO O. (eds.), *Abitare i Diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi pubblici*, Pacini, 7 ss.

BIANCHETTI C. 2020. *Corpi tra spazio e progetto*, Mimesis.

BIANCHETTI C., BOANO C., DI CAMPLI A. 2020. *Thinking with Quarantine Urbanism?*, in «Space and Culture», 23 (3), 2020, 301 ss.

BRATTON B. 2021. *The Revenge of the Real. Politics for a Post-pandemic World*, Verso.

BUTLER J. 2017. *L'alleanza dei corpi. Note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, Nottetempo.

CALVILLO N., HALPERN O., LECAVALIER J., PIETSCH W. 2015. *Test Bed as Urban Epistemology*, in MARVIN S., LUQUE-AYALA A., MCFARLANE C. (eds.), *Smart Urbanism. Utopian Vision or False Dawn?*, Routledge, 145 ss.

CERDÀ I. 1867. *Teorìa General de la Urbanizaciòn, y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona (vol.1)*, Imprenta Española.

CORYNE H. 2020. *In Chicago Urban Density May Not Be to Blame for the Spread of the Coronavirus*, in «ProPublica Illinois», 30 aprile 2020, disponibile in https://www.propublica.org/article/in-chicago-urban-density-may-not-be-to-blame-for-the-spread-of-the-coronavirus (consultato il 20 maggio 2022).

DAMBROSIO S., DAVINO C., MASTROMAURO R., VILLANI L. 2022. *Assembramento come misurabilità della vita. Disciplinamento, visualizzazione e spazializzazione del contagio*, in CRITICITY (ed.), Futuri Urbani / Città Fragile, Contrabbandiera, 33 ss.

DORATO E. 2020a. *Corpo umano/corpo urbano. Riflessioni sulla riconquista fisico-comportamentale delle città*, in «Urbanistica Informazioni», 289 Special Issue, 29 ss.

DORATO E. 2020b. *Preventive Urbanism. The Role of Health in Designing Active Cities*, Quodlibet.

DORATO E., BERNARDINI M.G. 2020. *Il diritto alla città della cura. La condizione anziana in tempi di pandemia*, in «CONTESTI Città, Territori, Progetti», 2, Special Issue 2020, 131 ss.

ELDEN S. 2007. *Sorveglianza, sicurezza, spazio*, in COMETA M., VACCARO S. (eds.), *Lo sguardo di Foucault*, Meltemi, 109 ss.

EMERY N. 2020. *Il dettaglio e la piccola porta. La cura come immagine dialettica*, in MIANO P. (ed.), *HEALTHSCAPE. Nodi di salubrità, attrattori urbani, architetture per la cura*, Quodlibet, 43 ss.

FANG W., WAHBA S. 2020. *Urban Density Is not an Enemy in the Coronavirus Fight: Evidence from China*, 20 aprile 2020, disponibile in https://blogs.worldbank.org/sustainablecities/urban-density-not-enemy-coronavirus-fight-evidence-china (consultato il 20 maggio 2022).

FARINELLA R. 2020. *Retoriche urbane al tempo della pandemia*, in «CONTESTI Città, Territori, Progetti», 2, Special Issue 2020, 49 ss.

FOUCAULT M. 1963. *Naissance de la clinique*, PUF.

GRAHAM S. 2010. *Cities under Siege. The New Military Urbanism*, Verso.

GROSZ E. 1992. *Bodies-Cities*, in COLOMINA B. (ed.), *Sexuality and Space. Princeton Papers on Architecture*, 241 ss.

HAMIDI S., SABOURI S., EWING R. 2020. *Does Density Aggravate the COVID-19 Pandemic?*, in «Journal of the American Planning Association», 86 (4), 2020, 495 ss.

HARARI Y.N. 2020. *The World after Coronavirus*, in «Financial Times» 20 marzo 2020, disponibile in https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75 (consultato il 20 maggio 2022).

HO LEE S., HOON HAN J., TAIK LEEM Y., YIGITCANLAR T. 2008. *Towards Ubiquitous City: Concept, Planning, and Experiences in the Republic of Korea*, in YIGITCANLAR T., VELIBEYOGLU K., BAUM S. (eds.), *Knowledge-Based Urban Development: Planning and Applications in the Information Era*, Hershey Information Science Reference, 148 ss.

HORTON R. 2020. *Offline: Covid-19 is not a Pandemic*, in «The Lancet», 396, 26 settembre 2020, 874.

KOOLHAAS R. 2014. *My Thoughts on the Smart City* (Trascrizione di una conferenza al High Level Group Meeting on Smart Cities, Bruxelles, 24 settembre 2014), Commissione Europea – Digital Minds for a New Europe Series, disponibile in: https://ec.europa.eu/archives/ commission_2010-2014/kroes/en/content/my-thoughts-smart-city-rem-koolhaas.html (consultato il 10 settembre 2021).

LEFEBVRE H. 1968. *Le Droit à la Ville*, Anthropos.

NITRATO IZZO V. 2021. *Vedere come una città e le trasformazioni dello spazio giuridico urbano: riflessioni su architettura ostile, vulnerabilità e possibilità di emancipazione*, in BERNARDINI M.G., GIOLO O. (eds.), *Abitare i Diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi pubblici*, Pacini, 33 ss.

NOBILI G.G. 2021. *Prevenzione Ambientale e Sicurezza Urbana*, in BERNARDINI M.G., GIOLO O. (eds.), *Abitare i Diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi pubblici*, Pacini, 219 ss.

PERRY C.A. 1914. *The School as a Factor in Neighborhood Development*, Reprint no. 20 from the Proceedings of the National Conference of Charities and Correction – Memphis May 1914, New York Department of Recreation Russel Sage Foundation.

PERRY C.A. 1929. *The Neighborhood Unit*, Monograph 1, in COMMITEE AND REGIONAL PLAN OF NEW YORK AND ITS ENVIRONS (ed.), *Neighborhood and community planning. Regional Survey volume VII*, New York Commitee and Regional Plan of New York and its Environs, 40 ss.

PERRY C.A. 1933. *The Rebuilding of Blighted Areas: A Study of the Neighbourhood Unit in Replanning and Plot Assemblage*, New York Regional Planning Association.

SECCHI B. 2010. *A New Urban Question. Understanding and Planning the Contemporary European City*, in «Territorio», 53, 8 ss.

SECCHI B. 2013. *La città dei ricchi e la città dei poveri*, Laterza.

SENNETT R. 2020. Cities after Coronavirus: How Covid-19 Could Radically Alter Urban Life, in «The Guardian» (intervistato da Jack Shenker), 26 marzo 2020, https://www.theguardian.com/world/2020/mar/26/life-after-coronavirus-pandemic-change-world (consultato il 14 settembre 2021).

VLAHOV D., GALEA S., FREUDENBERG N. 2005. *Urban Health. Toward an Urban Health Advantage*, in «Journal of Public Health Management Practice», 11, 3, 253 ss.

WHYTE W.H. 1980. *The Social Life of Small Urban Spaces*, New York Project for Public Spaces Inc.

WHYTE W.H. 1988. *City: Rediscovering the Center*, University of Pennsylvania Press.

ZUDDAS P. 2020. *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in «Osservatorio Costituzionale» 3, 2020, 285 ss.

I BENI COMUNI NEI PROCESSI DI RIGENERAZIONE URBANA.

APPUNTI PER UNA NUOVA GOVERNANCE URBANA

FRANCESCA **SCAMARDELLA**

&dq

I beni comuni nei processi di rigenerazione urbana. Appunti per una nuova governance urbana

Common Goods in Urban Regeneration Processes. Notes for a New Urban Governance

FRANCESCA SCAMARDELLA

Professore associato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.
E-mail: francesca.scamardella@unina.it

ABSTRACT

Il saggio propone una riflessione sulla funzione dei beni comuni nei processi di rigenerazione urbana e sulla possibilità di utilizzare questa relazione per promuovere una nuova *governance* urbana. Attraverso la ricostruzione della categoria dei beni comuni e segnalando il passaggio da una *governance* urbana eterodiretta ad una di tipo *imprenditoriale*, il saggio s'interroga sulla possibilità di passare da una *città impresa* ad una *impresa cittadina comune*, dove i beni comuni funzionano come un *in-between* ermeneutico all'interno dei processi di rigenerazione urbana. Il contributo riprende alcuni degli argomenti discussi da Luca Bizzarri in un saggio pubblicato nel volume *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*.

The paper proposes an investigation around the role of common goods in the urban regeneration processes. It also stresses out the idea of using this relation in order to promote a new urban governance. Through the reconstruction of the common goods category and pointing out the transition from a heterodirect urban governance to an entrepreneurial one, the paper investigates the possibility to move from an entrepreneurial city to a common citizen space, where common goods work as a hermeneutic *in-between* within processes of urban regeneration. This paper recalls some of the thesis discussed by Luca Bizzarri in his contribute published in the book *Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*.

KEYWORDS

città, *governance* urbana, beni comuni, rigenerazione urbana

City, Urban Governance, Common Goods, Urban Regeneration

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

I beni comuni nei processi di rigenerazione urbana.
Appunti per una nuova governance urbana

FRANCESCA SCAMARDELLA

1. *Di città, viaggi e bagagli* – 2. *Una promessa mancata?* – 3. *Dal* welfare *all'*entrepreneurialism*: come conciliare espansione economica ed equità sociale nello spazio urbano?* – 4. *Per un modello ermeneutico di rigenerazione urbana attraverso i beni comuni.*

«All'uomo che cavalca lungamente per terreni selvatici
viene desiderio d'una città»
(ITALO CALVINO, *Le città invisibili*)

1. *Di città, viaggi e bagagli*

> «(...) ma le nostre città, così come sono risorte, a meno che uno non vi funzioni tra ufficio, self-service, parrucchiere e abitazione, ma al contrario si metta a osservarle, quasi si trovasse a passeggiare in siti stranieri e per la prima volta le vedesse in vita sua – forse che le nostre città non rendono uno depresso? – Forse che si può in esse, che non hanno più un viale alberato, che non hanno più una panchina che inviti a riposare nell'affascinante caleidoscopio urbano – forse che vi si può indugiare con diletto, sì da sentirsi a casa propria?» (MITSCHERLICH 1968, 15).

Pongo questa citazione, tratta da una delle pochissime copie (usate) ancora in circolazione del libricino *Il feticcio urbano. La città inabitabile, istigatrice di discordia*, di Alexander Mitscherlich (edizione originale del 1965), come incipit di queste pagine, per avviare una riflessione sul tema dell'*abitabilità* degli spazi urbani.

Dovendo necessariamente circoscrivere la tematica, scelgo come prospettiva privilegiata quella dei processi di *governance* urbana che innescano processi rigenerativi degli spazi cittadini attraverso il coinvolgimento dei beni comuni[1].

Con una prima avvertenza al lettore.

Quando parlo di *governance* urbana e beni comuni, non intendo ricadere nella logica puramente retorica dell'alternativa all'azione politico-istituzionale che si concretizza attraverso quei (pur sempre più diffusi) meccanismi di delega da parte delle istituzioni locali a cittadini ed associazioni per la cura e gestione dei beni pubblici e comuni. Intendo piuttosto riferirmi alla possibilità

* Desidero ringraziare Maria Giulia Bernardini ed Orsetta Giolo per l'opportunità di queste pagine che si inscrivono in uno scambio scientifico sullo spazio urbano fecondo e più ampio. Alle rapide trasformazioni globali che negli ultimi decenni hanno mutato la forma, i modi, le funzioni ed il destino di molte città si è aggiunta l'emergenza sanitaria da Covid-19 che ha impresso cicatrici ancora visibili al volto degli spazi urbani. E così, queste pagine hanno rappresentato un'occasione importante per porre domande urgenti e non più rinviabili sul tipo di città che vogliamo, sul tipo di abitanti (delle città) che vogliamo essere e, soprattutto, sulla consapevolezza che, al di là di tutte le crisi, le città sono e devono rimanere luoghi di scambi, non solo di merci, ma di relazioni, desideri, parole. Dedico queste pagine ai ragazzi immigrati del laboratorio Officine Gomitoli della cooperativa sociale Dedalus e a Marianna Ottanta, per la Città inclusiva e giusta che sognano. E che costruiremo.

[1] Alessandro Bianchi segnala che l'espressione rigenerazione urbana è entrata solo di recente nel lessico italiano attraverso quelle discipline che si occupano della città, andando ad arricchire una grammatica già molto densa (riqualificazione, recupero, ristrutturazione, ecc.). Riprende il filone inglese della *Urban Regeneration* che indicava un insieme di pratiche sviluppatesi attorno alla metà degli anni '70 del secolo scorso, in Gran Bretagna. Attualmente con questo termine si indicano uno o più interventi su un oggetto urbano che ha perso il suo genere e le sue funzioni originarie. L'obiettivo, tuttavia, non è quello di ripristinare la condizione pre-esistente, «bensì la creazione per quell'oggetto di un genere diverso, di nuovi "caratteri" essenziali e distintivi» (BIANCHI 2020, 140).

di sperimentare una *governance* urbana caratterizzata dal dialogo e da processi co-creativi che includano il governo cittadino locale, i cittadini e gli altri attori, pubblici e privati, che a vario titolo insistono nella città[2]. Insomma, una *governance* urbana che "usa" i beni comuni come un *infra*, un *quid* mediativo attraverso cui gli attori urbani possono esercitare la loro capacità di *significare*, *ri-significare*, *immaginare*, *re-immaginare*, *abitare* gli spazi urbani. Una governance urbana che solleciti il fermento cittadino e, attraverso processi di rigenerazione, cura e gestione dei beni comuni, possa migliorare le condizioni di vita di una comunità.

Avendo fatto queste necessarie precisazioni, il lettore mi consentirà di fornire ora le coordinate del viaggio, per posizionare correttamente la bussola della sua lettura. Eccole:

- provare a *definire* i beni comuni, districandoci nella letteratura corposa ed eterogenea e tra le nodose connessioni con altre categorie, quali quelle dei beni e dei diritti fondamentali;
- recuperare la centralità di una *governance* urbana, non più ispirata ad un modello verticistico, dipendente dal governo centrale, ma ad uno di tipo *entrepreneurial* (Harvey 1989) con alcuni correttivi in grado di ri-significare la *città impresa* come un'*impresa cittadina comune*, aperta ed inclusiva;
- riscoprire la natura *ermeneutica* dei processi di rigenerazione urbana che coinvolgono i beni comuni.

Non resta che preparare i bagagli, ricordando che

> «le città come i sogni sono costruite di desideri e di paure» (Calvino 2020, 42).

Sono luoghi di *memoria*, *desideri*, *segni*, *linguaggi*, *gesti*, *relazioni*, *prospettive ingannevoli*. E di nostalgia.

D'altronde, senza un po' di nostalgia, il viaggio non conduce troppo lontano.

2. *Una promessa mancata?*

Cosa sono i beni comuni? Cosa significano?

Le definizioni, le proposte concettuali provenienti da diversi ambiti si rincorrono e così, alla domanda, semplice nella sua formulazione, non è possibile trovare risposte univoche[3].

Intanto, come osserva Francesco Viola, non dobbiamo incorrere nell'errore di confondere la categoria con quella del bene comune, concetto – quest'ultimo – etico-politico di sfondo che va distinto dall'espressione beni comuni, per la quale

[2] Sulla *governance* urbana si è detto tanto, in particolare sul passaggio dal *government* alla *governance* che ha segnalato la transizione della titolarità del governo cittadino e delle azioni di controllo ed indirizzo, da un organo democraticamente eletto (il consiglio comunale) ad una pluralità di attori, pubblici e privati, che a vario titolo e svolgendo funzioni diverse, contribuiscono al sistema-città. La governance urbana è segnalata soprattutto da nuove partnership (pubblico-privato ma anche pubblico-pubblico), da reti di attori caratterizzate da forme di collaborazioni informali e flessibili che rifiutano meccanismi gerarchici, da una dispersione della responsabilità che è proporzionata all'aumento degli attori in gioco. Per una definizione compiuta di governance urbana, accompagnata da puntuali evidenze empiriche, rinvio al focus *Metropoli in trasformazione* (2000), a cura di Arantxa Rodriguez, Erik Swyngedouw, Serena Vicari con uno studio su tre città europee e sulle loro principali trasformazioni sul finire del millennio scorso: Berlino, Copenaghen, Napoli.

[3] Lucida testimonianza è quella di Tecla Mazzarese che, nel costruire un'analogia con i diritti fondamentali, osserva come l'espressione bene comuni «è ricorrente in una pluralità di formulazioni che, pur non sempre coincidenti, sono dettate dal disorientamento di una pluralità di risposte difformi che studiosi diversi hanno proposto» (Mazzarese 2020, 444). Ed ancora: «Dei beni comuni e/o fondamentali (non diversamente che nel caso dei diritti fondamentali), mancano, cioè, un lessico e una grammatica comune: in letteratura non c'è infatti consenso né su quale denominazione possa e/o debba essere utilizzata, né su quale criterio consenta di individuarli, né su quanti tipi sia opportuno, possibile o necessario distinguerne, né, se accanto e oltre alla dizione "beni comuni" sia opportuno e/o necessario parlare anche di "bene comune"» (*ibidem*).

> «s'intende, invece, (...) un complesso eterogeneo di beni (...) che (...) hanno una particolare relazione con le persone che li usano» (VIOLA 2016, 381).

La definizione proposta da Francesco Viola, nella sua chiarezza, non riesce tuttavia a risolvere tutte le difficoltà ed antinomie in cui la categoria si imbatte e che riguardano principalmente proprio quella ineliminabile condizione di *relazionalità* che lega i beni comuni alle persone.

Ne è conscio Ugo Mattei (2011; 2012) che ricorre all'esempio della "piazza" come luogo di accesso e di scambio esistenziale per problematizzare la categoria. È sufficiente considerare la piazza nella sua ontologica esistenza per poterla definire un bene comune? Andrebbe considerata bene comune anche in presenza di un'ordinanza sindacale che ne impedisse "l'uso delle panchine ai senza tetto" o di un divieto di accesso ai tavoli, disposto dal proprietario di un bar, nei confronti di "cittadini extracomunitari poveri" (MATTEI 2011, 55)?

Le questioni sollevate da Mattei intercettano alcune tra le principali difficoltà in cui l'interprete irrimediabilmente si imbatte quando si accosta alla categoria in questione; difficoltà che non riguardano solo l'assenza di un lessico comune ma anche l'esatta individuazione di uno o più criteri che consentano di individuare con precisione i beni comuni[4].

Per la verità, come ci ricorda Enrico Diciotti, un tentativo è stato fatto dalle scienze economiche (OSTROM et al. 1994) che hanno provato a definire i beni comuni come quei beni:

> «a) il cui godimento può difficilmente essere impedito a qualcuno e b) il cui godimento da parte di un individuo riduce la possibilità del godimento altrui» (DICIOTTI 2013, 347).

E tuttavia, i due criteri non paiono in grado di cogliere e rappresentare l'essenza che i beni comuni rivestono nel dibattito politico-giuridico, ossia la loro sottraibilità alle logiche del mercato. Osservo anche che nel momento in cui consideriamo l'*accessibilità* indistinta come criterio per individuare un bene comune, sorge immediatamente il problema dell'integrità di quel bene. Insomma, se accettiamo come definizione di bene comune quella che (tra le varie) propone Diciotti, ossia

> «cose che sono o dovrebbero diventare oggetto di diritti condivisi da più individui o da tutti gli esseri umani» (DICIOTTI 2013, 348),

subito, accanto al diritto di fruire e godere di questi beni, emerge il problema di preservarne l'integrità.

Da premesse non troppo diverse partono anche le riflessioni di Luigi Ferrajoli che intercetta nel diritto romano le prime riflessioni sui beni comuni. Tracce ne troviamo infatti negli scritti del giurista Gaio che distingue tra beni *extra commercium* e beni *extra patrimonium*, definendo i secondi come

> «*Quaedam enim naturali iure communia sunt omium: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*» (FERRAJOLI 2015, 151).

E, tuttavia, Ferrajoli osserva come proprio l'accesso indistinto a questi beni ne ha determinato prima la scarsità e poi lo svilimento della loro stessa natura di (beni) comuni. Uno sviluppo capitalistico senza regole, l'appropriazione aggressiva consentita dalla nuova tecnologia, l'acquisizione di un valore di scambio che li ha immessi sul mercato, rendendoli commerciabili, ne hanno infatti determinato una forte vulnerabilità e, successivamente, la scarsità.

[4] Alcune di queste difficoltà emergono con chiarezza e lucidità nel focus "Beni comuni", pubblicato sul fascicolo n. 2 della rivista scientifica *Ragion Pratica* (anno 2013), con contributi, tra gli altri, di Giulio Itzcovich, Enrico Diciotti, Mauro Barberis, Ermanno Vitale.

Ferrajoli coglie in sostanza un pericoloso paradosso: in assenza di regole giuridiche precise, l'uso di questi beni si è spesso trasformato in abuso indiscriminato, da cui ne è conseguita fragilità ed irriproducibilità. Nonostante le aggressioni subite, non c'è stata alcuna valorizzazione come beni fondamentali, sicché a lungo essi hanno continuato a non ricevere alcuna tutela giuridica. Si è anzi innescato un processo opposto, vizioso: in assenza di regole, passando da un valore d'uso ad un valore commerciale, la loro naturale ed originaria disponibilità si è trasformata in scarsità e la scarsità li ha assoggettati ancor di più a logiche privatistiche del mercato.

Ferrajoli denuncia pertanto l'insufficienza di un lessico giuridico in grado di tutelare questi beni, nonostante la loro centralità per la teoria della democrazia.

Di qui, l'esigenza di un intervento giuridico serio che abbia come fondamento il linguaggio dei diritti e dei doveri.

La sua proposta definitoria si aggancia ai diritti fondamentali ma non si esaurisce in essi, perché il giurista è consapevole dei "limiti" che una simile lettura presenterebbe. È il caso del diritto alla vita e alla salute che è tutelato in tutte le carte costituzionali ed internazionali ma non è sufficiente a garantire a milioni di persone un pianeta abitabile, non inquinato e non depredato nelle sue risorse naturali. Ciò accade perché l'oggetto di questo diritto sono beni (l'aria, il mare, gli oceani, i fiumi, l'alimentazione), la cui garanzia non è semplice da ottenere per il singolo. In secondo luogo, è spesso proprio il singolo individuo a non essere consapevole di quanto questi beni siano cruciali per la sua esistenza e per l'esercizio dei propri diritti. È il caso, ad esempio, dell'inquinamento dell'aria di una città o della deforestazione o, ancora, degli allevamenti intensivi di carne. Quante persone sono consapevoli dell'importanza vitale che questi beni (aria, foreste, animali ed alimentazione) rivestono per la propria vita? Quante persone sono disposte a cambiare il loro stile alimentare, rinunciando ad esempio alla carne o limitandone drasticamente il consumo?

La proposta di Ferrajoli va allora nella direzione di immaginare tre classi di beni fondamentali che in qualche modo espandono la previsione dell'articolo 810 del nostro codice civile, per il quale i beni comuni sono le cose che possono formare oggetto di diritti:

- i beni *comuni* ossia le *res communes omnium*;
- i beni *personalissimi* come le parti del corpo umano, tutelate da diritti fondamentali di immunità (cioè da lesioni, inclusi gli atti di disposizione);
- i beni *sociali* che si riferiscono ai diritti fondamentali sociali alla salute e alla sussistenza (i farmaci salvavita, ad esempio).

Comune denominatore di queste tre distinte classi di beni fondamentali è il loro essere *oggetti di diritti fondamentali* e perciò di essi si richiede l'eguale garanzia a tutela di tutti.

L'indissolubile legame con i diritti fondamentali emerge anche nelle riflessioni di un altro fine giurista; mi riferisco a Stefano Rodotà, che a lungo si è interessato ai beni comuni, unitamente alla omonima Commissione, istituita presso il Ministero della Giustizia nel giugno 2007[5]. Sfidando i

> «due dati fondativi della modernità che sono sovranità e proprietà» (RODOTÀ 2018, 34),

il giurista suggerisce di andare oltre il criterio della *proprietà* ed individua l'essenza dei beni comuni nella loro utilità funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona[6]. Il carattere della fruizione – che deriva dall'uso collettivo – pare allora subordinarsi o, meglio ancora, richiedere di essere letto attraverso la lente dei diritti fondamentali.

[5] Per i lavori della Commissione, rinvio al seguente link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/ mg_1_12_1.wp?contentId=SPS47617.

[6] In tal senso anche BALDASSARRE (1989) e FERRAJOLI (2007).

Perché la nuova prospettiva è rivoluzionaria? Perché impone di accogliere e confrontarsi con il punto di incidenza dei diritti fondamentali che non è più il soggetto, come lo avevamo conosciuto nelle elaborazioni della dogmatica ottocentesca, ma la "persona". È cioè la persona il naturale destinatario dei beni comuni: dal diritto alla vita al bene primario dell'acqua, fino alla conoscenza in rete, è alla persona che dobbiamo ora riferirci. Parliamo perciò di beni che non coincidono con la proprietà privata, né con la proprietà dello Stato ma esprimono diritti inalienabili delle persone. Diritti di cui tutti, senza alcuna esclusione, devono essere messi in condizione di goderne.

Beni comuni, allora, nelle parole della Commissione Rodotà sono quelle cose, materiali o immateriali, che

> «esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»[7].

Qui si coglie la natura ma soprattutto la finalità, in quello stretto collegamento con una collettività e con le persone che la costituiscono, con i loro diritti e con i loro bisogni (con particolare attenzione a quelli ecologici, ambientali e relativi alle generazioni presenti e future). È attraverso questi beni che una comunità – in modo diretto, partecipato e non esclusivo – può partecipare al loro uso, gestione e godimento, a tutela della presente e delle future generazioni.

Occorre allora ripartire da processi di apprendimento collettivo che includano il pubblico ed il privato, affinché ciascuno sia consapevole che, quando si parla di beni comuni, si parla in realtà di diritti fondamentali che generano altri diritti, altri beni ed altre problematiche[8].

La funzionalità dei beni rispetto ai diritti consente anche di comprendere meglio l'espressione di Rodotà secondo cui sono i diritti *a creare* i beni (Rodotà 2018, 32), e non viceversa. È lo spazio interpretativo e performativo dei diritti fondamentali a creare e generare spazi e beni

> «che – per questo loro *nascimento* – diciamo *comuni*» (Capone 2020, 105).

Prendendoci cura dei diritti, ci prendiamo cura anche dei beni comuni. E viceversa.

Esercitiamo, cioè, la cittadinanza attiva in contesti democratici, perché attorno ai beni comuni e alla dotazione e garanzie dei diritti di ogni persona, si pone la questione della *democrazia* che, ai giorni nostri, si traduce anche in una riflessione su *cosa debba stare sul mercato e cosa ne debba star fuori*.

3. *Dal* welfare *all'*entrepreneurialism*: come conciliare espansione economica ed equità sociale nello spazio urbano?*

Se dunque assumiamo come nuovo orizzonte interpretativo quello della stretta connessione tra beni comuni e diritti e libertà fondamentali, la prospettiva muta, andando ad assestarsi sul riconoscimento che una comunità di persone opera nei confronti di quei beni. Posto in altri termini, non sono sufficienti la disponibilità e fruibilità di quel bene, per definirne la sua natura di bene

[7] Cfr. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?contentId=SPS47617.

[8] Si legge ancora nella Relazione della Commissione presieduta da Rodotà: «Sono beni che – come si è anticipato – soffrono di una situazione altamente critica, per problemi di scarsità e di depauperamento e per assoluta insufficienza delle garanzie giuridiche. La Commissione li ha definiti come cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità. Per tali ragioni, si è ritenuto di prevedere una disciplina particolarmente garantistica di tali beni, idonea a nobilitarli, a rafforzarne la tutela, a garantirne in ogni caso la fruizione collettiva, da parte di tutti i consociati, compatibilmente con l'esigenza prioritaria della loro preservazione a vantaggio delle generazioni future. In particolare, la possibilità di loro concessione a privati è limitata» (cfr. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?contentId=SPS47617).

comune, quanto il riconoscimento dell'utilità e funzionalità rispetto all'esercizio di diritti e libertà fondamentali da parte dei membri di una collettività.

Ne è consapevole Luca Bizzarri (2021), quando ripercorre le vicende occorse nell'estate 2011, a Roma, che coinvolsero il teatro Argentina ed il teatro Valle. Quest'ultimo, in particolare, fu occupato e trasformato in uno spazio laboratoriale, non soltanto teatrale, ma anche civico e politico. Gli occupanti costituirono un gruppo di lavoro sui beni comuni, affermando la necessità di sottrarre la gestione e le sorti del teatro alle logiche accaparranti delle amministrazioni che si succedevano, ed invocarono l'*autogoverno* del teatro come modo per riappropriarsi di spazi, tempi, linguaggi, oltre i modi della produzione e le relazioni di lavoro. Insomma, nell'esperienza dell'occupazione del teatro Valle, mutava il paradigma narrativo dei beni comuni, non più fondato sulla proprietà ma sull'utilità sociale.

L'esperienza del teatro Valle aveva avuto un suo antecedente in una analoga operazione riguardante il cinema Palazzo, del quartiere San Lorenzo di Roma, che era stato occupato da cittadini, artisti, studenti per impedire che la società affittuaria lo trasformasse in una sala giochi. Sul ricorso per spoglio proposto dalla società affittuaria e conseguente richiesta di reintegro, si espresse la VII sezione del Tribunale di Roma, con ordinanza di rigetto dell'8 febbraio 2012[9]. Come osserva Bizzarri, il provvedimento giudiziario fu pionieristico perché riconobbe la piena legittimità dell'azione espropriativa, non condividendo quindi la qualificazione dello spoglio operata dalla società affittuaria, ma rilevando, all'opposto, che

> «l'interesse alla base dell'azione dimostrativa consistente nell'occupazione dell'edificio è di natura politica, non patrimoniale o egoistica: i dimostranti, che ancor oggi occupano l'immobile, contrastano la destinazione che la società ricorrente vorrebbe imprimergli, rivendicando la conservazione della tradizionale vocazione "culturale" dell'ex Cinema Palazzo»[10].

Dieci anni dopo, il 15 marzo 2021, i dodici imputati sono stati prosciolti per non aver commesso il fatto. Interessante quanto argomentato dal pubblico ministero che, pur riconoscendo la sussistenza del reato di occupazione abusiva (per il quale chiedeva la pena della detenzione per sei mesi), ha osservato che l'attività svolta dagli attivisti non era volta a un fine criminale, perché si voleva destinare il bene a un uso sociale "culturale".

Gli esempi forniti da Luca Bizzarri ci interrogano sul corretto uso dei beni comuni nello spazio urbano. In che modo si può parlare di una valida gestione di questi beni, con l'obiettivo di migliorare le condizioni di vita dei cittadini di una comunità, garantendo loro l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali? Da una prospettiva squisitamente amministrativa – a lui consona – Bizzarri individua alcuni strumenti, quali i patti di collaborazione o i regolamenti su beni comuni urbani che regolano la possibilità per i cittadini di partecipare ad un nuovo modello gestionale di azione pubblica; i cittadini si impegnano curando o manutenendo uno o più beni comuni con l'obiettivo della tutela dell'interesse generale. Responsabilità, accessibilità, sostenibilità economica e ambientale, autonomia civica sono i principi che regolano questo patto tra istituzione pubblica e cittadini, caratterizzato da un affiancamento che l'amministrazione (anche per il tramite delle sue competenze ed uffici tecnici) fa ai cittadini che si occupano di quel bene specifico.

La prospettiva di Bizzarri è certamente interessante perché individua concretamente strumenti ed azioni che favoriscono la collaborazione fra pubblico e privato nella cura dello spazio urbano.

Il mio intento, tuttavia, mira ad individuare una premessa teorico-concettuale che possa fare da sfondo a queste concrete applicazioni di modelli gestionali di beni comuni in grado di coin-

[9] L'ordinanza è qui consultabile: https://www.unisalento.it/documents/20152/274518/Cinema+Palazzo.pdf/6bob6315-3ca8-8894-9851-982273740o8d?version=1.0&download=true.

[10] *Ibidem*.

volgere anche i cittadini, all'insegna del principio *non quello che il pubblico può fare per me ma quello che io posso fare per il pubblico*.

Lo sfondo è rappresentato dalle trasformazioni che hanno investito la città negli ultimi decenni ed avviato una riorganizzazione di spazi e funzioni. Mi riferisco a cambiamenti che hanno riguardato le attività produttive della città con le relazioni economiche sempre più determinate dai fenomeni della globalizzazione, gli assetti politico-istituzionali, i processi socio-culturali. Di fronte a questi mutamenti, gli studiosi hanno segnalato due contrapposte tendenze: da un lato, un nuovo fermento degli attori urbani, con un maggior coinvolgimento di cittadini, associazioni, studenti, attraverso la sperimentazione di forme di *governance* e di partecipazione che erano in precedenza precluse; dall'altro, la crescente mobilità di capitali, persone, affari ha determinato una maggiore attenzione agli obiettivi di competitività e crescita economica della città (HARVEY 1989; HALL, HUBBARD 1996; NORING 2019; SCHALLER 2019).

In conseguenza di questi movimenti contrapposti, per alcuni studiosi (HALL, HUBBARD 1996), si è passati da un modello di governo della città ispirato al welfare e all'erogazione di servizi socio-assistenziali da parte delle istituzioni pubbliche ad un modello c.d. di *urban entrepreneurial* maggiormente attento agli obiettivi di crescita economica e distribuzione della ricchezza.

Il rischio è che questa tendenza risulti inconciliabile con obiettivi di equità, inclusione e coesione sociale, nonché con la lotta alle disuguaglianze sociali che prendono forma nello spazio urbano.

Ma proseguiamo con cautela e senza brusche accelerazioni.

Era il 1989 quando David Harvey parlò di imprenditorialità (*entrepreneurialism*) rispetto allo spazio urbano, volendo indicare una partnership tra pubblico e privato in cui la tradizionale promozione locale veniva integrata con l'azione governativa urbana con l'obiettivo di attrarre risorse e finanziamenti esterni. Certamente Harvey intendeva riferirsi alle principali metropoli americane ed inglesi ma la pratica di una governance di tipo imprenditoriale, responsabile della istituzionalizzazione di un modello di *città impresa*, si è poi largamente diffusa in tutte le città, dall'Africa all'Asia, passando per l'Europa.

La spinta ad un modello di *entrepreneurial governance* nasce dalle profonde crisi che attraversarono le città e che, in alcuni casi, determinarono vere e proprie recessioni. Il caso più eclatante fu quello di New York che, colpita da una profonda recessione nel 1973, si vide rifiutare ulteriori finanziamenti dalle banche. Il deficit accumulato era così consistente che non sono disponibili dati esatti per quantificarlo ma solo presunte stime (si parla di cinque miliardi di dollari). Ciò che accadde alla grande metropoli esplicita le profonde contraddizioni in cui le città americane, prima, e quelle europee, poi, caddero: da un lato, l'impotenza delle strutture cittadine a sorreggere i costi sociali che la città stessa alimentava; dall'altro, la necessità di cercare risposte nuove, rivendicando più poteri di governo allo Stato centrale e nuove forme emancipatorie di governo locale.

Quest'ultimo aspetto coglie un cambiamento importante che si è andato ad intensificare nei decenni successivi, sino ad esplodere con la globalizzazione: è l'idea che le città non possano più essere affidate ai governi centrali degli Stati e perciò iniziano a rivendicare e sperimentare pratiche governative locali. La crisi favoriva così nuove consapevolezze, spingendo le autorità cittadine locali a ricercare una partnership con le principali forze economiche della città (le banche, soprattutto) e a promuovere una serie di misure consistenti in incentivi, sostegno ad infrastrutture, prestiti ed altre forme di agevolazione. L'obiettivo è duplice: da un lato si vogliono migliorare le condizioni di vita delle comunità cittadine e garantire un futuro migliore alle popolazioni; dall'altro si cerca di attirare investitori industriali e commerciali nei siti urbani. È in questa direzione che si muove, ad esempio, la città di San Francisco all'inizio degli anni Novanta, quando, recependo le linee del documento del governo federale *Strategies for cities* che riduceva il finanziamento statale al welfare locale e all'edilizia sociale, la città, contando sul governo locale e sulla comunità degli affari, elabora una vera e propria diagnosi della crisi e delinea una progettualità per superarla.

È in questi anni che matura dunque la consapevolezza che le città dovessero essere considerate come agenti attivi e non come mere *things*. L'urbanizzazione diventa dunque un processo sociale che prende forma in un dato territorio ed include attori eterogenei con differenti e specifici obiettivi che interagiscono attraverso specifiche pratiche culturali, sociali, economiche. La città, con le sue funzioni, diventa, insomma, un aspetto attivo dei meccanismi politico-economici e non una semplice destinataria di decisioni prese dall'alto.

Questo nuovo protagonismo si esprime lungo le traiettorie di una *governance* di tipo *entrepreneurial* che si diffonde dall'America all'Europa, seppure con qualche differenza. Mentre in America le città diventano vere e proprie "macchine per la crescita" (Perulli 2007, 100), con l'obiettivo di massimizzare vantaggi e profitti e con l'adozione di piani aziendali che trasformano la città in una vera e propria impresa, in Europa la regressione del ruolo dello Stato è più sfumata, sicché non c'è una vera e propria sostituzione di strutture e forme urbane consolidate con modelli nuovi. Come osserva Perulli (2007, 101), assistiamo più ad un moltiplicarsi di forme e modi che favoriscono il coinvolgimento della società civile, dei livelli regionali, comunali ed anche comunitari. È dunque una città che per un verso cerca di emanciparsi dallo Stato centrale e dall'Unione Europea per affermare la propria autonomia ma, per un altro, non persegue l'emancipazione alla maniera americana ossia trasformandosi in un'azienda. Assistiamo a sperimentazioni che favoriscono lo sviluppo urbano su più livelli con un coinvolgimento di attori diversi. La scena istituzionale si affolla, dunque, e le città vanno alla ricerca di nuove forme di coordinamento, di processi di autorganizzazione in cui lo Stato regredisce ma rimane comunque presente attraverso un sistema pubblico e di welfare più strutturato rispetto a quello della tradizione americana.

È ciò che accade negli anni Novanta a città come Barcellona (Guzzo 2006), Parigi, Stoccarda, Lione, Francoforte, mentre Londra solo nei decenni più recenti ha potuto consolidare il processo di conquista di maggiore autonomia dal governo centrale.

Nel ridiscutere i tradizionali rapporti tra centrale e locale, la città sceglie quindi di rinnovarsi come *impresa*. È una sfida non immune da rischi e pericoli che si concretizzano soprattutto nel pericolo che la città rinunci alla propria missione sociale di promozione di inclusione, coesione, integrazione. Il pericolo aumenta e si fa ancora più concreto con la globalizzazione, quando le logiche neoliberali prevalgono e le città, specie le grandi metropoli, si trasformano in luoghi attraversati da grandi flussi di dati ed informazioni, lasciandosi plasmare dalla nuova *economia informazionale*. La transizione da un'economia di tipo industriale, basata sulla produzione e sullo scambio di beni e merci, ad un'economia informazionale che predilige lo scambio di dati e di informazioni, rilegge le strutture cittadine, i confini tra centro e periferie, il movimento di abitanti, lavoratori, turisti che quasi si fa *liquido*, sino ad assumere la forma di veri e propri flussi caotici e spesso incoerenti.

E se nella seconda metà dell'Ottocento, scrittori come Zola o poeti come Baudelaire descrivevano con sofferenza Parigi e Londra come città affollate "da una caotica massa, presa in un vortice apparentemente irrefrenabile e sedotta dalle merci esposte nelle vetrine delle grandi arterie costruite spesso sulle macerie dei quartieri medievali" (Palano 2020, 450), ora al flusso continuo di gente e beni si sostituisce quello inarrestabile di dati, finanza, tecnologia.

È una iconografia che cambia la città dal suo interno e rischia di sottrarla alla vocazione inclusivo-integrativa propria della sua identità e tradizione, favorendo un aumento di pratiche di periferizzazione o di gentrificazione (Ciaramelli 2021).

È ciò che hanno osservato lucidamente alcuni studiosi (Fainstein 2001), criticando il modello di *città impresa* ispirato ad una *governance* imprenditoriale che ha per obiettivi la crescita economica e l'aumento della competitività in ambito internazionale, con sempre più scarsa attenzione al benessere sociale, alle esigenze di eguaglianza e di inclusione sociale delle città.

La vera sfida è dunque rappresentata dalla possibilità di mitigare alcuni effetti della *entrepreneurial governance*, specie quelli riferibili ad un neoliberismo più sfrenato, con processi locali in grado di promuovere procedimenti di apprendimento collettivo, il consolidamento di capacità e conoscenze

locali, i processi di inclusione e di formazione di quadri cognitivi comuni. Non si tratta semplicemente di mettere in discussione il modello della *città impresa* che si è sviluppato come risposta a complessità e trasformazioni globali e che ha comunque avuto il merito di aver inaugurato la stagione di un nuovo protagonismo dello spazio e delle forme urbane. Si tratta piuttosto di intersecare i vari livelli, connettendo le varie razionalità e favorendo un modello relazionale, promuovendo la partecipazione a processi di deliberazione pubblica, attraverso arene e fori inclusivi.

Parafrasando Robert Park (PARK 1967), la questione *Quale tipo di città vogliamo* non può che dipendere da altre questioni: *Che tipo di persone vogliamo essere*, *Che relazioni vogliamo con lo spazio urbano e con la natura*, *Come vogliamo vivere nella nostra città*.

Ecco, la regressione della globalizzazione e lo svelamento dei limiti di una *governance* ispirata a principi neoliberali (GIOLO 2020) ci indicano che la città non è solo un luogo cui accedere o una macchina aziendale che si deve imporre sul mercato ma è uno spazio che va sempre reinventato e che la capacità di ricreare l'*urbe* si può realizzare attraverso l'esercizio di un potere collettivo che mette in campo straordinarie energie sociali (HARVEY 2021).

Rivendicare la città significa rivendicare questo diritto e maturare una nuova consapevolezza che ciascuno di noi è stato plasmato (anche) da un processo urbano e che l'urbanizzazione ha contribuito a configurare e riconfigurare le nostre identità.

Rimane ora da scoprire se sia possibile conciliare i tratti caratteristici della *città impresa* con esigenze di coesione, uguaglianza ed inclusione sociale attraverso l'uso dei beni comuni.

C'è un ultimo bagaglio da preparare.

4. *Per un modello ermeneutico di rigenerazione urbana attraverso i beni comuni*

Ho provato, nelle pagine precedenti, a ricostruire il modello della *città impresa*, sino ad arrivare alla città contemporanea, interrogata da nuove sfide e complessità. Come ha osservato Valerio Nitrato Izzo,

> «La città contemporanea, in costante mutamento, si trova in una peculiare collocazione temporale, oscillando tra il pericolo dell'oblio del passato, lo schiacciamento sul presente e le difficoltà di pianificare il suo futuro» (NITRATO IZZO 2017, 18).

La globalizzazione ha aumentato significativamente le disuguaglianze all'interno degli spazi urbani, determinando nuove ghettizzazioni ed esclusioni, sfruttamenti e conflitti, povertà.

Le profonde trasformazioni economiche e sociali che hanno attraversato il mondo negli ultimi quarant'anni hanno lasciato i loro segni soprattutto nello spazio urbano: la progettazione di centri direzionali dove erogare servizi ed ospitare uffici, la costruzione di grandi centri commerciali in grado di offrire anche intrattenimento ai propri ospiti (con bar, sale gioco, cinema), parchi tecnologici e mega attrezzature sportive sono l'emblema di un'economia neoliberista e sono stati giustificati, agli occhi dell'opinione pubblica, come interventi necessari, per rendere la città più competitiva a livello internazionale, per arrestarne il declino. E poco importa se questi progetti che hanno significativamente modificato l'iconografia delle nostre città si sono resi responsabili anche di nuovi meccanismi di esclusione e di povertà, incidendo sul mercato delle abitazioni, sui posti di lavoro, sull'utilizzo delle risorse finanziarie, sui meccanismi decisionali[11].

Eppure la città rimane uno spazio di *possibilità* ove rivendicare diritti, attraverso una riforma ed una pianificazione di strutture e funzioni, modi e forme. E se Lefebvre ne *Il diritto alla città* –

[11] Per un'analisi multidisciplinare della crisi della città e delle principali trasformazioni subite negli ultimi decenni, rinvio a LABRIOLA 2016.

pietra miliare di un rinnovato interesse scientifico sulla città – lodava quelle rivendicazioni rivoluzionarie portate avanti dalla classe operaia, attribuendo loro il merito di aver conciliato virtuosamente le istanze dell'industrializzazione con quelle dell'urbanizzazione, la vera rivoluzione della città contemporanea consiste ora nel renderla uno *spazio di possibilità*, sottraendola a quelle istanze di omogeneizzazione proprie della globalizzazione e restituendola alla sua antica vocazione di scambio e di convivenza tra diversi (Ciaramelli 2020). Si tratta insomma di recuperare l'antica vocazione di *polis* propria della città europea che la identifica come spazio fatto

> «da e per i cittadini (*politai, Bürger*) in quanto soggetti politici che mirano a partecipare in modo esplicito e in accordo a determinate procedure formali al governo della propria comunità» (Ciaramelli 2020, 21).

Funzionali a questa sfida sono quei processi di rigenerazione urbana che investono i beni comuni non come alternativa all'azione pubblico-istituzionale, incapace di prendersene cura e di gestirli, ma come uno spazio ermeneutico, una lente, un luogo generativo di democrazia.

Si tratta di percepire i beni comuni come spazi abilitanti, in grado, cioè, di funzionare non per il loro intrinseco valore ma per la capacità di *mettere insieme le persone*, sollecitando le loro abilità.

Sono spazi che funzionano come *infra*, *in-between*, perché in grado di mettere gli attori in relazione ossia, come suggerisce Adriana Cavarero,

> «implicando uno spazio orizzontale di interazione fra uguali e distinti, lungi dal mortificare l'individualità conglobandola in una massa, esalta l'unicità di ogni attore» (Cavarero 2021, 98).

E parafrasando la Cavarero, possiamo allora dire che si tratta di beni *sorgivi*, perché osservati nella loro fase nascente, nell'atto in cui sgorgano, provocando quella contaminazione necessaria tra spazi fisici e relazioni umane ed innescando processi riflessivi reciproci.

Significa andare in controtendenza rispetto a quel movimento di un nuovo urbanesimo proprio della città contemporanea globalizzata che nell'etica neoliberista,

> «fondata su un forte individualismo proprietario (...), su un crescente isolamento individualistico, su ansie e nevrosi» (Harvey 2021, 24),

ha radicato le proprie floride radici. Siamo cioè chiamati a costruire una alternativa urbana, collettiva, sostenibile, inclusiva.

Rigenerare lo spazio urbano, come ci ricorda ancora Luca Bizzarri (2021, 164-165), significa avviare

> «interventi pubblici o privati volti a riempire vuoti derivanti da processi di deindustrializzazione (...) e a trasformarli in altrettante occasioni di crescita urbana, di sviluppo locale».

È una trasformazione epocale che chiama investitori pubblici e privati, istituzioni, cittadini, associazioni a sperimentare una nuova relazionalità per rendere la città maggiormente vivibile, più attrattiva, più inclusiva. È una rivoluzione che trasforma la *città impresa* in una *impresa cittadina comune* e che si muove su una linea sottile perché anche i processi di rigenerazione urbana non sono immuni da pericoli e critiche. Il rischio maggiore è di scegliere sistemi gestionali *ermetici* caratterizzati da una forte invadenza della tecnologia, della organizzazione dei dati e dalla eterodirezione, con conseguente mortificazione della partecipazione cittadina spontanea e genuina.

C'è una forte tentazione da parte dell'apparato governativo urbano a delegare politiche, visioni ed interventi sulle forme e sui modi urbani alla tecnologia e di sottostare alle istanze del mercato e della speculazione. La conseguenza di questo atteggiamento – che nella gentrificazione ha

la sua principale manifestazione concreta – è di esaltare l'esclusione come forma prevalente di socializzazione (Ciaramelli 2021, 6).

Su un fronte opposto si colloca un modello di rigenerazione urbana che Bizzarri definisce *ermeneutico* (2021, 166 ss.) che, tra le trasformazioni rapide della città contemporanea, cerca un difficile coordinamento tra agire privato e *policy*. Si tratta innanzitutto di farsi carico di una fisiologica resistenza del pubblico al cambiamento e di favorire un cambio di mentalità dell'agire pubblico, volto a provocare un vero e proprio apprendimento istituzionale attraverso il dialogo strutturato tra chi garantisce la tutela dell'interesse generale (generalmente il pubblico) e chi ne realizza gli scopi attraverso pratiche di rigenerazione dei luoghi (fenomeno della rigenerazione urbana a base culturale). È il caso di "Botteghe di culture", un progetto che, avviato nel 2017, ha per obiettivo l'allocazione di spazi commerciali di proprietà pubblica per finalità culturali (Bizzarri 2020). Non si tratta semplicemente di trovare una sede alle associazioni della Provincia di Bolzano quanto di rendere i cittadini delle aree periferiche protagonisti di una pratica culturale, di rilancio di un territorio attraverso le relazioni con gli abitanti, interventi diffusi nei quartieri (il servizio gratuito di *garden-sitting* offerto da una delle associazioni affidatarie, ad esempio). Centrale è dunque una politica di sostegno alla ridefinizione degli ambienti che coinvolga anche la comunità, attraverso quindi processi di *bottom-up*, in luogo di quelli ben noti di *top-down*, e che determini anche nuove narrazioni da parte degli abitanti di un territorio. Il corollario immediato di questa affermazione è che ogni intervento di rigenerazione urbana debba contenere, accanto ad una dimensione funzionale, anche una estetica, sociale e partecipativa. Ne è esempio l'arte di strada dell'artista internazionale Jorit che con i suoi murales contribuisce a riqualificare aree urbane degradate, veicolando proprio nell'arte un messaggio di denuncia sociale e, sollecitando, sia l'attenzione delle istituzioni pubbliche alla sorte di aree afflitte da disagi e problemi, che la partecipazione attiva dei cittadini di quelle aree.

È questa inversione di rotta che ci consente di cogliere l'essenza della città non negli spazi fisici, negli edifici, nelle strade, negli uffici, persino nei viali alberati, ma nelle relazioni umane che si strutturano e contaminano in questi spazi e attraverso di essi, in un rapporto di reciprocità.

Per richiamare la citazione di Calvino, posta in esergo a queste pagine, il desiderio di città è innato nell'uomo ma le città non sono opera della mente o del caso:

> «"né l'una né l'altro bastano a tener su le loro mura. D'una città non godi le sette o le settantasette meraviglie", ricorda ancora Polo all'imperatore, "ma la risposta che dà a una tua domanda". "O la domanda che ti pone obbligandoti a rispondere", come ribatte Kublai Kan» (Calvino 2020, 42).

In una filigrana di domande e risposte reciproche, uomini e città non possono che continuare a divenire, inventarsi e re-inventarsi in una relazione speculare e riflessiva.

Ecco, possiamo chiudere ora il bagaglio ed iniziare ciascuno il proprio viaggio alla ricerca di quell'altrove che solo le linee imperfette di una città possono donarci.

Riferimenti bibliografici

Baldassarre A. 1989. *Diritti inviolabili*, in «Enciclopedia giuridica», II, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, 10 ss.

Bianchi A. 2020. *La rigenerazione urbana: un nuovo modo di pensare la Città*, in «Rivista giuridica del Mezzogiorno», XXXIV, 1, 2020, 139 ss.

Bizzarri L. 2020. *Cultura e rigenerazione degli spazi: dalle pratiche all'apprendimento istituzionale*, in Weyland B., Leone T. (eds.), *Laboratori attivi di democrazia tra spazi e didattiche*, Guerini Scientifica, 41 ss.

Bizzarri L. 2021. *Dalla pratica sui beni comuni al discorso pubblico della rigenerazione urbana*, in Bernardini M.G., Giolo O. (eds.), *Abitare i diritti. Per una critica al rapporto tra giustizia e spazi urbani*, Pacini, 155 ss.

Calvino I. 2020. *Le città invisibili*, Mondadori.

Capone N. 2020. *Lo spazio e la norma. Per una ecologia politica del diritto*, ombre corte.

Cavarero A. 2021. *Piazze politiche. Corpi radunati e pluralità*, in «Filosofia politica», 1, 2021, 89 ss.

Ciaramelli F. 2020. *La città degli esclusi*, ETS.

Ciaramelli F. 2021. *La gentrificazione tra esclusione sociale e diritto all'esclusione*, in Ferrari G.F. (ed.), *Le* Smart Cities *al tempo della resilienza*, Mimesis, 223 ss.

Diciotti E. 2013. *I beni comuni nell'attuale dibattito politico e giuridico: un chiarimento concettuale, un'apologia e una critica*, in «Ragion pratica», 41, 2, 2013, 347 ss.

Fainstein S. 2001. *Competitiveness, Cohesion, and Governance: Their Implications for Social Justice*, in «International Journal of Urban and Regional Research», 25, 4, 2001, 884 ss.

Ferrajoli L. 2015. Iura Paria. *I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica.

Ferrajoli L. 2007. *Principia iuris*, vol. 1, *Teoria del diritto*, Laterza.

Giolo O. 2020, *Il diritto neoliberale*, Jovene.

Guzzo F. 2006. *Tra crescita economica e giustizia sociale: i processi di* governance urbana a Barcellona, in «Stato e mercato», 77, 2, 2006, 245 ss.

Hall T., Hubbard P. 1996. *The Entrepreneurial City: New Urban Politics, New Urban Geographies?*, in «Progress in Human Geography», 20, 2, 1996, 153 ss.

Harvey D. 1989. *From Managerialism to Entrepreneurialism: The Transformation in Urban Governance in Late Capitalism*, in «Geografiska Annaler», 71, 1, 1989, 3 ss.

Harvey D. 2021. *Il capitalismo contro il diritto alla città. Con una conversazione sulla "rivoluzione urbana"*, ombre corte (ed. or. 2003, trad. it. di C. Vareschi).

Labriola G.M. (ed.) 2016. *La città come spazio politico. Tessuto urbano e corpo politico: crisi di una metafora*, Editoriale Scientifica.

Lefebvre H. 2014. *Il diritto alla città*, ombre corte (ed. or. 1968, trad it. di G. Morosato).

Mattei U. 2011. *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza.

Mazzarese T. 2020. *Diritti e beni comuni o fondamentali. Un binomio di riferimento per una risposta sistemica alle sfide dell'era globale*, in «Ragion pratica», 55, 2, 2020, 441 ss.

Mitscherlich A. 1968. *Il feticcio urbano. La città inabitabile, istigatrice di discordia*, Einaudi (ed. or. 1965, trad. it. di C. Mainoldi).

Nitrato Izzo V. 2017. *Gli spazi giuridici della città contemporanea. Rappresentazioni e pratiche*, Editoriale Scientifica.

NORING L. 2019. *Public Asset Corporation: A New Vehicle for Urban Regeneration and Infrastructure Finance*, in «Cities», 88, 2019, 125 ss.

OSTROM E., GARDNER R., WALJER J. 1994. *Rules, Games and Common-Pool Resources*, The University of Michigan Press.

PALANO D. 2020. *L'enigma della sfinge. La "folla" nell'immaginario ottocentesco: linee di lettura*, in «Filosofia politica», 3, 2020, 443 ss.

PARK R. 1967. *On Social Control and Collective Behaviour*, Chicago University Press.

PERULLI P. 2007. *La città. La società europea nello spazio globale*, Mondadori.

RODOTÀ S. 2018. *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi* (a cura di G. Preterossi, N. Capone), La scuola di Pitagora editrice.

RODRIGUEZ A., SWYNGEDOUW E., VICARI S. 2000. *Presentazione*, in «Rassegna italiana di sociologia», XLI, 4, 2000, 467 ss.

RODRIGUEZ A., SWYNGEDOUW E., VICARI S. 2000. *Metropoli in trasformazione*, in «Rassegna Italiana di Sociologia», 4, 200, 467 ss.

SCHALLER S. 2019. *Business Improvement Districts and the Contradictions of Placemaking: BID Urbanism in Washington*, University of Georgia Press.

VIOLA F. 2016. *Beni comuni e bene comune*, in «Diritto e società», 3, 2016, 381 ss.

Illustrazioni

Fig. 1 – Bacoli (NA), Piazzetta Jorit, murale di Jorit, raffigurante la Sibilla Cumana (2020)

Fig. 2 – Bacoli (NA), Piazzetta Jorit, particolare del murale di Jorit, raffigurante la Sibilla Cumana (2020)

Fig. 3 – Bacoli (NA), Piazzetta Jorit, mercato bio a kmo (estate 2021)

Fig. 4 – Bacoli (NA), Piazzetta Jorit, mercato bio a kmo (estate 2021)

RIFLESSIONI SUL RUOLO DELL'EVENTO NELLA DIMENSIONE PUBBLICA CITTADINA:

EFFETTI E SPERIMENTAZIONI SULLO SPAZIO URBANO E GIURIDICO

MARTINA **STEVOLI**

&dq

Riflessioni sul ruolo dell'evento nella dimensione pubblica cittadina: effetti e sperimentazioni sullo spazio urbano e giuridico

Events in the Public Dimension of the City: Effects and Experiences on Urban and Legal Spaces

MARTINA STEVOLI

Iscritta al master in Event Management presso IED Milano, laureata in Operatore dei Servizi Giuridici presso Università degli Studi di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza.
E-mail: martina.stevoli@gmail.com

ABSTRACT
Il contributo intende approcciare la relazione intercorrente tra politiche culturali e spazio pubblico analizzando la funzione degli eventi ai fini del contingentamento o della creazione di spazio e la città come luogo privilegiato per la costituzione di nuove forme di giuridicità.

The essay explores the relationship between cultural politics and public space, by exploring the role of events in the contingency or in the creation of new spaces and the city as special place where to build new forms of regulation.

KEYWORDS
Eventi, politiche culturali, spazio pubblico, diritto alla città, spazio giuridico

Events, cultural politics, public space, right to the city, legal space

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Riflessioni sul ruolo dell'evento nella dimensione pubblica cittadina:
effetti e sperimentazioni sullo spazio urbano e giuridico

MARTINA STEVOLI

1. *La città degli eventi è ancora un diritto?* – 2. *Nuove pratiche e regolazioni giuridiche*.

«Ovunque vi siano riunioni, là vi sarà anche il benessere.
Piantate in mezzo a una pubblica piazza un palo coronato di fiori,
ponetevi intorno un popolo e otterrete una festa.
Ancora meglio: fornite come spettacolo gli stessi spettatori,
fateli diventare attori loro stessi;
fate in modo che ciascuno veda ed ami sé stesso negli altri
affinché tutti abbiano più forti vincoli di amicizia».
(J.J. ROUSSEAU, *Lettera sugli spettacoli)*

1. *La città degli eventi è ancora un diritto?*

Il rapporto tra evento[1] e città ha vissuto negli ultimi decenni una progressiva erosione di quel senso di rinnovamento collettivo finalizzato alla produzione di orizzonti di significato: *format* consolidati come *festival*, *kermesse*, grandi eventi, *weeks* hanno profondamente ridisegnato l'immaginario facendo irruzione sulle dinamiche cittadine, sui processi di rigenerazione urbana e sulla percezione dello spazio pubblico come luogo di fruizione estetica su cui si consuma l'*experience*, il simbolico, la merce-spettacolo.

Occorre prendere atto che il *fare eventi* ha ormai una sua tradizione, una storia di scelte politiche incentrate su un'idea di produzione culturale non indifferente al raggiungimento di obiettivi pubblici. Trascorsi oltre quarant'anni dal dibattito tra urbanismo *effimero* ed *anti-effimero*[2] che animò operatori culturali ed opinione pubblica, i benefici delle manifestazioni temporanee in termini di ricaduta sulla collettività sono incontrovertibili; non sorprende un dato emerso in seguito alle ultime elezioni amministrative: in città metropolitane come Bologna, Firenze, Napoli la delega alla cultura è rimasta una prerogativa dei primi cittadini ad evidenziare quanto le politiche culturali rappresentino un *asset* strategico per il governo del territorio in grado di incidere sulle logiche che in generale interessano la dimensione pubblica. A partire dagli anni Ottanta il dibattito sulla relazione tra cultura e territorio è venuto a intensificarsi attorno al presupposto che la *creatività* – in quanto forma più maneggiabile della *creazione* – rappresenti un volano per la ridefinizione

[1] Manifestazione programmata storicamente afferente all'immaginario della Festa. Nel tentativo di individuare un aspetto in grado di contenere la varietà d'esperienze riconducibili all'evento viene in soccorso l'etimo, la radice latina: *e-ventum* (*e-venire*) ossia «il risultato di un divenire, l'incominciare ad essere dopo un non essere, il movimento per cui qualcosa viene fuori, viene alla luce e in luce» (ARGANO et al. 2005, 21), ed inoltre «ciò che è accaduto o potrà accadere» (PATOTA 2007, 898), in altri termini l'attitudine a definire un *tempus novum* reso accessibile all'esperienza del gruppo sociale che vi partecipa.

[2] Secondo la definizione di Treccani «con accezione partic., e con riferimento alla tradizione delle feste rinascimentali e barocche, nelle quali ci si serviva di *apparati e.* (effetti luminosi, fuochi d'artificio, costruzione di archi onorari o facciate posticce e sim.), il termine è stato ripreso tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli '80 per indicare un insieme di manifestazioni culturali o ricreative, di carattere spettacolare e di breve durata, promosse, nell'ambito di una politica di valorizzazione dei centri storici, dagli assessorati alla cultura di alcune grandi città italiane, accanto e in antagonismo ad attività istituzionali e permanenti»: un dibattito che contrapponeva i rigorosi custodi della spesa pubblica ai gaudenti dissipatori della stessa (ARGANO et al., Prefazione)(v. § 2).

del futuro della città *post*-industriale[3] anche sotto il profilo dello sviluppo economico; in particolare l'*event tourism* – il processo di pianificazione sistemica di *festival* ed eventi finalizzato ad innovare il *milieu urbano* di un'area – è apparso una delle più efficaci leve a disposizione dei governi locali per la crescita, la competitività interurbana e l'affermazione territoriale.

È interessante notare come l'evoluzione delle politiche culturali adottate a livello locale sia consequenziale alla correlazione tra modelli di potere e costruzione di spazi, riflettendo le dinamiche che hanno ridisegnato il ruolo dello Stato in rapporto ai territori e determinato la nuova articolazione scalare dell'azione pubblica[4]. Se nel periodo post bellico di espansione economica le città, in quanto sedi deputate all'erogazione delle politiche nazionali di *welfare*, sono state investite dall'intervento verticistico dello Stato finalizzato al potenziamento ed al controllo delle infrastrutture destinate alla produzione della c.d. cultura alta – musei, teatri, sale da concerto – negli anni Settanta, a fronte dei primi processi di ri-spazializzazione del potere, sono divenute anche poli di esercizio del diritto di accesso alla cultura attraverso il consolidamento delle pratiche dal basso e lo sviluppo di politiche culturali volte alla promozione della libera espressione artistica. Ma ben presto l'enfasi rivolta alla partecipazione collettiva e alla democratizzazione dello spazio urbano ha ceduto il passo alla ridefinizione delle attività culturali come funzionali alla promozione di un'immagine attrattiva: sospinte dalle necessità di fronteggiare la carenza endemica di risorse ed attrarre nuovi *flussi* di capitale e risorse[5], le città hanno progressivamente ridimensionato la funzione redistributiva in campo culturale ed adottato strategie di sviluppo dirette in via prioritaria al perseguimento di obiettivi di natura economica, talvolta mediante un'acritica trasposizione di logiche aziendali destinate a raggiungere obiettivi di efficienza e meno ad offrire soluzioni capaci di apportare un miglioramento realistico nel benessere della comunità[6]. Unitamente alla modifica delle condizioni di funzionamento delle pubbliche amministrazioni e i cambiamenti di tipo organizzativo e programmatico[7] attuati in ottemperanza al principio di sussidiarietà verticale – i confini tra settore pubblico e privato sono divenuti più sfumati segnando, anche in materia di pratiche culturali, l'inesorabile deriva della privatizzazione della dimensione pubblica urbana.

I governi dei territori hanno assunto la responsabilità di compiere scelte strategiche, pianificare attività per attrarre informazioni, risorse, capitali e familiarizzato con gli strumenti facenti capo al *marketing*[8] tra cui lo sviluppo dell'*event portfolio* della città per promuovere i valori, le tradizioni, le prospettive dell'area e comunicarne il potenziale in termini di attrattività.

[3] Amendola 2016, 122.

[4] Sassen 2008.

[5] Castells, Borja 2002, 187: «il sistema urbano tradizionale, caratterizzato da una gerarchia nazionale (capitale, capoluoghi di regione, centri minori), perde la sua ragion d'essere con lo sviluppo dei meccanismi di inserimento dei nuclei urbani nella produzione, nella comunicazione e nel sistema di scambio a livello mondiale. Le città diventano parte di un sistema urbano che non segue più una logica di continuità territoriale, ma è strutturato in funzione di nodi (i centri urbani) e di assi (flussi di merci, gente, capitali e informazioni) che li collegano. Il territorio stesso tende a divenire una rete fatta di spazi interconnessi, che hanno i loro punti di forza nei nodi urbani, scostandosi dalla gerarchia tradizionale che va dalla capitale alle città di provincia».

[6] Mela 2018, 162-165.

[7] Vedasi in particolare: L. n. 142/1990 riguardante l'ordinamento delle autonomie locali, il processo di privatizzazione degli enti pubblici di gestione delle partecipazioni statali e degli altri enti pubblici economici, le Riforme Bassanini volte a semplificare e velocizzare l'azione pubblica secondo i principi del federalismo amministrativo, la riforma del titolo V della Costituzione e in particolare il nuovo art. 119 Cost., che sancisce l'autonomia finanziaria per Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni.

[8] In origine l'operazione sostenuta dal Department of Commerce di New York nel 1976 quando decise di intraprendere una campagna pubblicitaria per rilanciare l'immagine della città nota in quegli anni per problemi di disagio sociale e degrado urbano e contestualmente promuovere nuove forme di investimento locale. Fu accolta la proposta del *graphic designer* Milton Glaser, il quale elaborò il noto marchio *I ❤ NY*, un logo particolare per l'interazione ludica che stimola lo spettatore, invitandolo a risolvere un *rebus* e ad affermare il celebre *slogan*: *I love New York*. La strategia di comunicazione mirava a suscitare nell'opinione pubblica una nuova percezione collettiva della città, favorendo il pas-

Il primo aspetto controverso di un modello di *policy*, ascrivibile alle politiche di capitalizzazione della cultura, è la dinamica di appropriamento risultante dall'avvalersi del carico di senso dell'esperienza della prossimità – funzionale a delineare l'imprescindibile spazio pubblico partecipativo in cui la dimensione individuale si estende a quella collettiva – per mere finalità di rigenerazione economica, trascurando la naturale propensione dell'evento pubblico ad essere prima di tutto uno strumento «a disposizione della coscienza civile, dell'identità collettiva, dell'espressione e della ricerca creativa»[9], un luogo di incontro e di dibattito.

Gli effetti dalla conversione del ruolo sociale degli eventi pubblici in fattore di rilancio dell'economia urbana si ravvisano nel motto "tutto fa evento", nella proliferazione di interventi espressivi spettacolistici ad immediato ritorno, mal inseriti nel progetto città – ossia all'interno di una visione programmatica propensa all'ascolto della comunità di riferimento e strutturata in un sistema di azioni coerenti con l'identità di un territorio – esperienze collettive urbane che declassano lo spazio pubblico nel palcoscenico «delle transumanze notturne per il rito dell'aperitivo, delle feste di strada, dei mercati all'aperto itineranti, di tutto quell'insieme di effervescenze urbane che fanno sembrare una città vivace»[10] e la città nel nuovo palinsesto per la messa in scena dei corpi in forma aggregata.

Il secondo aspetto controverso dell'*event tourism* come modello di pianificazione strategica – applicando la riflessione proposta da Saskia Sassen a proposito della *logica dell'espulsione*[11] – è l'estromissione dallo spazio pubblico non solo di coloro che risultano disfunzionali all'incremento dei profitti ma anche di chi non è omologato al comune sentire, in forza della diffusa percezione che l'appetibilità della città intesa come «luogo dove sia desiderabile vivere»[12], debba riflettersi nell'assenza di conflittualità e nell'ottemperamento di politiche incentrate su un preteso diritto alla sicurezza[13] dei suoi abitanti.

Le scelte politiche che favoriscono la mercificazione dello spazio pubblico di fatto realizzano anche il fine di limitarne la sua accessibilità e contenere la portata dei possibili disordini sociali; tale opera di contingentamento si realizza assecondando i valori del progetto neoliberista attra-

saggio dal registro emotivo al piano cognitivo: in effetti, l'immagine di una metropoli amata dai suoi abitanti comportò le auspicate ricadute economiche e le previsioni di Lewis Mumford – secondo cui New York sarebbe implosa nella sua stessa espansione – che furono contraddette da una convincente operazione di *city marketing*.

9 ARGANO et al., 18.

10 SEMI 2015, 102.

11 SASSEN 2015, 7: «l'economia politica globale dei nostri giorni ci pone di fronte a un nuovo, allarmante problema: l'emergere della logica dell'*espulsione*», ovvero la coesistenza della rigenerazione urbana con l'estromissione dei cittadini non funzionali alla crescita economica. In questa sede si fa riferimento alla *gentrification*: se l'appetibilità di un quartiere è associata al suo utilizzo e la presenza di attività culturali ne aumenta l'attrattività, un mercato attento alle preferenze dei consumatori massimizza i profitti in funzione delle loro scelte di localizzazione, innescando processi di abbandono del territorio e standardizzazione dei luoghi che hanno ripercussioni generali sull'intera vita urbana, tanto dal punto di vista culturale quanto dal punto di vista giuridico e politico. La questione del centro urbano *vetrinizzato* a fronte dell'incremento di zone ai margini riguarda l'utilizzo dello spazio pubblico: chi può stare e dove nella città, chi può accedere ai suoi costosi servizi.

12 «We must make cities desirable places to live and be in, partly by recreating the values that people perceive to exist in a village – a sense of place and belonging, continuity, safety and predictability – and partly by nurturing distinctly urban possibilities – buzz, interaction, trade, unexpected delight and much more» (LANDRY 2000, 12.).

13 Per un approfondimento si rimanda alle considerazioni di Alessandro Baratta in relazione al controllo e alla protezione prioritaria di alcuni diritti di gruppi privilegiati, secondo le quali la costruzione di un diritto alla sicurezza è falsa e perversa perché sintomatica di una strategia conservatrice che anziché correggere le distorsioni del sistema globalizzato neoliberale le legittima attraverso l'ideologia operando in contrasto al principio di eguaglianza sostanziale. Soddisfare i bisogni riconosciuti come diritti equivale a garantire la sicurezza dei diritti di tutti sotto il profilo oggettivo, mentre rafforzare la percezione della sicurezza equivale a garantire il diritto alla sicurezza di alcuni, cioè un sentimento soggettivo per quanto diffuso. E tanto più ampia diviene la richiesta di garanzia della sicurezza, tanto più si manifesta con forza l'intenzione del legislatore di assicurare i beni giuridici più minacciati o messi in pericolo. (BARATTA 2001, 20-36).

verso due passaggi: finalizzando la presenza del pubblico verso i consumi e contenendolo entro i canoni della privatizzazione.

Quanto al primo aspetto, se l'incontro tra persone anziché avvenire in campo neutro si realizza sul mercato, è probabile che chi frequenta lo spazio pubblico, più che contribuire a rinnovarlo anche attraverso il dissenso, sia facilmente attirato dalle estetiche accattivanti che da esso promanano; facendo leva sulla suggestione offerta dalla merce si può rendere più docile una folla e, poiché la presenza di una moltitudine è prerogativa per l'esistenza dello spazio pubblico, ne consegue che la promozione di un modello di cittadinanza consumistica di fatto garantisce forme più efficaci di controllo, poiché «tali spazi stimolano l'azione, non l'inter-azione»[14].

L'immissione del mercato nello spazio pubblico produce l'ulteriore effetto selettivo, o meglio discriminatorio, di favorire l'incontro tra coloro che dispongono del potere d'acquisto e che trovandosi in una condizione economica avvantaggiata nutrono tendenzialmente minori istanze oppositive allo *status quo*; per contro estromette le componenti più vulnerabili della società – spesso raffigurate come presenze disturbatrici dell'ordine dominante – che, non consumando, non possono beneficiare delle occasioni pubbliche offerte dall'ambiente in cui vivono. L'esito di questo progetto è un ambiente omogeneo che non obbliga i consumatori a fare i conti con la diversità ma che appaga ugualmente il loro bisogno di appartenenza ad una comunità sicuramente surrogata ma più rassicurante.

Quanto al secondo aspetto, il mantenimento di uno stato d'ordine apparente può essere garantito commutando i luoghi pubblici in contesti informalmente privatizzati in cui la libertà d'azione individuale viene a incrociarsi con la presenza di interessi privati ed assoggettata ad ulteriori codici di comportamento – telecamere, recinzioni, addetti alla sicurezza – previsti da chi ha l'onere di bonificare l'ambiente pubblico di cui usufruisce ed al contempo un interesse diretto ad escludere gli *outsiders* dall'area concessa per finalità di profitto.

Assumendo più distintamente la prospettiva delle pubbliche manifestazioni, il regime giuridico in materia di occupazioni temporanee di suolo pubblico ai fini del rilascio dei titoli abilitativi necessari all'esercizio delle attività ascrivibili al campo degli eventi pubblici favorisce un'evidente applicazione del progetto qui rappresentato.

Occorre premettere che il bene pubblico suscettibile di utilità economiche è attribuito al privato attraverso lo strumento giuridico della concessione traslativa di beni pubblici, un provvedimento amministrativo in forza del quale la pubblica amministrazione conferisce *ex novo* una posizione giuridica attiva di natura privatistica – assimilabile a un diritto reale su beni altrui – a colui che ne faccia istanza. Posto che ai fini del rilascio della concessione è richiesta una verifica sulla compatibilità dell'atto per la sua destinazione pubblica ad essere suscettibile di utilizzazione individuale ed efficace a realizzare una funzione incrementativa della potenzialità economica del bene, risulta nondimeno evidente l'ampia discrezionalità attribuita ai Comuni nella definizione del suolo pubblico in relazione al rapporto tra interesse generale e interesse privato.

Gli enti locali possono prevedere le procedure per il rilascio, il rinnovo e la revoca degli atti di concessione, determinare le categorie di rilevanza di strade, aree e spazi pubblici, indicare le tariffe del suolo con riferimento all'entità dell'occupazione, al valore economico dell'area e al sacrificio imposto alla collettività, stabilire i limiti temporali della concessione e l'eventuale sottrazione del suolo all'uso pubblico in ragione della particolarità del luogo. In altre parole, rientra nell'autonomia della città la scelta di normare la disciplina dell'uso del suolo pubblico e di determinare all'atto pratico il come, il dove e il quando consentirne l'occupazione, poiché in ossequio al principio di buon andamento della pubblica amministrazione «la natura stessa della discrezionalità amministrativa [...] [porta] alla ponderazione ragionevole del complesso degli interessi pubblici e privati compresenti in una determinata situazione»[15].

[14] Bauman 2000, 107.

[15] Vedasi Cons. Stato, V Sez., 11 luglio 2001, n. 3853.

Atteso che la concessione ad occupare temporaneamente il suolo pubblico è preordinata al rilascio delle licenze di pubblico spettacolo e intrattenimento ex artt. 68, 69 T.U.L.P.S. ed in generale all'effettuazione delle attività ascrivibili al campo degli eventi, è diffusa prassi concedere a livello locale l'autorizzazione – previo pagamento del canone per l'occupazione di spazi – ad iniziative aventi carattere spiccatamente commerciale mediante un blando ricorso agli ulteriori criteri valutativi fondati sulla rilevanza pubblica dell'attività proposta, come testimoniato dalla crescente tendenza a liberalizzare su aree aventi interesse storico, culturale e artistico l'esercizio di attività a prevalente carattere di consumo; nei casi in questione, il confinamento dello spazio pubblico avviene per mezzo della scelta politica di promuovere sul suolo demaniale – in particolare nei centri storici – il susseguirsi di eventi che anziché favorire la libera manifestazione delle interazioni sociali puntano all'ingresso del mercato nei servizi di rilevanza pubblica sulla base di un modello ispirato al consumo di socialità.

La diretta conseguenza di questo modello di *policy* è nuovamente lo snaturamento della componente civica – di pratica partecipativa o di spazio praticato – che *ab origine* contraddistingue l'*effervescenza*[16] dell'evento per finalità funzionali ad indirizzare gli esiti e i prodotti dell'agire collettivo verso un generalizzato stato d'ordine: riprendendo Zygmunt Bauman, lo spazio pubblico è al centro di un processo di svuotamento di questioni pubbliche, raggiungendo un'incapacità di assolvere quel ruolo che aveva in passato, cioè l'incontro e il dibattito[17] e una pianificazione culturale che punta all'*entertainment*, confinando ai margini i corpi non confacenti al contesto urbano o conformandoli alle consuetudini e alle condizioni offerte dalla città, comporta il contingentamento degli spazi di libero confronto tra cittadini.

Peraltro è il caso di accennare agli interventi di *soft law*[18] che hanno profondamente mutato lo scenario organizzativo e gestionale degli eventi, raccomandando a livello locale *governance* dell'ordine pubblico secondo modelli di sicurezza integrata[19] e forme progettate di tutela dell'incolumità. L'innalzamento del livello della minaccia terroristica[20] unitamente all'esponenziale

[16] Durkheim 2013, 18, 33, 276: per il sociologo le emozioni condivise dal gruppo attraverso le esperienze rituali sono da considerare come agenti di coesione e di unità sociale. La funzione dei riti è infatti quella di produrre periodicamente un sentimento di *effervescenza collettiva* dovuto alla consapevolezza della comunità di essere coesa al proprio interno, riducendo al contempo la percezione di distanza dall'altro avvertita da ciascun individuo nella propria vita quotidiana: «una volta che gli uomini si sono raccolti, dal loro riavvicinamento scaturisce una specie di elettricità che li trasporta con rapidità a un grado straordinario di esaltazione». Per l'autore, le idee, la morale e la solidarietà del gruppo hanno origine nelle pratiche collettive e nelle modalità attraverso cui lo stesso si riunisce, poiché in esse ciascun soggetto si spoglia della propria identità per assumerne una diversa, fortemente condivisa con gli altri partecipanti: «non può esistere una società che non senta il bisogno di conservare e di rinsaldare a intervalli regolari i sentimenti collettivi. Quest'opera di rifondazione morale avviene per mezzo delle riunioni collettive».

[17] Bergamaschi, Catrignanò 2014, 87.

[18] Con uno sbilanciamento del ruolo dell'*hard law* a favore del *soft law* da ricondurre a due direttrici: le forze del mercato che producono regole proprie ed il *deficit* dello Stato che si ritira dall'intervento diretto e delega compiti di regolazione a soggetti che – pur istituiti e disciplinati per legge – si collocano ai margini del sistema dell'autorità pubblica, affidando loro poteri normativi spesso generici e discrezionali. La conseguenza è che le sopracitate regole vengono tendenzialmente dettate dagli stessi mercati alla cui regolazione dovrebbero viceversa essere rivolti: codici di autoregolazione, *best practices* o *policy* formulati da operatori economici del settore di riferimento poi recepiti dalle autorità preposte in un'osmosi tra pubblico e privato, tratto programmatico di queste regolazioni negoziali "dal basso". L'attitudine autoritaria e dirigistica dello Stato viene progressivamente a temperarsi attraverso l'utilizzo di metodi partecipati di produzione normativa: da un lato la *governance* viene richiamata come "integratore" del carattere democratico delle decisioni ma dall'altro apre un canale privilegiato agli interessi sociali più forti e meglio strutturati: una legittimazione dal basso ispirata per l'appunto al mercato (Bin 2009, 31).

[19] L'art. 1/2 decreto legge 20 febbraio 2017, n. 14 definisce la sicurezza integrata: «l'insieme degli interventi assicurati dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province autonome e dagli Enti Locali, nonché da altri soggetti istituzionali, al fine di concorrere, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all'attuazione di un sistema unitari e integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali».

[20] Sullo sfondo dei tristemente noti attentati terroristici compiuti a danno di manifestazioni pubbliche nei luoghi di ricreazione – in particolare, gli attentati di Parigi del 2016, gli attentati di Nizza e di Manchester del 2017 – deci-

aumento delle manifestazioni e degli eventi temporanei ha determinato la previsione di accurati indirizzi di *safety*, per la gestione dell'incolumità, e *security*, per la gestione dell'ordine pubblico a garanzia della sicurezza collettiva[21], ma al contempo ha riconfermato la sicurezza al rango di bene primario nel delicato bilanciamento tra libertà ed autorità[22], segnando un ulteriore avanzamento del *trend* securitario nel contesto urbano cui consegue l'inevitabile deterioramento della varietà delle dinamiche sociali producibili nello spazio pubblico[23].

2. *Nuove pratiche e regolazioni giuridiche*

In opposizione alla crisi che investe lo spazio pubblico urbano va rilevata l'avvertita esigenza di *cultural civil actions*[24] che pongano al centro forme di *engagement* dirette alla produzione di socialità, nuovi eventi *creati insieme al pubblico* – anziché *creati per il pubblico* – che ambiscano al superamento della posizione passiva dei fruitori attraverso un loro diretto coinvolgimento, reso possibile dalla promozione di «un lavoro di sociabilità, ovvero nell'intenzionata preparazione di un ambiente che stimoli socialità»[25] e da un approfondito studio delle pratiche di *meaning-making*.

Judith Butler, analizzando i movimenti dal basso che si autoalimentano in nome dei diritti e di un'ideale di giustizia sociale attento i bisogni delle persone più vulnerabili, ha evidenziato le potenzialità che risiedono nell'*alleanza*, ossia quell'azione concertata di corpi che da singole parti si armonizzano in un tutto per riunire, riempire, rinegoziare lo spazio pubblico; Butler ha evidenziato che attraverso un atto performativo il popolo ha il potere di imporsi sullo spazio pubblico e rimettere in discussione il confine tra pubblico e privato, riappropriandosi della dimensione collettiva[26].

In campo culturale non mancano esempi del rinnovato appello al *diritto alla città*[27]: sono sorte iniziative dal basso che si caratterizzano per l'estensione delle interazioni dall'*hic et nunc*

sivi ai fini della divulgazione di nuove Circolari ministeriali e Direttive sono stati i tragici fatti di rilevanza nazionale avvenuti in Piazza San Carlo a Torino nel 2017, quando durante una proiezione pubblica su maxischermo un falso allarme ha scatenato il panico collettivo causando la morte di tre persone ed il ferimento di altre 1.500.

[21] Fin quando l'esercizio della libertà di riunione non è stato sospeso per ragioni di sicurezza sanitaria. La previsione dello stato di emergenza di rilievo nazionale dovuto alla gravità e all'estensione dell'emergenza ha consentito di fronteggiare la crisi nell'immediatezza con l'impiego di mezzi e poteri straordinari. Ai decreti legge si sono susseguite numerose circolari e decreti ministeriali, decreti e ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, ordinanze del Commissario straordinario per l'emergenza, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, provvedimenti delle Regioni e degli enti territoriali, linee guida e altri atti di *soft law*: «un patchwork normativo nel quale brilla per la sua assenza il Parlamento e si distinguono per incisività e contenuto i dpcm». (ALGOSTINO 2021, 1-83).

[22] RUOTOLO 2009, 25.

[23] JEMOLO 2008, 63: «I diritti fondamentali, come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averli conquistati una volta per sempre, ma occorre difenderli e custodirli quotidianamente rendendosene degni, avendo l'animo abbastanza forte per affrontare la lotta il giorno in cui fossero in pericolo».

[24] CITRONI 2018, 315-340.

[25] CITRONI 2012, 174 s.

[26] BUTLER 2017.

[27] LEFEBVRE 1970, 153. Con riferimento alle iniziative pubbliche, del diritto alla città inteso come istanza oppositiva attraverso cui le persone, tutte, possano riappropriarsi della città per inventare il quotidiano l'autore ha scritto: «l'essere umano ha pure il bisogno di accumulare energie e di spenderle e anche di sprecarle con il gioco. Ha bisogno di vedere, di sentire, di toccare, di gustare e di riunire queste percezioni in un "mondo" [...]. Attraverso la specificazione di questi bisogni vive e sopravvive un desiderio fondamentale, di cui il gioco, gli atti corporali come lo sport, l'attività creatrice, l'arte e la conoscenza sono manifestazioni particolari e momenti che superano più o meno la divisione specializzata del lavoro [...]. Bisogni urbani specifici non sono forse bisogni di luoghi qualificati, luoghi di simultaneità e di incontro, luoghi in cui lo scambio non passi attraverso il valore di scambio, il commercio e il profitto? Il diritto alla città si manifesta come forma superiore dei diritti, diritto alla libertà, all'individualizzazione nella socializzazione, all'habitat e all'abitare. Il diritto all'opera (all'attività partecipante) e il diritto alla fruizione (ben diverso dal diritto alla proprietà sono impliciti nel diritto alla città».

dell'evento al *post-evento,* mediante percorsi collettivi di coinvolgimento più attivo, destinati a creare legami duraturi in condizione di compresenza o meno all'interno della dimensione urbana.

L'agire rivendicativo fondato sul bisogno di ripristinare il legame sociale mediante «azioni orientate [...] alla riappropriazione e ridefinizione di relazioni sociali alle condizioni locali di spazio e tempo»[28] ha portato i governi locali ad avviare sperimentalmente diversi percorsi innovativi di coinvolgimento dei cittadini in esperienze di progettazione partecipata, occasioni che si sono dimostrate utili a ragionare sull'opportunità di prevedere un fondamento normativo quale base comune a tali attività. È in corso la ricerca di nuove regolazioni che non imbriglino la creatività, pur garantendo razionalità giuridica – discipline di tipo stipulativo e partecipativo più che tipicamente potestativo – improntate alla sussidiarietà orizzontale e alla cooperazione tra differenti livelli; «non mancano recenti esempi di atti a valenza normativa, spesso proprio degli enti locali, che mirano a offrire una cornice entro cui riconoscere, far scorrere e promuovere esperienze di partecipazione informale dei cittadini nella comunità di riferimento» – come i regolamenti sui beni comuni o le delibere di giunta che qualificano taluni beni ad uso civico urbano[29] – atti che avvalorano la tesi della sussistenza di un rapporto costitutivo tra spazio pubblico urbano e diritto, non essendo il primo un semplice ambito entro cui agisce il secondo ma condizione di pensabilità per nuovi diritti non solo esercitati nella città ma costituiti nella città; rispetto a ciò si pone il tema di evitare che l'informalità dei nuovi strumenti e l'indeterminatezza dei ruoli confinino l'attore pubblico nell'ambito delle azioni di regia[30] ma al contempo si evidenzia l'opportunità di un distacco dall'analisi del diritto quale fenomeno astratto, formalizzato nella dimensione linguistica di enunciati normativi suscettibili di applicazione e il recupero della dimensione materiale della dinamica cittadina – non meno costitutiva di giuridicità – aperta al contributo delle scienze sociali: lo spazio pubblico urbano non è una realtà precostituita ma una costruzione impegnativa che esige un lavoro costante di rappresentazione ed argomentazione e il suo valore dipende dall'abilità di organizzare lo spazio giuridico attraverso azioni amministrative giuridicamente coerenti, aperte alla sperimentazione e al coinvolgimento della società civile[31].

Sta gradualmente crescendo la consapevolezza che a rendere virtuoso il rapporto tra un evento e la città che lo promuove – anche dalla prospettiva del *marketing* urbano – sia il fatto che quest'ultima divenga *materia* e non *location* dell'evento, non solo il luogo di produzione dell'ordine sociale e politico ma lo spazio privilegiato per la costruzione di alternative alle relazioni sociali e politiche, possibili attraverso la costruzione di un nuovo lessico giuridico che consenta di leggere gli eventi come accensioni su una città che prima e dopo esiste e consiste[32].

[28] BAGNASCO et al. 1997, 213.

[29] «il Comune di Napoli con specifiche delibere ha qualificato taluni beni come "beni ad uso civico urbano", da cui è disceso il diritto di alcune collettività sociali di determinare l'uso del bene garantendone una fruizione condivisa con chiunque ne faccia richiesta. Tale qualifica è di fatto inesistente nell'ordinamento giuridico formale e rappresenta una categoria del tutto innovativa, sebbene individuata con una delibera comunale formale». (PIZZOLATO et al. 2019, 33.). «In questo caso il bene è rimesso alle scelte della collettività sociale che lo gestisce, rispetto alla quale la città di Napoli esige solamente che le determinazioni dell'uso del bene avvengano con procedure assembleari che consentano a tutti gli interessati di partecipare e che la fruizione del bene sia assicurata a tutti. Il Comune si fa garante nei confronti di tutti i cittadini sull'uso a fini generali del bene, ma assicura piena autonomia gestionale alle collettività di uso civico formate e ne sostiene in parte anche i costi, assicurando una riduzione degli oneri di utenza. In questo caso la città favorisce le collettività civiche e garantisce il loro corretto uso nei confronti di terzi. La soluzione ideata, passando per l'elaborazione di una categoria giuridica sconosciuta al diritto formale, non deve essere assimilata a quella della concessione: costituisce, viceversa, un'originale e diversa soluzione di diritto informale innovativo che ha alla base, comunque, una delibera del Consiglio comunale» (GIGLIONI 2018, 42).

[30] GIAMPINO 2018, 51.

[31] LAZZARINI 2009, 643-658.

[32] ZUKIN 1995, 259: «public spaces are the primary site of public culture; they are a window into the city's soul. As a sight, moreover, public spaces are an important means of framing a vision of social life in the city, a vision both for those who live there, and interact in urban public spaces every day, and for the tourists, commuters, and wealthy folks who are free to flee the city's needy embrace. Public spaces are important because they are places

Volgendo lo sguardo al passato, l'esperienza dell'Estate Romana – promossa nella capitale dalla giunta Argan e dall'assessore alla cultura Renato Nicolini nel periodo compreso tra il 1976 e 1985 – offre al tempo presente interessanti suggestioni per la ridefinizione di politiche pubbliche attente alla funzione strategica degli eventi per la definizione di nuovi spazi pubblici. Anni di piombo, in una città smarrita caratterizzata da un'accesa conflittualità politica e sociale che non concedeva uno stile di vita comunitario, proponendo un programma di spettacoli all'aperto, maratone cinematografiche, concerti, *performance* d'avanguardia in luoghi simbolici della città che Nicolini definì con l'*effimero*[33] – il progetto culturale temporaneo –, una nuova modalità operativa attraverso cui rispondere alle istanze sociali, prima tra tutte la domanda di sicurezza. Dalla testimonianza dello stesso Nicolini:

> «lo spettacolo, offerto quasi al suo "grado zero" [...] era assolutamente secondario rispetto al pubblico. Erano le diverse motivazioni del pubblico, insieme segno del successo e ragione dell'immediato equivoco, che finivano per dare spettacolo. Perché le "offerte" potevano essere lette secondo codici diversi; che, mentre mantenevano l'unicità e dunque l'egualitarismo "politico" [...] della proposta, consentivano letture differenziate, adatte alla società degli "individui sovrani" [...]. Su tutto l'insieme, un clima da "arte povera" che però, curiosamente, sembrava fosse in festa perché aveva deciso di non essere tale. Così la "folla" delle diverse serate dell'Estate Romana non aveva la compattezza sgradevole delle manifestazioni di massa. Non sembrava, per tornare alla questione dello Stato, l'espressione di un Principe [...]. Mai come allora ho avuto la sensazione di fare il lavoro "politico" che dovrebbe fare un assessore [...]. Il lavoro di un "politico", soprattutto di un politico eletto come rappresentante, è produttivo se è in sintonia con una domanda sociale esterna alla logica degli apparati»[34].

Centrali al programma politico culturale non erano tanto le manifestazioni temporanee ma i cittadini – soggetto delle politiche culturali e non oggetto dell'operare progettuale – che tornavano ad abitare l'urbano secondo logiche che ponevano in scena il valore d'uso dell'esistente e i corpi nello spazio: nel ripopolamento culturale straordinario della città il progetto effimero divenne pretesto per l'elaborazione di nuove modalità interpretative mostrando, a partire dal tempo della festa, possibili attitudini gestionali organizzative nella composizione delle differenze e nella soluzione dei conflitti sullo spazio pubblico. La costruzione di nuove visioni spaziali non fu peraltro frutto di una progettazione definita a monte ma l'esito di un pensiero graduale che concepiva il cambiamento a partire dall'esperienza concreta, lasciando che gli accadimenti temporanei potessero mediare tra spazio e abitare, convertire e produrre nuove memorie[35]. È interessante riportare alcuni interrogativi che l'assessore poneva a sé stesso nell'indagare il ruolo istitu-

where strangers mingle freely. But they are also important because they continually negotiate the boundaries and markers of human society. As both site and sight, meeting place and social staging ground, public spaces enable us to conceptualize and represent the city – to make an ideology of its receptivity to strangers, tolerance of difference, and opportunities to enter a fully socialized life, both civic and commercial».

[33] Si suggerisce la visione dell'intervista realizzata del 2012 all'ex assessore alla cultura di Roma Renato Nicolini, (disponibile all'indirizzo YouTube: https://www.youtube.com/watch?v=sEard3ZD6PM) nella quale, sollecitato a chiarire il senso dell'effimero, afferma: «non si tratta di un avvenimento provvisorio. Gli avvenimenti inevitabilmente vengono cancellati dal cambiare delle cose. L'avvenimento effimero è quello che lascia dei segni nella nostra memoria, nelle nostre emozioni, nelle nostre passioni. In qualche modo bisogna accettare il fatto che la nostra vita sia effimera e che le cose cambino, per riuscire a mantenerne il senso».

[34] NICOLINI 2011, 113 s.

[35] RAIMO 2020: «in un'intervista meravigliosa quando parla di pubblico parla di capacitazione del pubblico, dell'orgoglio di un pubblico protagonista, non di una dittatura del commerciale [...]. La sua idea non era di mischiare come se fosse un minestrone l'alto e il basso, ma di accrescere la consapevolezza in qualunque esperienza estetica. Oggi di quella idea di contaminazione di alto e basso, non è rimasta consapevolezza e non è rimasto l'alto. Abbiamo solo uno sterminato basso per le masse, e un alto a pagamento spesso inaccessibile». Al seguente indirizzo YouTube è disponibile uno stralcio dell'intervista in oggetto: https://www.youtube.com/watch?v=d3_q-r6JrTg.

zionale di un rappresentante del governo locale:

> «come è possibile, entro quali limiti è legittimo che un'istituzione pubblica, di natura politica, come è il Comune, "faccia cultura", promuova ed organizzi spettacoli? Non è forse lo Stato, secondo Nietzsche, "il più freddo dei mostri"? E non è forse il Comune, anche adesso che, con la nuova legge sulle autonomie comunali, dovrebbe trovare in sé stesso, nel proprio statuto, i fondamenti del proprio diritto, una parte dello Stato? Come evitare che il Comune si faccia fautore di una falsa, propagandistica, "pacificazione" in nome di un presunto "interesse generale"? Che assuma dunque come valori la mediocrità del compromesso politico? O peggio, risolva autoritativamente i dissensi, reprima sul nascere, nel nome della collettività, i conflitti? Quante domande!»[36].

Sostenendo, in risposta:

> «il merito maggiore dell'Estate Romana è stato quello di avere sì preso posizione, non mi pare si possa parlare di una sua neutralità, anzi. Se qualcosa ha effettivamente colpito il terrorismo delle Br nel suo punto debole, (...) è stata più l'Estate Roma che non la legislazione dell'emergenza ma insieme rifiutandosi a quella che chiamerei la spettacolarizzazione del terrorismo. C'è stato davvero (...) un "grande spettacolo", una sorta di "messa in scena politica", di un dramma che oltrepassava quella logica e quei confini»[37].

È il caso di rilevare due limiti che hanno impedito all'esperienza della giunta capitolina di consolidarsi sul panorama delle politiche culturali, ricordando che nei decenni successivi la visione culturale urbana pur recuperando i lasciti romani ha vissuto «fasi alterne di slancio e atrofia, troppo spesso diluendosi in faccende di economia e mercato fuorvianti, sovrapponendo pretesti coesivi e partecipativi non sempre tradotti in risultati all'altezza degli intenti»[38].

Il primo limite che ha frenato l'evolversi della stagione dell'*effimero* con il suo portato di senso è da ricondurre ad un fattore esterno all'esperienza in sé considerata, ravvisabile nella natura *culturale* dell'evento pubblico alla quale si accede solo entrando nella dimensione del non conosciuto, uno stadio ben diverso dall'intrattenimento distraente organizzato, un terreno rischioso perché inaudito e in potenziale collisione con la programmazione politica: «mentre l'essenza della politica è la mediazione, la ricerca del consenso più largo possibile, l'essenza della cultura è la libera espressione del conflitto delle idee»[39].

Il secondo fu un limite interno rappresentato dalla disorganizzazione amministrativa insita nella progettualità stessa che a posteriori non consente di effettuare una vera e propria disamina storico-sociologica del fenomeno: «previsioni di spesa avventate, rendiconti lacunosi, archivi trascurati che costringono chi studia le attività dell'Amministrazione a fare affidamento più sulle fonti giornalistiche[40] che sui documenti istituzionali»[41] non permettono di far tesoro dei successi – e degli insuccessi – registrati con tale esperienza nel tentativo di apportare correzioni e miglioramenti programmatici in successione di tempo[42]. Si tratta di una problematica a valle rispetto alla quale è possibile risalire a monte, riscontrando una generale incapacità di condurre

[36] NICOLINI 2011, 113 s.
[37] NICOLINI 2011, 111-113.
[38] CANNELLA 2020.
[39] NICOLINI 2011, 27.
[40] Per un'interessante ricostruzione giornalistica di approfondimento dei nove anni dell'Estate Romana si suggerisce la visione del documentario "Meraviglioso Urbano. 1977-2007: trent'anni di Estate Romana" diretto da Rai Educational, La Storia siamo Noi (disponibile all'indirizzo YouTube: https://www.youtube.com/watch?v=IDpfzHGaaFs).
[41] CIPRIANI 1991, 19.
[42] Si rinvia alla registrazione video "Presentazione del libro di B. Maussier, *Il futuro degli eventi. Scenari creativi nella società del tempo libero*": https://www.radioradicale.it/scheda/556982.

lavori di anticipazione e previsione fondati sulla misurazione dei dati, non economici – ossia di rientro degli investimenti culturali – ma di carattere sociologico e conseguenti all'attuazione di tali politiche. A riprova di quanto sostenuto si segnala l'assenza di letteratura che affronti analiticamente la materia degli eventi da prospettive attente a monitorare i risultati sociali derivanti dall'esplicazione delle politiche culturali di governo dello spazio pubblico e conseguentemente la carenza di prospettive scientifiche – frutto di un metodo basato sull'osservazione/elaborazione/restituzione – dalle quali rappresentare scenari per l'evoluzione dell'azione pubblica e configurare la politica culturale come offerta di un differente modo di vivere lo spazio.

Tuttavia, a differenza del passato, la dimensione urbana è divenuta un centro istituzionale di primo rilievo all'interno nel panorama giuridico, non solo il luogo di applicazione del diritto pubblico, civile ed amministrativo ma un terreno vitale in cui livelli e stratificazioni normative si incontrano: ciò offre ai giuristi l'occasione per «vedere come una città»[43] e cogliere la *chance* di comprendere gli aspetti maggiormente dinamici delle regolazioni in supporto alla politica locale nell'arduo compito di rendere lo spazio pubblico con le sue pratiche più coerente alle voci della città. Come affermato in un'intervista da Paolo della Sega:

> «diciamo che le città parlano e ci parlano, riflettono e ci riflettono. Vanno ascoltate. (...) La dinamica più creativa è quella dell'incontro, della relazione, sia nel pubblico che partecipa ad un evento, sia nella creazione dei suoi contenuti, un atto collettivo, per me, al quale è giusto partecipino diversi talenti, linguaggi, colori, mondi. Proprio per arrivare ad un "*surplus*" di conoscenza attraverso un contemporaneo *métissage* che d'altra parte è l'unica rappresentazione sociale, l'unica "cultura" oggi possibile e sincera»[44].

Affinché l'evento culturale possa contribuire a modellare uno spazio pubblico costitutivo di opinioni diverso dal luogo in cui quest'ultime si rendono banalmente pubbliche, occorre riportare al centro una visione della politica che tenga conto della non sufficienza delle procedure formali di articolazione della convivenza per dar senso alla vita civile. Sul piano amministrativo tale visione implica un ritorno alla responsabilità, al rifiuto di ogni esercizio di neutralizzazione della pluralità e comporta di considerare l'agire pubblico, nelle sue diverse articolazioni, come dimensione istituente ricca di forme sostitutive. E a questo possono essere d'ausilio le regolazioni giuridiche, i metodi partecipativi di discussione, consultazione e decisione su temi di interesse pubblico, percorsi pilota di accompagnamento e sperimentazione alle trasformazioni urbane. Sul piano culturale comporta altresì la promozione di discorsi e pratiche sul luogo che favoriscano una presa di coscienza maggiore ossia che prediligano l'argomento all'avvenimento, il dibattito allo spettacolo, la comunicazione alla drammaturgia, la funzione al *format*. L'evento pubblico – forte della capacità esplorativa intrinseca nella temporaneità che lo contraddistingue – si presenta infatti come un amplificatore del possibile, un dispositivo per innescare esperienze di *community building* e dinamiche di immaginazione degli usi comuni nello spazio[45].

[43] Nitrato Izzo 2017, 46.

[44] *Campo della cultura*, http://www.campodellacultura.it/discutere/il-ruolo-degli-eventi/.

[45] Innerarity 2008, 22: «sembra che gli unici punti di vista a cui possono appellarsi i governi siano, da un lato, i diritti degli individui e, dall'altro, le utilità collettive intese nel senso stretto dell'efficacia economica. È nell'agire comune che risiede la possibilità di rinascita di una cittadinanza politica che negli ultimi anni ha gravitato abusivamente sull'asse giuridico fino al punti di aver ristretto il politico a mera articolazione dei diritti».

Riferimenti bibliografici

ALGOSTINO A. 2021. *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in «Costituzionalismo.it». Disponibile in: https://www.costituzionalismo.it/ wp-content/uploads/1-Fasc.1-2021-Algostino.pdf?fbclid=IwAR1EF3jlRQQTFkxPhAkafttPzWK2TJgz-XHirKo5066VVyWeI733CeKo1rw (consultato il 04/10/2021).

AMENDOLA G. 2016. *Le retoriche della città, tra politica, marketing e diritti*, Edizioni Dedalo.

ARGANO L., BOLLO A., DALLA SAGA P., VIVALDA C. 2005. *Gli eventi culturali. Ideazione, progettazione, marketing, comunicazione*, Franco Angeli.

BAGNASCO A., BARBAGLI M., CAVALLI A. 1997. *Sociologia III. Organizzazione sociale, popolazione, territorio*, Il Mulino.

BARATTA A. 2001. *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in PALMA M., ANASTASIA S. (eds.), *La bilancia e la misura*, Franco Angeli, 20 ss.

BAUMAN Z. 2000. *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli.

BERGAMASCHI M., CASTRIGNANÒ M. 2014. *La città contesa*, Franco Angeli.

BIN R. 2009. *Soft law, no law*, in SOMMA A. (ed.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, 31 ss.

BUTLER J. 2017. *L'alleanza dei corpi*, Nottetempo.

CASTELLS M., BORJA J. 2002. *La città globale. Sviluppo e contraddizioni delle metropoli nel terzo millennio*, De Agostini.

CANNELLA L. 2000. *Si muove la città? Il senso della cultura pubblica (a causa di Renato Nicolini)*, in «Art a part of culture». Disponibile in: https://www.artapartofculture.net/2020/06/24/si-muove-la-citta-il-senso-della-cultura-pubblica-a-causa-di-renato-nicolini/ (consultato il 01/08/2021).

CIPRIANI R. 1991. *La bottega dell'effimero: Politiche culturali e marginalità giovanile a Roma*, Franco Angeli.

CITRONI S. 2012. *Esplorare lo spazio pubblico indagando i territori dell'evento*, in CANCELLIERI A., SCANDURRA F. (eds.), *Tracce urbane. Alla ricerca della città*, Franco Angeli, 169 ss.

CITRONI S. 2018. *Azione civica e nuove forme di partecipazione a Milano*, in «Polis» 3, 2018, 315-340.

DURKHEIM E. 2013. *Le forme elementari della vita religiosa*, Mimesis.

GIAMPINO A. 2018. *La città elusiva*, Franco Angeli.

GIGLIONI F. 2018. *La città come ordinamento giuridico*, in «IdFondline». Disponibile in: https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_1_2018/Giglioni.pdf (consultato il 08/01/2022).

GRISWORD W. 1997. *Sociologia della cultura*, il Mulino.

GUERZONI G. 2008. *Effetto festival: l'impatto economico dei festival di approfondimento culturale*, in «Strumenti». Disponibile in: https://www.festivaldellamente.it/wp-content/uploads/2015/07/ allegato-1-a-effettofestival083.pdf (consultato il 18/09/2021).

HARVEY D. 2013a. *Città ribelli: i movimenti urbani dalla Comune di Parigi a Occupy Wall Street*, Il Saggiatore.

INNERARITY D. 2008. *Il nuovo spazio pubblico*, Meltemi.

JEMOLO C.A. 2008. *Che cos'è la Costituzione*, Donzelli.

LANDRY C. 2000. *The Creative City: a toolkit for urban innovators*, Earthscan.

LAZZARINI A. 2009. *Ripensare lo spazio pubblico nella sua dimensione fisica, relazionale e politica*, in «Iride», 3, 2009, 643-658.

LEFEBVRE H. 1970. *Il diritto alla città*, Marsilio.

MAUSSIER B. 2018. *Il futuro degli eventi*, Hoepli.

MELA A. 2018. *Sociologia della città*, Carocci.

MUMFORD L. 1997. *La città nella storia. Dalla corte alla città invisibile*, Bompiani.

NICOLINI R. 2011. *Estate Romana. 1976-85: un effimero lungo nove anni*, Città del Sole.

NITRATO IZZO V. 2017. *Gli spazi giuridici della città*, Editoriale Scientifica.

PATOTA G. 2007. *Culturale*, in *Il grande dizionario Garzanti della lingua italiana*, Garzanti linguistica.

PIZZOLATO F., SCALONE A., CORVAJA F. 2019. *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Giappichelli.

RAIMO C. 2020. *Nicolini e le cose perdute di Roma*, in «Romareport». Disponibile in: https://romareport.it/2020/10/22/nicolini-e-le-cose-perdute-di-roma/ (consultato il 30/12/2021).

RUOTOLO M. 2009. *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in «Associazione dei costituzionalisti». Disponibile in: http://www.asssociazionedeicostituzionalisti.it (consultato il 05/05/2021).

SASSEN S. 2008. *Territorio, autorità, diritti: assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Bruno Mondadori.

SASSEN S. 2015. *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, il Mulino.

SEMI G. 2015. *Gentrification. Tutte le città come Disneyland?*, il Mulino.

ZUKIN S. 1995. *The cultures of cities*, Blackwell.

CITTÀ, DIRITTI E PRATICHE DI MUTUALISMO

RIFLESSIONI A PARTIRE DALLE ISTANZE COMUNITARIE AI TEMPI DELLA PANDEMIA

ALESSANDRA **SCIURBA**

&dq

Città, diritti e pratiche di mutualismo.
Riflessioni a partire dalle istanze comunitarie ai tempi della pandemia

City, Rights and Practices of Mutualism.
Reflections from Community Instances in the Times of Pandemic

ALESSANDRA SCIURBA

Ricercatrice a tempo determinato di tipo B, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo.
E-mail: alessandra.sciurba@unipa.it

ABSTRACT
Nel corso della crisi pandemica, le pratiche "comunitarie" di mutualismo hanno connotato lo spazio urbano operando in maniera sussidiaria, se non sostitutiva, rispetto alle istituzioni pubbliche. Il loro agire è stato intriso di profonda politicità nel senso in cui Hannah Arendt definiva questo concetto. A partire da una riflessione sulle vulnerabilità, prendendo a oggetto un caso studio, e dialogando con il saggio di Orsetta Giolo, *I diritti contro la città. Spazio urbano, soggettività e sfera pubblica*, edito nel 2021, di queste pratiche verranno analizzati potenzialità e limiti, insieme alla loro relazione col potere costituito nella rinnovata tensione tra diritti e territorialità, declinata oggi più che mai nello spazio della città.

During the pandemic crisis, the "community" practices of mutualism have characterized the urban space by operating in a subsidiary, if not a substitute, manner with respect to public institutions. Their actions have been political in the sense in which Hannah Arendt defined this concept. Starting from a reflection on vulnerabilities, taking a case study as the object, and dialoguing with Orsetta Giolo's essay, *The rights against the city. Urban space, subjectivity and the public sphere*, published in 2021, the potential and limits of these practices will be analyzed, along with their relationship with established power, with respect to the renewed tension between rights and territoriality, which is now more than ever declined in the space of the city.

KEYWORDS
Pratiche di mutualismo, diritti per/contro la città, Hannah Arendt, vulnerabilità

Practices of mutualism, rights for/against the city, Hannah Arendt, vulnerabilities

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Città, diritti e pratiche di mutualismo

Riflessioni a partire dalle istanze comunitarie ai tempi della pandemia

ALESSANDRA SCIURBA

1. *Introduzione* – 2. *Vulnerabilità ontologica e vulnerabilità posizionale e sociale: la pandemia come elemento rivelatore* – 3. *Chi si è preso cura? Diritti, città e società civile* – 4. *Il caso di Palermo siCura* – 5. *Conclusioni. Diritti contro la città e diritti per la città.*

1. *Introduzione*

La crisi pandemica legata alla diffusione del covid-19 ha posto le società contemporanee di fronte a problemi inediti[1], ma ha anche e soprattutto ridefinito i contorni di quelli già esistenti e strutturali, che nei due anni di emergenza sanitaria sono stati spesso portati a conseguenze estreme e hanno acquisito nuova visibilità. Sono emerse disfunzioni istituzionali, incongruenze amministrative, assenza di visione e programmazione politica, inadeguatezze normative; sono diventate più evidenti ingiustizie e discriminazioni nell'accesso ai diritti, che differenziano profondamente le risorse che differenti categorie di persone hanno solitamente a disposizione, e che possono attivare per affrontare simili crisi. Da più parti è arrivato il monito a non disperdere la lezione che questo periodo avrebbe dovuto impartirci, e a dare seguito a ciò che è parso evidente negli anni appena trascorsi: la necessità di ripensare strutturalmente un modello di società più sostenibile, in termini di priorità condivise, sistema produttivo, welfare, e di una più equa distribuzione dell'accesso alle risorse economiche, sociali, culturali.

In sottofondo, la riscoperta della vulnerabilità come condizione connaturata nel nostro essere umani: ci siamo trovati tutte e tutti vulnerabili, in una sorta di rivalutazione collettiva di quanto le teorie femministe e dell'etica della cura affermano da decenni, guardando alla vulnerabilità e all'interdipendenza come nozioni-chiave di un'ontologia relazionale da opporre all'individualismo e all'astrattezza della visione liberale dei diritti e della giustizia. Non ci sono persone invulnerabili: questa la nuova consapevolezza, cui si affianca però quella rinnovata dell'esistenza di vulnerabilità specifiche, "posizionali", che originano dalle discriminazioni e dalla loro intersezionalità.

A partire da queste riflessioni, tracciate adesso che è possibile iniziare a tirare un primo precario bilancio di quanto accaduto nella fase emergenziale della pandemia, il presente contributo vuole prendere in analisi le pratiche di mutualismo e le nuove istanze di giustizia sociale, spesso "comunitarie", che, nell'ambito dello spazio urbano, hanno fatto da contraltare alle criticità già accennate.

Dialogando con il saggio di Orsetta Giolo, *I diritti contro la città. Spazio urbano, soggettività e sfera pubblica,* edito nel 2021 per Pacini Editore, nella collettanea dal titolo *Abitare i diritti, per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, curati dalla stessa Giolo e da Maria Giulia Bernardini, di queste pratiche e di queste istanze verranno analizzati potenzialità e limiti, guardando oltre la contingenza da cui sono emerse, e analizzando la loro relazione col potere costituito a partire proprio dal presupposto che «la pandemia iniziata nel 2020 non ha interrotto [il] processo di riconfigurazione dello spazio urbano: anzi, lo ha esponenzialmente accelera-

[1] Quasi ogni branca del sapere è stata interrogata da questa inedita condizione in cui il pianeta è precipitato d'improvviso, e ovviamente anche i giuristi si sono ritrovati alle prese con questioni estremamente rilevanti, quali la «legittimità o meno delle limitazioni delle libertà costituzionali, idoneità degli strumenti normativi adottati, conflitti di competenza tra stato, regioni ed enti locali, distinzione tra stato di emergenza e stato di eccezione» (SCHIAVELLO 2020, 367), ciascuna peraltro da declinare rispetto agli ambiti specifici più disparati: dal diritto di famiglia (PERA 2020) alla libertà religiosa (MACRÌ 2020), alle tecnologie digitali (MARUCCI 2020), e via dicendo.

to, offrendo la prova ulteriore della rilevanza odierna della città nel contesto politico, sociale, economico e sanitario globale»[2].

Verrà preso ad esempio, infine, il caso dell'attivazione, nel centro storico di Palermo, di una rete informale di realtà e persone che ha dato vita a "Palermo siCura", un movimento di solidarietà che si è occupato di chi, per tante ragioni, è rimasto escluso dagli interventi istituzionali di sostegno.

A partire da questa analisi, verrà riletta la suggestione offerta da Giolo sui *diritti contro la città* come necessaria rideclinazione delle lotte per i diritti in uno spazio urbano diventato il «"nuovo centro" del potere" sostitutivo dello Stato», perché appare oggi riconfigurato come «luogo privilegiato, nonché prospettiva principale, dell'elaborazione, della progettazione e della sperimentazione delle politiche contemporanee»[3].

2. *Vulnerabilità ontologica e vulnerabilità posizionale e sociale: la pandemia come elemento rivelatore*

Come già accennato, la crisi pandemica ha portato a scoprirci vulnerabili in una maniera inedita, fino a una sorta di rivalutazione collettiva, almeno a livello retorico, di quanto le teorie critiche del diritto di matrice femminista e quelle dell'etica della cura affermano da decenni rispetto alla vulnerabilità connaturata nella condizione umana, descritta da Judith Butler come quella condizione per cui «ci troviamo ad essere politicamente costituiti dalla vulnerabilità sociale dei nostri corpi: siamo luoghi del desiderio e della vulnerabilità fisica, pubblicamente esposti e, al contempo, assertivi»[4] e, ancora, «siamo disfatti gli uni dagli altri»[5], nel senso che il nostro essere al mondo si fonda sempre su relazioni di dipendenza umana. Al contempo, è diventata evidente nella sua pregnanza anche la realtà di una seconda accezione "posizionale" di vulnerabilità, complementare alla prima – quella da declinare rispetto alle specifiche condizioni soggettive di ogni persona, considerando «i modi in cui l'ineguaglianza di potere, dipendenza, capacità o bisogno rende alcuni soggetti vulnerabili alla violenza o allo sfruttamento da parte di altri»[6] –, e contigua a quella di "vulnerabilità sociale", descritta dalle parole di Ulrich Beck come quel «concetto sommatorio che abbraccia i mezzi e le possibilità di cui gli individui, le comunità o intere popolazioni dispongono per far fronte – o meno – tanto ai pericoli ambientali quanto alle crisi finanziarie»[7].

Non esistono "invulnerabili", insomma, ma ci sono persone rese più vulnerabili di altre, cosa che la crisi pandemica ha reso manifesta sotto molti differenti aspetti.

L'impatto economico della pandemia, ad esempio, non è stato lo stesso su tutte le lavoratrici e tutti i lavoratori: chi era relegato in un'economia non normata, sommersa, non ha avuto semplicemente più accesso a nessuna possibilità di sussistenza; chi non aveva una residenza legalmente riconosciuta non ha potuto usufruire nemmeno delle misure universalistiche già previste, come il cosiddetto reddito di cittadinanza.

Anche il sostegno offerto dai servizi sociali e assistenziali pubblici ha visto una distribuzione a singhiozzo, irregolare, diseguale sui vari territori e, dove esistente, si è rivelato difficilmente accessibile proprio per chi ne aveva più bisogno, a causa della complessità della burocrazia e della mancanza di prossimità tra le amministrazioni locali e le persone.

[2] Giolo 2021.
[3] Giolo 2021, 49.
[4] Butler 2014, 54.
[5] Butler 2014, 55.
[6] Mackenzie, Rogers, Dodds 2014, 6. Lo stesso approccio alla vulnerabilità è adottato anche in Atak, Nakache, Guild, Crépeau 2018 e in Italia, tra gli altri, in Pastore 2021.
[7] Beck 2011 [2008], 27.

L'isolamento sanitario, le quarantene, i lockdown sono state esperienze molto diverse a seconda delle condizioni materiali e del tipo di abitazione cui si ha avuto accesso, della qualità delle relazioni in cui si è stati immersi. Ovunque, la violenza domestica di genere si è acuita. Per le famiglie più povere, il sovraffollamento ha reso più difficile il contenimento del virus e insostenibile la reclusione. Le persone che una casa non l'hanno sono state alloggiate nei covid hotel in condizioni spesso molto precarie, oppure abbandonate a loro stesse.

Misure apertamente discriminatorie – oltre che irragionevoli da un punto di vista economico e sanitario – come quella delle navi quarantena, sono state inoltre attivate per i soli non-cittadini, nell'ambito di una esacerbazione della retorica della sicurezza difensiva che ha avuto il suo culmine con la dichiarazione dei porti italiani come "porti insicuri"[8]. Allo stesso tempo, prassi altrettanto irragionevoli hanno reso irregolari centinaia di persone migranti, cui sono stati consegnati, allo sbarco, decreti di respingimento che hanno avuto come unica conseguenza concreta quella di lasciarle senza diritti, più vulnerabili a sfruttamenti e abusi come alla diffusione del virus.

Anche la povertà culturale e sociale ha inciso sul rischio di contagio: diversa è stata la condizione di chi ha avuto accesso alle informazioni, e ha scelto liberamente quali comportamenti adottare, da quella di chi ha messo in atto negligenze dettate dalla marginalizzazione, dalla carenza di consapevolezza, e dall'impossibilità di fare diversamente.

Allo stesso modo, a fronte della chiusura delle scuole, considerate almeno nel corso della prima fase pandemica l'istituzione più sacrificabile, la didattica a distanza, oltre ad avere reso impraticabile quell'idea di educazione per la quale il ruolo dell'educatore è quello di mediazione tra il discente e il mondo, cosa per cui occorre «conoscere in che modo utilizzare la situazione circostante, fisica e sociale, per estrarne tutti gli elementi che devono contribuire a promuovere esperienze di valore»[9], ha acuito le ineguaglianze nell'accesso al diritto all'istruzione. La dispersione scolastica è aumentata, bambini e adolescenti con poche risorse economiche e familiari sono rimasti privi di strumenti essenziali per proseguire il loro percorso di studi, e, in ogni caso, è stato dato per scontato un affiancamento da parte dei genitori – e in particolar modo delle genitrici – spesso incompatibile con la necessità contestuale di continuare a portare avanti il lavoro extradomestico che invece non si è fermato se non per brevissimi periodi e solo per alcuni tipi di impiego.

Anche lo stress e il disagio psicologico connessi alla pandemia hanno avuto riconoscimento e impatto molto diversi a seconda delle risorse e degli strumenti che le persone hanno avuto a disposizione per affrontarli.

La morte stessa, infine, pur avendo raggiunto persone di ogni età e classe sociale, ha avuto un impatto selettivo: sono decedute soprattutto le persone più povere e più sole, come gli anziani alloggiati nelle RSA, o quelle più discriminate, come nel caso delle persone nere o ispaniche negli Stati Uniti e in generale dove, come in tante parti del mondo, i lavori più umili ed essenziali, quelli definiti dalle quattro D di «*dirty, dangerous, demeaning, and demanding jobs*»[10], sono svolti da minoranze e da persone immigrate.

[8] Il decreto R.0000150 del 07 aprile 2020, recita come «per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus covid-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *place of safety* (luogo sicuro), in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana» (ovvero della zona di *Search and Rescue* sotto responsabilità del Centro italiano di Coordinamento del soccorso marittimo). Tale disposizione viene adottata, si legge, in conseguenza della necessità di «disporre misure straordinarie di prevenzione del rischio di contagio», con il fine «di contrastare il diffondersi dell'emergenza epidemiologica da covid-19». Su questo, si rinvia a SCIURBA 2020.

[9] DEWEY 1963 [1938], 26.

[10] CARENS 2013, 123.

3. *Chi si è preso cura? Diritti, città e società civile*

Nel panorama sopra descritto a grandi linee, cogliendone e agendone pienamente la complessità, molte realtà della cosiddetta società civile si sono attivate, estendendo in maniera senza precedenti le azioni che già portavano avanti, per limitare l'impatto dell'emergenza sanitaria e della conseguente emergenza socioeconomica sulle persone in posizione di maggiore vulnerabilità posizionale e sociale. Ciò è avvenuto soprattutto in scala cittadina, quasi sempre all'interno di un sistema non organizzato né normato di sussidiarietà, e spesso di vera e propria sostituzione, rispetto agli interventi pubblici declinati dalle amministrazioni locali in materia di accesso ai diritti fondamentali.

Si pensi alle decine di siti web in tutte le città costruiti dal basso per connettere in un'ottica mutualistica richieste e offerte di aiuto e assistenza, o alle migliaia di volontari in tutta Italia impegnati nella produzione e nella distribuzione di cibo o nell'offerta di presidi sanitari di strada: interventi che hanno saputo raggiungere molte delle persone rimaste escluse dalle politiche sociali pubbliche, perché ad esempio rese invisibili, a vari livelli, dalla mancanza di una residenza, di un contratto di lavoro, di documenti di soggiorno in regola. Come segnalato nel rapporto sul mutualismo ai tempi del covid-19, redatto da Fondazione Innovazione Urbana insieme ad altri enti, si è assistito alla messa in campo di «una rete poliedrica di attori, capace di offrire servizi di prossimità tra loro molto diversificati, grazie alla condivisione delle competenze e delle conoscenze tra le varie realtà interconnesse»[11].

Questo mutualismo ha spesso ripreso esplicitamente l'idea del mutuo soccorso che si ritrova agli albori dei movimenti di emancipazione sociale del XX secolo e, tenendo insieme il piano dell'intervento materiale e quello dell'elaborazione di pensiero, si è strutturato intorno a una proposta alternativa di società, delineata proprio a partire dalla contestazione di tutto ciò che la pandemia ha evidenziato come "insostenibile".

La volontà espressa da chi ha portato avanti questi interventi, mi pare riassumibile in quel rifiuto, auspicato da Michel Foucault, della «spartizione dei compiti che spesso ci viene proposta: agli individui, di indignarsi e di parlare; ai governi di agire», mentre «la volontà degli individui deve inscriversi in una realtà di cui i governi hanno voluto tenere il monopolio, un monopolio che bisogna sradicare a poco a poco, giorno dopo giorno»[12].

Si è trattato, infatti, di pratiche il più delle volte non meramente caritatevoli, inserite all'interno di una visione politica di ecologia integrale da estendere a tutti gli ambiti della vita, che pretende un cambiamento strutturale nel modo di produrre e redistribuire e risorse, e che ha generato anche un nuovo linguaggio, o risignificato parole e concetti già in uso.

Ne è un esempio quello di "comune", sempre più utilizzato per racchiudere istanze comunitarie poliedriche, e rideclinato al plurale dei "beni comuni", superando tanto l'individualismo proprietario e il modello competitivo del libero mercato, quanto le idee keynesiane su cui si basano le politiche pubbliche riformiste che si rivelano oggi più che mai inadeguate e insufficienti. Lo stesso concetto di "interdipendenza" è stato assunto per richiamare la realtà ineluttabile di una responsabilità condivisa per cui "nessuno si salva da solo", riscoprendo fino a che punto le scelte individuali o i comportamenti obbligati – di tutte e tutti senza distinzioni – hanno un impatto diretto sulla vita degli altri, al di là di ogni confine sociale o geografico, in una nuova «prospettiva cosmopolitica», direbbe ancora Beck, in cui «le persone si vedono al contempo come parte di un mondo in pericolo e come parte delle loro storie e condizioni di sopravvivenza locale»[13].

Il concetto di "cura", soprattutto, è stato da queste pratiche comunitarie e dai discorsi che hanno elaborato a partire dal loro agire, liberato dal suo confinamento meramente sanitario, e riabilitato a ricoprire quella ampia e inclusiva definizione fornita da Joan Tronto già nel 1993, quando descriveva

[11] AA.VV. 2020, 5.
[12] Foucault 2009, 236-7.
[13] Beck 2011 [2008], 42.

la cura come «una specie di attività che include tutto ciò che noi facciamo per conservare, continuare e riparare il nostro "mondo" in modo da poterci vivere nel miglior modo possibile»[14].

La teorizzazione ha riguardato quindi anche una serie di proposte dettagliate ma di ampio respiro, connettendo bisogni universali nello spazio locale. Solo per citarne a grandi linee alcune, la promozione di una medicina di prossimità e umanizzata ("medicina di comunità"), di un welfare agile e agibile ("welfare di comunità"), e del passaggio, in ambito economico-produttivo, dal sistema lineare che finisce nella produzione del rifiuto scartato, a quello circolare, secondo processi di auto-rigenerazione (produzione di comunità)[15].

Come accennato, questa innovazione di pratiche e discorsi ha avuto inevitabilmente come scenario quello della città, intesa da Orsetta Giolo, nella sua analisi della configurazione e riconfigurazione storica del rapporto tra diritto e territorio, «quale spazio in grado di tradurre a livello locale le istanze globali, travolgendo ancora una volta la declinazione territoriale di molte categorie e istituti giuridici, a partire da quelli della cittadinanza e dei diritti»[16].

Mentre i tanti studi sulla «portata inclusiva o escludente della città contemporanea»[17] hanno trovato nuova attenzione, la questione centrale del dibattito critico in tempo di pandemia si è centrata su quali diritti possano e debbano essere garantiti agli abitanti di una città, nelle condizioni di crisi eccezionali che delineano stati di emergenza, se non di eccezione, ma anche sul medio e il lungo periodo una volta superate le crisi. Al contempo, come sottolinea ancora Giolo, è sorta la necessità di avanzare nuove riflessioni sul ruolo del diritto in relazione alla città, andando oltre l'aspetto sicuritario e disciplinante del diritto penale o quello regolamentare del diritto amministrativo, e guardando invece alla «riarticolazione dei diritti nello spazio urbano, quali aspettative mosse non più contro e nello Stato, ma *contro e nella città*»[18].

Come rilevato in relazione allo specifico tema della gestione delle migrazioni in tempo di pandemia, a fronte di condizioni del tipo dato nel corso degli anni di emergenza sanitaria, si sono delineati

> «due approcci ben distinti: da un lato, sta l'adozione di misure eccezionali strettamente proporzionali e correlate alle necessità connesse all'epidemia (evitare diffusioni del virus e tutelare le persone soccorse dal contagio); dall'altro, una indebita compressione di diritti, che *devono*, se pur con modalità rapportate allo stato di emergenza sanitaria, essere garantiti. Il primo approccio è legittimo, il secondo no»[19].

La contestazione di questa legittimità, almeno fino a un certo punto, è stata agita dagli attori sociali che hanno attivato le pratiche di mutualismo in tutti gli ambiti dei diritti fondamentali, interrogando l'effettività di questi diritti per intere categorie di persone dalla cittadinanza fragile, perché non formalizzata o comunque non accompagnata da quei requisiti supplementari, come la residenza, che la rendono sostanziale. Per farlo, i promotori delle pratiche inclusive hanno dovuto inevitabilmente, per prima cosa, rioccupare lo spazio urbano; restituirlo come spazio di prossimità, resistendo alla sua «contrazione fino a poco tempo addietro impensabile, accelerata in termini esponenziali nel corso della pandemia»[20]. Ciò ha significato, innanzitutto, abbandonare la virtualità dei social network, ridotti finalmente alla loro funzione utile di diffusori di informazioni e coordinamento di azioni che poi si producevano tramite l'incontro di gruppi e individui in carne ed ossa. Rivendicando il diritto di raggiungere fisicamente le persone marginalizzate, attraversando città deserte in cui la mobilità era vietata, gli attori del mutualismo ai tempi della pandemia hanno portato spazi di partecipazione

[14] Tronto 1993 [2006], 118.
[15] Vedi, ad es. Caporale, Pirni 2020.
[16] Giolo 2021, 51.
[17] Giolo 2021, 51.
[18] Giolo 2021, 52
[19] Algostino 2020.
[20] Giolo 2021, 55

politica proprio nei luoghi maggiormente estromessi dalla vita cittadina, e hanno riconfigurato, ricostruito, e restituito, per seguire ancora il filo delle riflessioni di Giolo, la «città civile, politica, sociale» – di cui l'autrice sottolinea fortemente la crisi con il passaggio alla «città neoliberale»[21] –, recuperando almeno in parte «la mancata convergenza tra territorio e spazio giuridico»[22].

In questo senso, le pratiche descritte hanno avuto una portata fortemente politica dando a questo aggettivo il significato che Hannah Arendt ci ha insegnato, dal momento in cui non solo sono "apparse" nello spazio pubblico – peraltro quanto mai sottratto in quel momento –, attraverso un'azione e un discorso che si sono direttamente riferiti a ciò che «inter-est, che sta tra le persone e perciò può metterle in relazione e unirle»[23], ma lo hanno rinominato e risignificato.

Il regime discorsivo istituzionale, fondato sulla paura e l'insicurezza, sul monito alla solitudine necessaria, è stato da queste azioni informali e diffuse ribaltato, assumendo pienamente, e praticando nella materialità, la "cura", il "comune", l'essere insieme e, di conseguenza, la riscoperta, anche in tempi così complicati, di una "bellezza politica", assimilabile a quella che ancora Arendt chiama "felicità pubblica", e che Adriana Cavarero, ridefinendo la democrazia arendtiana in termini di "democrazia sorgiva", descrive in questo modo:

> «La felicità pubblica non è qualcosa di programmato e calcolato, bensì, appunto, "capita" quando gli esseri umani agiscono di concerto in uno spazio di apparenza condiviso. Ossia, sorprendendoli per il suo carattere di familiarità, è da loro scoperta e riscoperta ovunque e ogniqualvolta essi interagiscono "per la libertà di essere liberi", sperimentando così la costitutiva qualità nascente dell'azione»[24].

Certamente, il fatto che le pratiche in oggetto originassero dalla materialità dei bisogni primari non soddisfatti – cibo, cure mediche, accesso a sostegno economico –, rischia di creare un corto circuito con il pensiero politico di Arendt, sempre così attenta a separare la sfera delle necessità corporee, trattata dalla filosofa come una questione privata, da quella della politica pubblica ed evenemenziale[25]. Ma è senza alcun dubbio arendtiana la politicità delle azioni e del discorso che queste pratiche hanno immesso in uno spazio riconquistato.

Non a caso, come detto, questo spazio è stato in primo luogo quello della città, «odierno luogo del potere» in cui appare oggi necessario «riaffermare una sorta di "sfera dell'indecidibile" in chiave urbana», rivendicando che «una città non può privare i suoi abitanti della casa, della sanità, della scuola, dei servizi di assistenza sociale e di sussistenza – in ragione della residenza, della sicurezza, dell'emergenza e così via – trattandosi dei diritti fondamentali sanciti nelle carte costituzionali e internazionali»[26]. Al contempo, la dimensione della cura e del comune delle pratiche di mutualismo in tempo di pandemia è stata la città, perché essa è ancora e forse più che mai il luogo dove è maggiormente possibile ricostituire la prossimità necessaria alla politica intesa come relazione.

4. *Il caso di Palermo siCura*

Una delle esperienze significative, nel panorama italiano, tra le pratiche politiche urbane di mutualismo messe in atto nel corso dell'emergenza pandemica, è quella della società civile di Palermo, quinta città metropolitana d'Italia per popolazione, che negli ultimi decenni ha ribaltato la sua immagine di terra di mafia attraverso la narrazione dell'accoglienza e dell'inclusione so-

[21] GIOLO 2021, 58.
[22] GIOLO 2021, 60.
[23] ARENDT 1994 [1958], p. 133
[24] CAVARERO 2019, 72
[25] Su questo cfr. BUTLER 2011, e mi permetto di rimandare anche a SCIURBA 2015, 28 e ss.
[26] GIOLO 2021, 64.

ciale come basi di una rinascita culturale promossa a livello istituzionale dalle giunte comunali guidate a più riprese, tra il 1985 e il 2022, dal sindaco Leoluca Orlando.

Ben prima degli anni di pandemia, e in particolare nel corso del 2018 e del 2019, quando il Ministero degli Interni italiano era occupato dal leghista Matteo Salvini, capace di monopolizzare gran parte del discorso mediatico sulla sua guerra personale alla cosiddetta "immigrazione clandestina", e di creare una polarizzazione forse senza precedenti nell'opinione pubblica italiana, Palermo è stata raccontata come un «modello alternativo»[27] proprio a partire dalle pratiche di comunità che si sono sviluppate nel suo centro storico, e in particolar modo nel quartiere dell'Albergheria, dove si trova il famoso mercato tradizionale di Ballarò. Forme di interazione sincretiche tra comunità di diversa origine nazionale hanno dimostrato sul campo l'inadeguatezza di ogni idea di "integrazione" – concetto rischioso che presuppone sempre un'entità maggiore rispetto alla quale una minore dovrebbe, appunto, integrarsi –, e hanno saputo effettivamente delineare una visione di città in cui forme di «discriminazione a danno dei gruppi di persone tradizionalmente oppressi in ragione delle loro specifiche identità»[28] sono state ribaltate in battaglie inclusive capaci di parlare dei problemi di tutti e tutte, e di diritti strutturalmente universali che non esistono per nessuno, o che sono comunque costantemente a rischio per ogni persona, se sono accessibili solo in maniera selettiva.

I centri diffusi di questa comunità di pratiche sono stati e sono ancora oggi, per citarne solo alcuni, il ristorante co-working Molti volti[29], il circolo Arci Porco Rosso[30], in rete con una realtà ibrida tra società civile e istituzione come la Clinica legale Migrazioni e Diritti[31] portata avanti dall'Associazione Cledu e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo, o l'Associazione Sbaratto, nata dall'assemblea pubblica SOS Ballarò[32].

Come è accaduto in gran parte d'Italia e del mondo con realtà simili, nel periodo del primo lock down del 2020, la stessa natura di questa rete di associazioni più o meno formali le ha spinte ad attivarsi immediatamente non solo per riuscire a dare continuità al loro lavoro sociale anche in tempi di isolamento forzato, ma a innovarlo per far fronte alle conseguenze della situazione pandemica.

Molti volti è ad esempio diventato il luogo in cui decine di volontari svolgevano un indispensabile accompagnamento alla compilazione dei moduli necessari per richiedere i sussidi emergenziali, stilati da un'amministrazione che evidentemente non aveva saputo valutare, per mancanza di prossimità, quante difficoltà avrebbero incontrato le persone fragilizzate, spesso prive anche degli strumenti telematici necessari, a espletare queste pratiche burocratiche. Paradossalmente, mentre il personale del Comune di Palermo svolgeva il suo lavoro da remoto, la società civile sfidava, autorizzata, il rischio del contagio, per portare avanti questa attività come anche quella di distribuzione quotidiana, porta a porta, della spesa per le famiglie le cui condizioni di povertà erano divenute insostenibili già dopo la prima settimana di chiusura, e che per varie ragioni erano escluse dagli aiuti pubblici.

Il 27 aprile del 2020, connettendosi con le pratiche omologhe di altri quartieri di Palermo, fino a quelli dell'estrema periferia, questa rete ha dato vita all'assemblea cittadina Palermo siCura, forzatamente organizzata su piattaforma telematica, «in attesa di riconquistare i nostri spazi»[33], come ha spiegato il moderatore dell'evento nella sua relazione introduttiva. In due ore e cinquanta minuti, trasmesse da una radio comunitaria[34] nata durante il lockdown, decine di interventi hanno raccontato forme di solidarietà e sostegno attuate nelle diverse zone della città e rispetto all'esercizio di differenti diritti: da quello al cibo, per nulla scontato, come accennato, per centinaia di famiglie, a quello alla

[27] Cfr., tra i tanti articoli apparsi su giornali nazionali e internazionali su questo, FOTIA 2019.
[28] GIOLO 2021, 62.
[29] https://moltivolti.org/.
[30] https://arciporcorosso.it/.
[31] https://www.unipa.it/dipartimenti/di.gi./clinica-legale-per-i-diritti-umani/.
[32] Su questo caso particolare di pratica comunitaria, cfr. PACILE 2020, 147 ss.
[33] Intervento di Tommaso Mazara, Arci Porco rosso.
[34] www.radiocomunitaria.org.

didattica a distanza, alle cure mediche e psicologiche, alla protezione contro la violenza familiare.

Oltre la narrazione delle attività, la linea guida comune di tutte le relazioni è stata costantemente quella dell'inquadrare queste azioni in una dimensione molto differente dal mero assistenzialismo; una dimensione politica che, attraverso i gesti indispensabili di cura, ha da subito implicato la presa di parola nello spazio pubblico dell'agire, utilizzando con più o meno consapevolezza esattamente il linguaggio arendtiano sopra citato. Consapevoli di quanto questa rivendicata dimensione politica, da parte di realtà che «da sempre lontane dall'assistenzialismo, si sono ritrovate a distribuire pasti o kit sanitari», si fosse già realizzata nel riuscire a tornare sul territorio riportando con la presenza «il senso di comunità»[35] faticosamente costruito in anni di lavoro sociale e culturale, queste esperienze hanno opposto alla retorica dell'isolamento, del "restiamo a casa", per quanto indispensabile almeno in una certa fase dell'emergenza, la prossimità e la relazione, nonché «l'indisponibilità alla rinuncia di spazi di partecipazione reale ai processi decisionali che poi incidono sulle vite di ogni persona»[36], a partire da una comunità che «quando è capace di prendersi cura di se stessa e di organizzarsi, riesce a scardinare il modello di politica verticistica in cui è l'uomo solo, o la donna sola al comando che riuscirà a salvare dal disastro, opponendo anche in questo il ragionamento collettivo alla logica individualista»[37].

Allo stesso modo, l'assemblea di Palermo siCura ha rivendicato come ogni pratica, oltre all'immediato sostegno, fosse volta all'emancipazione delle persone che tale sostegno ricevevano, rileggendo anche gli interventi culturali portati avanti in quel momento come produttori di relazione e pensiero critico sul mondo, volti a fornire strumenti di «rigenerazione umana»[38], anche sul lungo termine, e a ripensare il ruolo delle istituzioni culturali esistenti.

L'assemblea ha inoltre a più riprese sottolineato quanto le criticità che si stessero attraversando nel frangente pandemico – incremento della dispersione scolastica, precarietà esistenziale legata alle forme di lavoro informale, diffusione della microcriminalità, mancanza di informazioni e risorse culturali come di prevenzione sanitaria e di sostegno alle disabilità, problemi psicologici e disagio adolescenziale, inadeguatezza delle soluzioni abitative – fossero il risultato di contraddizioni sociali già del tutto presenti e ora estremizzate.

Ogni persona che ha parlato nel corso dell'assemblea ha espresso piena cognizione di come le pratiche dell'associazionismo, del "mettere in comune", del terzo settore e del volontariato, anche parrocchiale, si fossero ritrovare a colmare ritardi e insufficienze istituzionali, impreparazione o meschinità politica. Su tutto, la consapevolezza «di aver tenuto insieme il tessuto sociale della città»[39], e di dovere andare oltre la logica dell'emergenza, guardando a un futuro post-pandemico in cui queste risorse rinnovate possano essere in grado di strutturarsi e trovare forme di incisività politica a lungo termine.

Molti dei grandi temi sociali e politici della contemporaneità – il lavoro, lo spazio pubblico e i beni comuni, le diseguaglianze e le tante forme di discriminazione, la sostenibilità ambientale, la turistificazione come elemento escludente ed espulsivo degli abitanti in condizioni di maggiore vulnerabilità, l'aumento della povertà materiale, educativa, relazionale, culturale – sono stati, nel corso dell'assemblea, declinati nel contesto urbano, nello spazio della città, luogo della loro manifestazione concreta come di ogni possibile agire immediatamente performativo.

Una simile ricchezza di azioni e di discorso, però, non è stata sufficiente a superare alcuni limiti

[35] Intervento di Lara Salomone, Associazione Handala, impegnata nel quartiere Zen di Palermo. Lo stesso intervento si concludeva in questo modo: «E quando, invece che una guerra tra poveri, riesci a innescare una dinamica per cui qualcuno a cui porti del cibo ti dice di darlo invece al vicino che sta peggio, oppure un altro che vive nella miseria ha due buste di latte e te le dà per qualcuno che potrebbe averne più bisogno, invece che andarsele a vendere, è già una piccola grande cosa».

[36] Intervento di Salvatore Cavaleri, attivista e operatore sociale.

[37] Intervento di Claudio Arestivo, Ristorante e Co-working Moltivolti.

[38] Intervento di Cristina Alga, Ecomuseo Mare memoria viva.

[39] Intervento di Fra' Mauro Billetta, parroco di Danisinni, quartiere di Palermo.

che hanno di molto ridotto le potenzialità di questa esperienza, come di altre paragonabili nel resto di Italia e anche altrove. La principale contraddizione di queste pratiche, ad esempio, è stata quella di svolgere un evidente ruolo di "ammortizzatore sociale" e di "riduzione del danno", sopperendo a delle mancanze istituzionali che, senza il loro intervento, sarebbero state ben più evidenti.

Sarebbe forse stato più opportuno, ai fini di incidere davvero su un sistema ritenuto strutturalmente ingiusto e poco sostenibile, sfilarsi dal ruolo di contenimento delle contraddizioni emerse, e portarle piuttosto con più forza all'attenzione delle istituzioni e dell'opinione pubblica, anche a costo di lasciare esplodere i conflitti sociali che la gestione inadeguata della crisi pandemica è stata sull'orlo di provocare?

Certamente, l'attenuazione della privazione e della sofferenza grazie agli interventi di prossimità e sostegno messi in campo in quegli anni, oltre ad essere stata giusta e necessaria in sé, ha fatto sì che molte persone non si rivolgessero a ben altre reti, come quelle criminali, pronte ad approfittare delle situazioni di maggiore disagio. È certo però che le azioni di supporto portate avanti non sono riuscite davvero e coerentemente a rilanciarsi oltre la fase dell'intervento emergenziale, concretizzando l'ampiezza della loro visione politica e sociale, per muovere in maniera più strutturata verso il cambiamento *ab origine* dei fattori che avevano reso alcuni gruppi e alcuni individui più vulnerabili di altri.

Attivisti ed enti coinvolti nella rete informale del sostegno, inoltre, hanno dovuto invece ritrovarsi a svolgere ruoli del tutto impropri, in una sovra responsabilizzazione che li ha visti costretti a operare senza criteri e strumenti condivisi, anche a fronte di risorse pubbliche messe a disposizione, stilando ad esempio liste di coloro che più di altri avevano bisogno di accedere alla distribuzione di cibo, e diventando, per le persone marginalizzate, dai compagni e le compagne di strada che fino al giorno prima erano stati nel promuovere percorsi di consapevolezza ed emancipazione, dei meri interlocutori cui chiedere bene materiali.

Tutto questo, senza che l'associazionismo di base abbia avuto alcuna possibilità effettiva di partecipare ai processi decisionali che a livello amministrativo hanno gestito l'emergenza, rispetto alla quale i volontari sono stati a tratti usati all'occorrenza da istituzioni che non avevano strumenti e competenze adeguate ad affrontare situazioni di particolare complessità.

Ne è stato un caso emblematico l'impegno degli operatori e delle operatrici del circolo Arci Porco rosso, chiamati dal Comune di Palermo a fare da mediatori informali presso il più grande dormitorio della città, che ospita quasi solamente persone non italiane, dove è scoppiato uno dei primi focolai di diffusione del virus, senza che il loro lavoro venisse poi in alcun modo riconosciuto nel momento in cui si è dovuto stabilire come gestire l'emergenza in un luogo in cui l'isolamento sanitario era semplicemente infattibile, e che è stato poi d'improvviso dichiarato come zona rossa da cui per settimane è stato impossibile uscire o fare entrare qualcuno dall'esterno.

Questa mancanza di riconoscimento politico, nonostante la retorica istituzionale a livello locale come nazionale abbia genericamente plaudito agli sforzi del cosiddetto "terzo settore" per limitare le conseguenze sociali della pandemia, ha avuto una plastica concretizzazione quando, alla fine del mese di maggio del 2020, il Comune di Palermo ha presentato un lungo documento elaborato dalla Giunta comunale come "strumento per la progettazione e programmazione degli interventi di medio-lungo periodo dopo l'emergenza Covid-19 per lo sviluppo della città", intitolandolo proprio #PalermoSiCura[40] e rivendicando come proprie molte azioni e riflessioni che le pratiche di mutualismo avevano saputo mettere a disposizione in quei primi mesi di crisi.

Come in altre parti d'Italia, l'amministrazione pubblica è quindi riuscita almeno in parte a mettere a valore, come se il sistema avesse funzionato, gli sforzi di realtà che agivano con uno scopo ben diverso da quello di coprire le inadeguatezze istituzionali. Più o meno consapevolmente, il Comune di Palermo ha adoperato una tecnica di potere che Foucault definirebbe pienamente bio-

[40] Il documento è scaricabile al seguente link: https://www.comune.palermo.it/landing/img/recoveryfund/PalermoSiCura.pdf.

politica in quanto capace di "coordinare e finalizzare" una potenza che non le appartiene, che nasce dal basso, canalizzandola, e contribuendo a spegnere il suo portato trasformativo[41].

Non ci sono state altre assemblee della rete informale Palermo siCura, né le realtà che hanno dato vita a questa rete, pur rimanendo ad oggi pienamente attive, sono ancora riuscite a strutturare un percorso a lungo termine di intervento condiviso sulla città, o ad aprire uno spazio pubblico di costante partecipazione e confronto per sviluppare le tante proposte che avevano preso forma nel corso della pandemia.

5. *Conclusioni. Diritti contro la città e diritti per la città*

Superato il picco dell'emergenza pandemica, oggi che una precaria forma di normalità è tornata a fare da contesto alla nostra vita quotidiana (anche se la nuova terribile prospettiva di una guerra globale, dopo l'invasione russa dell'Ucraina, ci ricorda ancora quanto variegati siano i fattori che ci rendono vulnerabili nel mondo contemporaneo), è possibile affermare che poche delle aspettative di cambiamento emerse negli ultimi due anni si siano trasformate in concreti elementi di trasformazione politica, culturale e sociale, e, al contempo, che il ruolo centrale agito dalla società civile, nel contesto delle città, sia stato in qualche modo riassorbito dalle dinamiche verticali e verticistiche delle istituzioni nazionali, ricacciando la città nella sua funzione di «centro di potere che attualmente rappresenta a livello urbano quanto un tempo concerneva il livello nazionale»[42].

Molte associazioni ed enti del terzo settore hanno denunciato ad esempio, già nel maggio del 2021, come per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza il governo italiano non abbia previsto procedure trasparenti e partecipative, anche solo per il suo monitoraggio[43], mentre una rinnovata centralizzazione della decisione politica metteva di nuovo tra parentesi il valore dello spazio urbano come luogo situato di prossimità e confronto dal quale affrontare i grandi temi globali a partire dall'effettiva tutela dei diritti dei suoi abitanti.

L'esperienza cittadina di Palermo siCura riflette quello che è accaduto in gran parte del Paese, dove le pratiche che hanno così profondamente contribuito a contenere le conseguenze della crisi non hanno visto consolidarsi e crescere in maniera corrispettiva il loro ambito politico di parola e azione per poter iniziare a riscrivere in maniera incisiva le priorità, orientando anche sul lungo termine il comportamento delle istituzioni e trasformando la città in un nuovo spazio dei diritti.

Se è vero che «viviamo e indaghiamo in un mondo nel quale tensioni e fratture violente e interdipendenze imprevedibili diventano normali e, nello stesso tempo, pericoli di nuovo tipo si intrecciano indissolubilmente con possibilità di nuovi inizi»[44], queste possibilità non sembrano ancora avere trovato la strada per realizzarsi.

Non è dato sapere, in questo momento, quanto sia ancora realistica la possibilità di un nuovo inizio dopo questi anni di pandemia. Certamente, questo dipenderà anche da quanto le pratiche urbane saranno capaci di innovare i loro percorsi di riaffermazione, dapprima, di quelli che Giolo definisce i «diritti contro la città», per opporsi alla «potenzialità regressiva in merito al discorso sui diritti fondamentali» che la città neoliberale ha ampiamente dimostrato; per poi, se non allo stesso tempo, declinare il generico diritto alla città in un esercizio di "diritti per la città", a partire dal diritto alla partecipazione politica e alla riappropriazione dello spazio di felicità pubblica che la pandemia ha contribuito a rendere ancora più irraggiungibile nel contesto della « "grande regressione" che ha già in buona parte travolto il diritto e la politica contemporanei»[45].

[41] Foucault 2004 [1976].
[42] Giolo 2021, 64.
[43] Vita, 2021.
[44] Beck U. 2011 [2008], 54.
[45] Giolo 2021, 65.

Riferimenti bibliografici

AA.VV. 2020. *Mutualismo al tempo del COVID-19: 3° indagine sul ruolo delle reti civiche e di mutuo aiuto nella gestione dell'emergenza: report dell'incontro realizzato nell'ambito del festival della partecipazione 2020*. Disponibile in: http://www.fondazioneinnovazioneurbana.it/images/ Osservatorio_Emergenza/DOSSIER_MUTUALISMO_3_PARTE.pdf (consultato il 21/11/2020).

ALGOSTINO A. 2020. *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in «Questione Giustizia», 1. Disponibile in: https://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-di-emergenza-sanitaria-e-la-chiusura-dei-porti-sommersi-e-salvati_21-04-2020.php (consultato il 21/11/2020).

ARENDT H. 1994. *Vita Activa. La condizione umana*, Bompiani (1958).

ATAK I., NAKACHE D., GUILD E., CRÉPEAU F. 2018. *'Migrants in Vulnerable Situations' and the Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 273/2018.

BECK U. 2011. *Disuguaglianza senza confini*, Laterza (2008).

BUTLER J. 2011. *Body in alliance and the Politics of the Street*, disponibile in: https://scalar.usc.edu/works/bodies/Judith%20Butler:%20Bodies%20in%20Alliance%20and%20the%20Politics%20of%20the%20Street%20%7c%20eipcp.net_thumb.pdf.

BUTLER J. 2014. *Fuori da sé. Sui limiti dell'autonomia sessuale*, in Butler J. *Fare e disfare il genere*, Mimesis (2004).

CAPORALE C., PIRNI A. (eds.) 2020. *Pandemia e resilienza. Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid-19*, CNR Edizioni.

CARENS J. 2013. *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press.

CAVARERO A. 2019. *Democrazia sorgiva. Note sul pensiero di Hannah Arendt*, Raffaello Cortina Editore.

DEWEY J. 1963. *Esperienza e educazione*, La Nuova Italia (1938).

FOTIA C. 2019. *Palermo, capitale dell'accoglienza: la grande lezione della Sicilia a tutta l'Italia*, in «L'Espresso», edizione settimanale del 2 gennaio.

FOUCAULT M. 2009. *La strategia dell'accerchiamento. Conversazioni e interventi 1975-1984*, duepunti edizioni.

FOUCAULT M. 2004. *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1*, Feltrinelli (1976).

GIOLO O. 2021. *I diritti contro la città. Spazio urbano, soggettività e sfera pubblica,* in BERNARDINI, M.G., GIOLO O. (eds.) *Abitare i diritti, per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, Pacini, 49 ss.

MACKENZIE C., ROGERS W., DODDS S. 2014. *Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?*', in MACKENZIE C., ROGERS W., DODDS S. (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminists Philosophy*, Oxford University Press.

MACRÌ G. 2020. *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di* socialità, in «Stato, chiese e pluralismo confessionale», 2, 2020, 65 ss.

MARUCCI M. 2020. *Tecnologie digitali e controllo sociale ai tempi del Covid-19*, in «*Menabò di Etica ed Economia*» 124, 2020. Disponibile in: http://oa.inapp.org/xmlui/handle/123456789/672 (consultato il 30/10/2020).

PECILE V. 2021. *La tutela degli interessi dei poveri nella città tardo-capitalista*, in BERNARDINI, M.G., GIOLO O. (eds.) *Abitare i diritti, per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani*, Pacini, 143 ss.

PASTORE B. 2021. *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giapichelli.

PERA A. 2020. *Stato di emergenza, libertà fondamentali e diritto alla bi-genitorialità nelle famiglie in crisi ai tempi del covid-19*, in «The cardozo electronic law bulletin» 26, 1, 2020, 1 ss.

SCIURBA A. 2020. E*mergenza sanitaria, (in)sicurezza e interventi normativi in materia di immigrazione in Italia*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», VIII, 15, 395 ss.

SCIURBA A. 2015. *La cura servile, la cura che serve*, Pacini Editore.

SCHIAVELLO A. 2020. *"La grida canta chiaro" … o forse no. Qualche osservazione a partire da un esercizio di interpretazione giuridica*, in «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto»,14, 2020, 367 ss.

TRONTO J.C. 1993. *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della Cura,* Diabasis (2006).

VITA 2021. *PNRR: poco coinvolgimento del terzo settore e scarsa trasparenza*, articolo del 4 maggio. Consultabile in: http://www.vita.it/it/article/2021/05/04/pnrr-poco-coinvolgimento-delle-associazioni-e-scarsa-trasparenza/159236/ (consultato il 05/05/2021).

RECENSIONI

UNA DEFENSA ANALÍTICA Y LIBERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

F. JAVIER **ANSUÁTEGUI ROIG**

&dq

Una defensa analítica y liberal de la libertad de expresión
(a proposito di Anna Pintore, *Tra parole d'odio e odio per le parole. Metamorfosi della censura*)

An Analytic and Liberal Defense of Freedom of Expression

F. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Professore ordinario, Università Carlos III, Madrid.
E-mail: fcojavier.ansuategui@uc3m.es

ABSTRACT
A partir de una aproximación analítica a la noción de censura, Anna Pintore desarrolla un análisis crítico de las nuevas formas de censura, que permiten hablar de una "metamorfosis" de la censura. En su contraste con los planteamientos liberales, estas nuevas formas de limitación de la libertad de expresión permiten hablar de una banalización de la censura, a partir de la cual pierde su excepcionalidad. Todo ello nos sitúa ante el desafío de elaborar una teoría sobre los límites legítimos de la libertad de expresión.

From an analytical approach to the notion of censorship, Anna Pintore develops a critical analysis of the new forms of censorship, which allow us to speak of a "metamorphosis" of censorship. In contrast to liberal approaches, these new ways of limiting freedom of expression allow us to speak of a trivialization of censorship, losing its exceptional nature. All this places us before the challenge of elaborating a theory on the legitimate limits of freedom of expression.

KEYWORDS
Libertad de expresión, lenguaje del odio, pornografía, censura, cultura de la cancelación, liberalismo

Freedom of expression, hate speech, pornography, censorship, cancel culture, liberalism

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Una defensa analítica y liberal de la libertad de expresión

(a proposito di Anna Pintore, *Tra parole d'odio e odio per le parole. Metamorfosi della censura*)

F. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Podríamos considerar que la libertad de expresión es una libertad sensible, al menos por tres razones. En primer lugar, por su posición en el sistema democrático. Así, por una parte, se ha señalado su carácter de precondición de otros derechos y libertades definidoras del modelo, las de participación; a lo que hay que añadir su condición de posibilidad de la crítica y escrutinio al que se somete al poder en democracia. En segundo lugar, por su íntima vinculación con la esfera individual. En efecto, a través del ejercicio de esta libertad, el individuo expone su concepción del mundo, sus creencias e ideas, intenta influir en la comunidad. En este sentido la vinculación entre libertad de expresión y dimensión social y política del sujeto es directa. La efectividad de la dimensión comunicacional que caracteriza la vida humana exige condiciones de libertad. A través del ejercicio de esta libertad el sujeto traslada sus preferencias individuales en los más variados ámbitos de la existencia, participa en la cosa pública, en los procesos a través de los cuales se adoptan las decisiones colectivas. En tercer lugar, la sensibilidad de la libertad de expresión radica en que la historia nos demuestra que es objeto de críticas y amenazas. Estas objeciones a la libertad de expresión, que varían a lo largo del tiempo, tienen dimensiones teóricas y prácticas. A partir de la vinculación conceptual y práctica entre libertad de expresión y democracia, el carácter incómodo de la libertad de expresión se manifiesta en el hecho de que es uno de los primeros objetivos para los enemigos de la democracia. En definitiva, una libertad sensible e incómoda.

Junto a lo anterior, la libertad de expresión, las teorías al respecto y las condiciones de ejercicio, presentan un evidente carácter contextual. Seguramente este no es un dato exclusivo de esta libertad. Es un rasgo compartido con otros derechos y libertades, lo cual no impide constatar que se manifiesta de forma especialmente clara en el caso de la libertad de expresión. En efecto, la naturaleza contextual de esta libertad se pone de relieve a partir de la estrecha dependencia con respecto a las condiciones técnicas del medio a través del cual se manifiesta, especificándose públicamente, el contenido del pensamiento: de la imprenta a las redes sociales. Pero, además, esa naturaleza contextual se percibe cuando constatamos el reflejo de las circunstancias sociales tanto en las fundamentaciones de la libertad de expresión como en las justificaciones de sus limitaciones y de sus impedimentos.

La relevancia del contexto social, político y jurídico en el que en la actualidad se ejerce la libertad de expresión en los sistemas democráticos debe ser tenida en cuenta para entender el libro de Anna Pintore. Conviene subrayar desde el principio una circunstancia preocupante. En efecto, los problemas y cuestiones que afectan a la libertad de expresión, alguno de los cuales constituye el punto de atención de la autora, no se localizan exclusivamente en modelos iliberales o antidemocráticos. Por el contrario, el escenario que se toma como referencia es el de los sistemas democráticos (al menos teóricamente); es decir, los sistemas en los que por fortuna nos desenvolvemos y en los que las libertades han desarrollado sus potencialidades. El análisis de algunas circunstancias que afectan al ejercicio y a la fundamentación de la libertad de expresión en los modelos que se presentan como democráticos es lo que permite a Anna Pintore afirmar que estamos frente a una metamorfosis de la censura; metamorfosis que es el resultado de esa dimensión contextual a la que se ha hecho referencia.

* Reseña de Anna Pintore, *Tra parole d'odio e odio per le parole. Metamorfosi della censura*, Mucchi Editore, Modena, 2021.

El libro de Anna Pintore propone un análisis crítico de lo que la autora considera nuevas formas de censura. Asumir la censura como punto de referencia es interesante desde el momento en que entronca con una tradición de pensamiento en la que las fundamentaciones de la libertad de pensamiento y de expresión se han presentado como reacciones frente a situaciones de desconocimiento, o de limitación explícita, de la misma. O, en términos más amplios, de dificultad. La propuesta de Anna Pintore se caracteriza, al menos, por dos rasgos: su naturaleza analítica y su tenor liberal. En efecto, como vamos a observar, en el libro se transita desde un enfoque analítico a los argumentos liberales. En este punto, cabe subrayar que la perspectiva analítica que se asume en el libro logra evitar los problemas que se producen al centrar el discurso de manera exclusiva en el análisis del lenguaje. Esto me parece especialmente importante en un ámbito específicamente normativo (como el del Derecho y los derechos) que presenta una evidente vocación práctica. El mérito del enfoque del libro en este aspecto es que va más allá del estricto análisis del lenguaje, que aquí es asumido como un medio, como un instrumento que permite abordar en mejores condiciones un determinado problema, el que tiene que ver con la situación de la libertad de expresión en un contexto caracterizado por la proliferación de nuevas formas de censura.

El punto de partida del análisis está constituido por la definición de censura que ofrece Harold D. Lasswell en la *Encyclopaedia of The Social Sciences*, en 1930. En esa definición, se subrayan las razones (políticas, morales o religiosas), su carácter consciente o voluntario, la no necesidad de un apoyo mayoritario en términos sociales, su origen en decisiones adoptadas por sujetos públicos o privados, la amplitud de las prácticas censuradas, su carácter preventivo o punitivo, o las distintas estrategias empleadas. Para Anna Pintore la definición ofrecida por Lasswell es una síntesis de la concepción liberal clásica de la censura en la que ésta es considerada la auténtica "bestia negra" y en la que, además, la censura se identifica con las interferencias no justificadas en la libertad de expresión. A partir de ahí se emprende una tarea que consiste, en primer lugar, en mostrar cómo los elementos básicos de dicha concepción se someten en la actualidad a una ampliación y neutralización dando como resultado una metamorfosis de la censura que conlleva una deslegitimación de la libertad de expresión. Posteriormente, en segundo lugar, se procede a un análisis crítico de los argumentos tendentes a prohibir determinados discursos, focalizando la atención en el lenguaje del odio[1] y en la pornografía.

El tenor analítico se manifiesta de manera directa en la identificación y disección de los elementos de la concepción clásica de la censura. Me parece que esta estrategia tiene ventajas –más allá de las señaladas anteriormente–, algunas de ellas reconocidas de forma explícita por la autora. En primer lugar, se evitan problemas de identificación que son consecuencia del carácter valorativo y persuasivo del concepto de censura. En segundo lugar, y a través de la propuesta de una redefinición, en la vía de la mejor tradición analítica de Uberto Scarpelli, se propone una mayor precisión y claridad del uso del concepto en comparación con los usos corrientes. Y, en tercer lugar, se sientan las bases que permiten identificar, de un lado, qué no es censura y, de otro, las transformaciones contemporáneas del concepto y de las prácticas censorias, a las que se dedica atención en el libro.

Pero como la autora reconoce, la claridad perseguida con la redefinición propuesta no puede ser alcanzada del todo. Y esto se muestra explícitamente en relación con alguno de los elementos a través de los cuales Anna Pintore construye el concepto de censura. En efecto, dicha construcción se articula mediante la respuesta a determinadas interrogaciones: el cómo, cuándo, qué, quién y por qué de la censura.

[1] Cuestión sobre la cual existe una cada vez mayor bibliografía. En Italia, me limito a señalar, a modo de ejemplo: SPIGNO, I., *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano, 2018; DI ROSA, A., *Hate Speech e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Mucchi editore, Modena, 2020.

Me interesa, a continuación, centrarme en los problemas de identificación del quién de la censura. Y ello, por dos razones: en primer lugar, porque es uno de los elementos de más difícil identificación; en segundo lugar, porque es, también, uno de los elementos que más transformación sufre en el contexto de las nuevas formas de censura, resultado de la metamorfosis que interesa a Anna Pintore.

En efecto, a la hora de identificar el quién de la censura, el sujeto activo, se mantiene inicialmente la tesis según la cual la censura por excelencia es la censura del Estado. Pero posiblemente lo relevante en este punto no es el carácter estatal de la institución o autoridad que emprende una práctica censora, sino el hecho de que esa institución está en una posición en la que ejerce poder, entendido éste como la posibilidad efectiva de condicionar, en un sentido u otro, los comportamientos ajenos. Esta consideración del poder tiene sentido desde el momento en que lo relevante es la tensión entre la libertad de expresión y el poder, se manifieste o no éste en términos de Estado. La función histórica y política de la libertad de expresión, en su vertiente de libertad de crítica, ha sido la de someter a escrutinio al poder, no tanto al Estado en sí. Me parece que la identificación del sujeto activo con el Estado es una patente manifestación de que el planteamiento de Anna Pintore es reflejo del punto de vista liberal de acuerdo con el cual el "enemigo" tradicional de la libertad se ha identificado con el poder del Estado. De la misma manera que también es liberal la concepción de la libertad de expresión como libertad de interferencias coercitivas, como libertad negativa. Esto me parece importante desde el momento en que estamos frente a una concepción restringida de la libertad. En efecto, parece complicado establecer distinciones tajantes entre las dimensiones de autonomía y las dimensiones prestacionales o asistenciales (reconocedoras de algún tipo de actuación de los poderes públicos) en la práctica de los derechos. Más adecuado parecería reconocer que la efectividad de los derechos implica tener en cuenta la concurrencia de ambos tipos de dimensiones. Más allá del explícito reconocimiento –con el que en ocasiones nos encontramos– de vertientes prestacionales en derechos y libertades tradicionalmente vinculados a la idea de autonomía o no interferencia. Pienso, por ejemplo, en el artículo 20.3 de la Constitución Española de 1978: "La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España". La cuestión sobre la que puede ser interesante reflexionar, y que me limito a apuntar en este momento, sería la siguiente: en el caso de que se pudieran identificar en la libertad de expresión dimensiones positivas, y no solo negativas, ¿cabría mantener la misma concepción sobre la censura y sobre sus efectos limitativos?; ¿la censura solo tiene sentido en relación con la libertad de expresión entendida al modo clásico liberal, como libertad de no interferencia?

La identificación del poder que actúa como sujeto activo de la censura es especialmente importante en un contexto como el actual, en el que las plataformas y redes sociales adquieren progresivo protagonismo. Es una cuestión importante y además compleja ya que lo que presenciamos en muchas ocasiones es una cierta "difuminación" de los contornos del poder ejercido, que no implica necesariamente discriminación o relajación de la presión que ejerce sobre el individuo, sino que más bien afecta a la identificación del sujeto activo, disminuyendo, eso sí, las posibilidades de exigencia de responsabilidad.

El hecho de que se subraye aquí esta circunstancia no implica afirmar que Anna Pintore no sea consciente de ella. En efecto, en el libro se habla de la dificultad de identificar a los censores en un contexto en el que los poderes de facto están constituidos por las plataformas digitales y sus gestores. En este sentido se habla de casos *borderline* o de zonas de penumbra y no solo se está haciendo referencia a casos en relación con los cuales surgen dudas en torno a su inclusión en la categoría censura, sino también a casos en los que es complicado identificar quién censura.

Por eso tiene todo el sentido hablar, como se hace en el libro, de censura privatizada, censura vicaria o censura colateral.

Como acabo de señalar, la identificación de los elementos de la concepción liberal clásica de la censura, que es la asumida por Anna Pintore, permite abordar con claridad la metamorfosis de la censura. En este sentido se señalan propuestas, de paternidad difícilmente identificable (Anna Pintore señala como referencias a Foucault y a Bourdieu), que conducen a una concepción expansiva de la censura. Para Anna Pintore estas propuestas son criticables desde el momento en que suponen una caricaturización del concepto liberal de individuo, presentándolo en términos de inmunidad frente a las influencias sociales; una reformulación (que implica una disminución de su claridad) de distinciones importantes (invitando a pensar en la ubicuidad de la censura, en su difuminación) y, en definitiva, una reformulación de la carga valorativa negativa del concepto mismo de censura. Es decir, y de acuerdo con Matthew Bunn, frente a la concepción clásica, que presenta la censura como exterior, coercitiva, represiva, el nuevo discurso sobre la censura la entiende como productiva, estructural y necesaria. Anna Pintore presenta este paralelismo en términos de contradicción.

Pues bien, más allá de que me parece que no hay contradicción necesaria entre el carácter coercitivo (de acuerdo con la concepción liberal) y la naturaleza instrumental (que forma parte de la nueva caracterización), lo importante es destacar que los argumentos de Anna Pintore se pueden resumir en la denuncia de una banalización y difuminación de la censura: si hay censura en todas partes, si es constitutiva de nuestro modo de pensar y comunicarnos, si tienden a desaparecer las diferencias entre lo que es censura y lo que no es censura, el resultado es que hablar de censura pierde sentido. En efecto, estamos frente a una presentación de la censura que se caracteriza por su inadecuación tanto teórica como práctica y por la pérdida de gran parte de su connotación negativa. Las nuevas teorías se refieren a una forma de censura respecto a la que es más difícil luchar, como consecuencia de su difuminación y, también, de los problemas de identificación del poder censor.

En realidad, cabe plantearse si esta banalización y difuminación es un objetivo pretendido directamente por los nuevos planteamientos. Si tienden a desaparecer los perfiles diferenciadores de la censura y de la libertad de expresión esa banalización se puede presentar como un objetivo perseguido. Ya no se podría presentar solo como un mero resultado, que justifica la crítica respecto a las nuevas teorías. Pero, en todo caso, la consecuencia es que estamos frente a una posible invitación a dejar de hablar de censura. O, por lo menos, a considerarla con más condescendencia; condescendencia que es el resultado de una soterrada neutralización del juicio moral que merecen las prácticas sensorias. Con las consecuencias teóricas y prácticas, fácilmente imaginables, que de ello se derivan. Por cierto, de la vinculación entre esa neutralización del juicio moral y la condescendencia con la que se abordan las prácticas censoras surge la posibilidad de identificar una determinada argumentación que no sería sino un caso de falacia naturalista. En efecto parece que el argumento al que nos enfrentamos es aquel que señalaría que como la censura existe en todos los sitios y no se puede luchar contra ella dada su naturaleza estructural y soterrada, entonces deja de ser tan nociva como piensan los clásicos liberales. Si el argumento es este, estamos frente a una derivación de consecuencias normativas a partir de un dato de hecho.

En lo que puede considerarse como la segunda parte del libro, Anna Pintore identifica dos discursos que se proponen como ejemplos de las nuevas formas de censura: los que tienen que ver con el discurso del odio y la pornografía. Estos son los escenarios en los que, en opinión de la autora, la libertad de expresión es sometida a límites de manera más explícita con el argumento de la vulneración de la igualdad y de la dignidad que en ellos se produce. Estaríamos frente a argumentos que se presentan como insidiosos.

Así, por una parte, se presenta como problemático afirmar que la libertad de expresión en determinadas ocasiones implica una ofensa a la igualdad, siendo fuente de discriminación, bien

porque supone afirmar la inferioridad de una categoría de individuos, bien porque determinados discursos desencadenan reacciones psicológicas capaces de difundir elementos culturales discriminatorios, o bien porque esos discursos son, al fin y al cabo, manifestación verbal de los componentes discriminatorios de una determinada cultura. Para Anna Pintore, en estos casos, se considera que la palabra discrimina. Pero ello implicaría, por una parte, una confusión entre el plano del lenguaje y el plano de la realidad, al asumir la capacidad de ciertas palabras de imprimir directamente efectos en el mundo real. Para que el lenguaje tenga efectos reales se necesita que la dimensión discriminatoria, en este caso, se incluya, forme parte de un acto normativo producido por una autoridad competente. Por otra parte, estamos ante argumentos que en realidad están presuponiendo una situación de inferioridad, de debilidad de determinados colectivos, que es precisamente lo que se pretende negar a través de la protección de esos colectivos. Pero en este punto las medidas restrictivas en la libertad de expresión suponen desconocer la dimensión emancipatoria y crítica de su ejercicio: la metáfora del libre mercado de las ideas, si bien no puede ser asumida como completamente representativa de la realidad, sí conserva la capacidad de llamar la atención sobre el carácter depurativo, podríamos decir, del libre encuentro de las ideas. A ello cabe añadir que los argumentos restrictivos asumen la fuerza expansiva, infecciosa señala Anna Pintore, de determinados discursos. Pero ceder ante este razonamiento supondría negar la capacidad de raciocinio crítico del individuo, que le permite diferenciar críticamente determinados discursos. Carácter crítico, por otra parte, que es el que permite identificar rasgos discriminatorios en nuestras sociedades en ámbitos más profundos y difuminados, por lo tanto más complejos en su superación, en relación con los cuales las estrategias neocensoras muestran su inutilidad.

Pero junto a la afirmación según la cual hay palabras que discriminan Anna Pintore resume los argumentos neocensores en otra afirmación: hay palabras que censuran. Y por lo tanto deben ser prohibidas. Es decir, la libertad de expresión se presenta como un peligro para la misma libertad de expresión, desde el momento en que esta libertad, en manos de aquellos que sean considerados como "parásitos" de la misma, tiene efectos reales limitadores de la misma. Estamos frente a un argumento que presenta un cierto carácter paradójico, que en el libro se identifica con propuestas feministas como la de MacKinnon, según la cual la protección de la libertad de expresión de las mujeres pasa por una regulación de la libertad de expresión de otros. Así, el lenguaje del odio y la pornografía deberían someterse a un silenciamiento (silencing) para evitar los efectos psicológicos y de percepción social de las víctimas de tales discursos que se derivan de dicho lenguaje. Para Anna Pintore este argumento, entre otras cosas, supone implícitamente afirmar la ausencia de raciocinio y de capacidad crítica discriminatoria de los sujetos receptores del discurso de odio o de la pornografía; y también supone no reconocer la importancia de la transformación de la sensibilidad social, que permite identificar el carácter principal de la autodeterminación sexual de las mujeres.

Los problemas que Anna Pintore plantea en el libro, como se podrá observar por parte del lector, tienen trascendencia teórica y práctica. Y como la misma autora reconoce, van más allá de las estrictas situaciones identificables con el lenguaje del odio y la pornografía. Por eso, en la parte final del libro, tiene todo el sentido la referencia a la cultura de la cancelación, a la reivindicación de lo políticamente correcto en la participación en la deliberación colectiva. El cuadro que se presenta, y me parece que la descripción es bastante realista, es el de un escenario en el que asistimos a la imposición de una neolengua cuidadosa de no herir sensibilidades (o, mejor, algunas sensibilidades). En definitiva, un escenario en el que la esfera pública se presenta como una "zona de guerra" en la que hay que moverse con sumo cuidado. Como he señalado, ámbitos importantes del discurso público –del que por otra parte forma parte el discurso académico– pueden ser representados de esta manera sin distanciarse demasiado de la realidad.

La relevancia de la libertad de expresión se justifica tanto desde el punto de vista colectivo como individual. No es necesario repetir aquí los argumentos que avalan la posición de esta

libertad en la conformación de un determinado modelo político, el democrático. También, las razones de la libertad de expresión tienen que ver con una determinada percepción del individuo, de sus necesidades y pretensiones morales. La combinación de estas dos vertientes permite articular la fundamentación de esta libertad. Por eso, una de las últimas preguntas que Anna Pintore se plantea es aquella sobre las ventajas para el individuo que se derivarían de las nuevas formas de censura. Las ventajas serían pocas, desde el momento en que el discurso neocensor asume implícitamente una concepción estereotipada del individuo en la que, de manera concurrente con una sublimación de la identidad y por tanto de la adscripción a determinadas categorías, se da la espalda a las peculiaridades individuales que se encuentran sometidas a una opinión pública caracterizada por su permeabilidad frente a los contenidos del discurso del odio.

La reivindicación de Anna Pintore, y aquí se vuelve a mostrar el carácter liberal de su propuesta a través de una recuperación de alguno de los motivos clásicos de la libertad de expresión, es la de una libertad que se asegure no, paradójicamente, a través de estrategias neocensoras, sino a través de la fuerza de los argumentos en los que apoyamos las posiciones que exponemos en la arena pública. Esta estrategia es la que se prefiere frente a la imposición normativa de lo indecible; imposición que no logra esconder sus perfiles paternalistas. Va a ser la fuerza de los propios argumentos la que nos permita convivir con las posiciones que desaprobamos. Cierto es que esto contrasta hoy con un ambiente en el que proliferan los "enclaves deliberativos" a los que se ha referido Cass Sunstein, protagonizado por las plataformas y redes sociales, en el que el individuo se convierte en un receptor de mensajes y contenidos adecuados a un determinado perfil generado algorítmicamente.

En definitiva, la propuesta es la de una reivindicación de la confianza en la competencia individual; y la de una desconfianza en ese Leviatán en cuyas manos no se debe dejar la determinación de lo que puede y no puede ser dicho. Propuesta en relación con la cual, y así termina el libro, Anna Pintore no se presenta demasiado optimista. También aquí este pesimismo final permite identificar el discurso liberal que se presenta. Es en realidad el pesimismo, la desconfianza, que el liberalismo siempre ha mostrado frente al poder (del Leviatán estatal o de otros Leviatanes). Así ha abordado el liberalismo la contradicción entre la imprescindibilidad de la libertad y la necesidad de intervenciones normativas que conllevan la limitación de esa libertad. La delimitación de los espacios respectivos entre la libertad y estas intervenciones permiten situar el lugar adecuado de los límites de la libertad.

El carácter fundamental de la libertad de expresión, su dimensión moral, su posición preferente en el sistema político, no nos exime de la responsabilidad de articular una teoría sobre los límites de la misma. A no ser que se defienda la tesis de su carácter absoluto, cosa que no se hace en el libro. Lo cual no parece muy razonable ya que, entre otras cosas, a partir de ahí carecerían de sentido los conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos o bienes jurídicos, que se producen de manera ordinaria y cotidiana en los sistemas jurídicos. Me parece que una propuesta crítica con la censura y con las nuevas formas de censura, con la presentada, por Anna Pintore no se debe entender como la defensa de una libertad de expresión ilimitada. No sería la posición de una genuina, y razonable, liberal. Más bien debe entenderse como la antesala, el prólogo, de una teoría sobre los límites de la libertad de expresión que no caiga en los excesos de las nuevas formas de censura. De ahí, entre otras cosas, su utilidad.

DEMOCRACIA SIN ATAJOS

C. IGNACIO **GIUFFRÉ**

&dq

Democracia sin atajos

(a proposito di Cristina Lafont, *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa*)

Democracy without Shortcuts

C. IGNACIO GIUFFRÉ

Docente e ricercatore predottorale, Università Pompeu Fabra, e integrante del Consiglio Consultivo della sezione argentina di ICON·S.
E-mail: ignacio.giuffre@upf.edu

ABSTRACT

Estas páginas reseñan el último libro de Cristina Lafont: "Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa". La obra, una discusión sobre cuestiones centrales de la democracia y el constitucionalismo, plantea que para la protección de los derechos no hay "atajos", pues no queda más que el "largo" y "arduo" proceso de "involucrar y transformar los corazones y las mentes" de nuestros conciudadanos. En dicho marco, la reseña presenta los principales argumentos del libro, a la vez que explicita algunos méritos y consideraciones críticas.

These pages review Cristina Lafont's latest book: "Democracy without shortcuts. A participatory conception of deliberative democracy". The book, a discussion of central questions of democracy and constitutionalism, argues that there are no "shortcuts" to the protection of rights, as there is only the "long" and "arduous" process of "engaging and transforming the hearts and minds" of our fellow citizens. In this context, the review presents the main arguments of the book, as well as some of its merits and critical considerations.

KEYWORDS

Democracia deliberativa, constitucionalismo deliberativo, control judicial

Deliberative democracy, deliberative constitutionalism, judicial review

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Democracia sin atajos

(a proposito di Cristina Lafont, *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa*)

C. IGNACIO GIUFFRÉ

Cristina Lafont es una de las pensadoras más relevantes de la actualidad. Su último libro es una muestra de ello, pues constituye uno de los trabajos más provocadores de las últimas décadas en su ámbito. Los aportes que este libro ofrece en materia de razones públicas, representación, minipúblicos, sociedad, esfera pública, democracia, constitucionalismo y control judicial tienen el potencial para constituirse en un punto referencia constante.

A la difusión e impacto de las tesis de Cristina Lafont en la cultura de habla hispana, contribuye de modo especial la traducción al castellano, por la editorial Trotta, de su último libro: *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa,* 2021. Dicho libro originariamente fue publicado por Oxford University Press, con el título: *Democracy without Shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, 2020.

En este marco, un análisis sobre la reciente obra deviene necesario. Ahora bien, dada la diversidad de aportes que ella ofrece y el espacio acotado que constituye esta reseña, no podré hacer un análisis exhaustivo que haga justicia a la riqueza de todos esos aportes. Por lo tanto, luego de presentar el argumento principal, me centraré en la concepción de la revisión judicial que Cristina Lafont deriva de su concepción de la democracia.

Me parece oportuno comenzar con dos características distintivas del libro. La mayoría de las obras sobre la democracia y el constitucionalismo con frecuencia presentan dos rasgos. Por un lado, suelen estar escritas desde una perspectiva externa, es decir, a partir de la mirada de un observador ajeno. Por otro lado, suelen estar escritas desde la desconfianza a la participación social, es decir, a partir de la caracterización de la ciudadanía como ignorante, apática, irracional y amenazante para los derechos. Contra esta doble tendencia, la novedad de *Democracia sin atajos* radica en que parte de la confianza en la deliberación social como vía para articular los desacuerdos sobre derechos, a la vez que "está escrito por una ciudadana para otros ciudadanos", de modo tal que no habla "de" la ciudadanía, sino que le habla "a" la ciudadanía.

Democracia sin atajos procura despegarse de tres concepciones alternativas de la democracia. Por un lado, de una "concepción puramente epistémica", la cual espera que la ciudadanía se someta ciegamente a la experticia para resolver el problema de la ignorancia. Por otro lado, de una "concepción profundamente pluralista", la cual espera que la ciudadanía se someta ciegamente a la mayoría para resolver el problema del desacuerdo. Por último, de una "concepción lotocrática", la cual espera que la ciudadanía se someta ciegamente a un grupo aleatorio de personas para resolver el problema de la falta de calidad de la deliberación en la esfera pública.

Pese a sus diferencias, según Cristina Lafont, estas tres concepciones democráticas tienen algo en común. Sus propuestas institucionales no constituyen sino "atajos" que se limitan tan solo a evitar, antes que a resolver, los problemas y desafíos de la democracia actual. Aun cuando esas concepciones democráticas están guiadas por intenciones genuinas, omiten la deliberación democrática. Por lo tanto, estos modelos de democracia, en la medida en que se limitan a coaccionar a la sociedad para exigir obediencia, socavan el ideal de autogobierno colectivo. A criterio de la autora, si bien en todas las democracias hay delegación o deferencia por parte de la ciudadanía hacia

* Reseña de *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa*. Editorial Trotta, 2021.

las decisiones de otras personas, la incompatibilidad con el ideal del autogobierno surge cuando esa deferencia es "ciega", esto es, cuando no hay instancias de control o impugnación.

Frente a estas alternativas, *Democracia sin atajos* propone un "modelo participativo de democracia deliberativa", el cual está orientado a la formación y transformación de las opiniones para forjar la voluntad política colectiva, así como también al control de dicha voluntad política colectiva. Desde esta perspectiva, la deliberación democrática efectivamente permite a la ciudadanía participar en el proyecto de autogobierno colectivo. Para la autora, aunque la deliberación democrática es un camino "arduo", es el "idóneo" para obtener mejores y consistentes resultados políticos. En sus palabras: los derechos "solo pueden estar verdaderamente seguros" mediante el largo proceso de "involucrar y transformar los corazones y las mentes" de las personas. Bajo estas circunstancias, la legitimidad requiere que la ciudadanía "se apropie y se identifique" con las decisiones políticas que debe obedecer y que la coaccionan.

Sobre los cimientos de esta comprensión de la democracia, la filósofa española defiende una posición constitucional que denomina "constitucionalismo participativo", de la cual extrae una "interpretación participativa de la legitimidad democrática de la revisión judicial". De esta forma, Cristina Lafont no rechaza el control judicial por su déficit de pedigrí democrático, sino que defiende dicha institución a partir de una mirada participativa. Esta relectura concibe el control judicial en vínculo tanto con la igual libertad política –que por sí sola es insuficiente–, así como también con el derecho a la impugnación legal de la ciudadanía. Así pues, el derecho a la impugnación legal garantiza un igual poder comunicativo a la ciudadanía, es decir, la igual capacidad para desencadenar o iniciar la participación en el diálogo sobre cuestiones de derechos. A partir de dicha posibilidad, la sociedad puede participar en el proyecto del autogobierno colectivo. Según la metáfora de Cristina Lafont, el control judicial de constitucionalidad "permite a los ciudadanos invitar al resto de la ciudadanía a «ponerse la toga»".

De esta forma, *Democracia sin atajos* ofrece renovados argumentos que implican un paso más en la senda del denominado *constitucionalismo deliberativo o dialógico*. Esta corriente emerge a finales del siglo XX y, en términos generales, se caracteriza por tender puentes entre el constitucionalismo y la deliberación democrática. Más específicamente, sostiene que el constitucionalismo debe orientarse al servicio de la deliberación democrática, a la vez que el constitucionalismo tiene que ser el resultado de la deliberación democrática. Para esta corriente, la limitación del poder como objetivo primordial del constitucionalismo no alcanza, sino que también es necesario el empoderamiento comunicativo. De allí que esta corriente rechace las ideas en virtud de las cuales la "última palabra" sobre los asuntos constitucionales y la mejor garantía de los derechos reside en los tribunales.

Entre los argumentos que dan cuenta de la oportunidad y el mérito de *Democracia sin atajos* para la corriente deliberativa del constitucionalismo, aquí quiero destacar uno. La trama deliberativa sobre los asuntos constitucionales no debe restringirse solamente a los tribunales entre sí –"teorías del diálogo judicial"–, ni limitarse únicamente a las instituciones públicas entre sí –"teorías del diálogo institucional"–, sino que debe comprender "a" todas las autoridades públicas y la sociedad –"teorías del diálogo inclusivo"–. En tal sentido, la originalidad del planteamiento de Cristina Lafont estriba en concebir el control de constitucionalidad como una instancia para iniciar y promover procesos de justificación mutua mediante el diálogo inclusivo.

Ahora bien, considero que una de las tesis del libro no está libre de problemas, a saber: los tribunales tienen la "autoridad más alta", pero no tienen la "autoridad final" sobre los derechos, pues –por un lado– no pueden reformar ni impedir la reforma constitucional y –por otro lado– sus decisiones pueden ser revisadas por tribunales internacionales. De esta forma, Cristina Lafont parece rechazar la "autoridad final" o la "última palabra" de los tribunales sobre los asuntos constitucionales, lo cual es consistente con la concepción democrática participativa que sostiene.

Sin embargo, también parece que ella se limita a aceptar, en lugar de reprochar, que los tribunales conserven la "autoridad más alta". Pero, si se asume una concepción democrática tan

exigente, luego no basta con clamar que los tribunales no tengan la "autoridad final", sino que también es relevante dar un paso más y cuestionar la autoridad en el ínterin, es decir, la "máxima autoridad" de los tribunales. Por un lado, el hecho de que los tribunales internacionales pueden revertir las decisiones de los tribunales locales no es un argumento suficiente para justificar que estos tengan la "máxima autoridad". En efecto, a nivel internacional las objeciones a la revisión judicial se radicalizan y agravan. Por otro lado, el hecho de que los tribunales no pueden reformar ni impedir la reforma constitucional tampoco es un argumento suficiente para justificar que conserven la "máxima autoridad". En efecto, dado que los sistemas de constitucionalismo fuerte tornan difícil y poco probable la enmienda constitucional mediante procedimientos de reforma agravados y contramayoritarios, la "autoridad más alta" suele devenir en "autoridad final"; con lo cual, la revisión judicial no solo "inicia" diálogos sociales, sino que también los puede obstruir o cerrar.

Las observaciones expuestas no son formuladas como una crítica externa, sino como una crítica interna, pues parten de un acuerdo general con la teoría de la democracia y del constitucionalismo que ofrece la profesora de la Universidad de Northwestern (Chicago). En tal sentido, aunque la tesis de la máxima autoridad judicial no está exenta de tensiones, la democracia "sin atajos" de Cristina Lafont –afortunadamente– no necesita dicha tesis.

A modo de cierre, como es sabido, Cristina Lafont ha escrito innumerables trabajos que, aunque de mucho valor, han estado mayormente orientados al estudio de asuntos lejanos al constitucionalismo. *Democracia sin atajos*, en cambio, irrumpe en la actualidad como una de las reflexiones más brillantes sobre los problemas de fundamentación de los que adolece el constitucionalismo con respecto a la democracia. Dado que muchos de esos problemas todavía perduran sin respuestas satisfactorias, ojalá que la obra que hoy celebro y recomiendo sea tan solo una más entre muchas en la futura trayectoria académica de Cristina Lafont.

Finalmente, quisiera alentar la continuidad de este diálogo en el simposio que ha abierto, y que me ha honrado como editor invitado, la prestigiosa *Revista Derecho del Estado*: *La democracia constitucional y sus construcciones. Diálogo con La democracia sin atajos, de Cristina Lafont*. Dicho simposio, que ha de ser publicado en el número 55 (mayo-agosto) del año venidero, contará con dos participaciones especiales. Por un lado, contará con un trabajo final de Cristina Lafont, que responderá los aspectos centrales de cada uno de los trabajos aprobados. Por otro lado, contará con una traducción española del comentario escrito por Jürgen Habermas, que se publicó en un *special issue* sobre el libro de Cristina Lafont en el *Journal of Deliberative Democracy*; al respecto, cabe tener presente que el flamante libro de Cristina Lafont está dedicado a él, quien es otro de los teóricos ineludibles de nuestro tiempo.

“LIBERA SCELTA, LIBERA CONDIZIONE” SI TRATTA DI VERA LIBERTÀ?

GIORGIO **MANIACI**

“Libera scelta, libera condizione”. Si tratta di vera libertà?
(a proposito di Alessandra Facchi & Orsetta Giolo, *Libera scelta e libera condizione*)

“Libera scelta, libera condizione”. Is It True Liberty?

GIORGIO MANIACI

Professore associato, Università degli studi di Palermo.
E-mail: giorgio.maniaci@unipa.it

ABSTRACT
In questo articolo, concordo con alcune idee di Giolo e Facchi, ad esempio la concezione liberal-egualitaria, ma sono in disaccordo col fatto che le autrici sembrano non volere legalizzare pienamente la prostituzione e la maternità surrogata, sebbene non prendano una posizione chiara sulla prostituzione.

In this article, I agree with some ideas of Giolo and Facchi, for example the liberal-egalitarian conception, but I disagree about the fact that it seems that the authors don’t want to legalize prostitution and commercial surrogacy, even if they don’t take a clear position about prostitution.

KEYWORDS
dignità, femminismo, valore dell’autonomia individuale

dignity, feminism, autonomy value

.

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

“Libera scelta, libera condizione”
Si tratta di vera libertà?

(a proposito di Alessandra Facchi & Orsetta Giolo, *Libera scelta e libera condizione*)

GIORGIO MANIACI

1. *Introduzione* – 2. *Dignità umana* – 3. *Quali diritti indisponibili? Il caso dei diritti dei lavoratori, della prostituzione e della gestazione per altri* – 4. *Il concetto di sufficiente pressione coercitiva* – 5. *Ancora su indisponibilità dei diritti fondamentali: diritto all’integrità fisica, a non essere torturati e maltrattati*.

1. *Introduzione*

Il volume oggetto della presente nota critica è un bel libro, piacevole, scorrevole e vi sono molte idee condivisibili. Sono d'accordo su molte cose, il ruolo interventista del diritto, che attraverso l’uso di risorse pubbliche stabilisce alcune condizioni minime di eguaglianza. Il diritto in particolare cerca, il più possibile, di determinare alcune condizioni materiali, economiche, cognitive eguali per tutti. Tali condizioni rendono le persone realmente libere. Altrettanto condivisibile la concezione liberal-egualitaria, il rigetto del modello neoliberista, e, come dicevo prima, l’idea che le risorse materiali, culturali, cognitive rappresentino condizioni della libera scelta. Altrettanto importante è che le autrici non si esprimano in modo apertamente contrario all’eutanasia[1].

Il diritto che le autrici chiamano di escludere gli altri lo chiamo il diritto ad essere lasciati in pace. La tutela dell’eguaglianza e dei diritti sociali la chiamo il diritto a non essere lasciati soli. Sulla violenza contro le donne adotto una tesi simile a quella del testo, bisogna garantire un effettivo diritto di lasciare il partner violento, con cospicui finanziamenti pubblici ad associazioni come la Casa delle donne di Bologna, che offrono o dovrebbero offrire un riparo, una stanza, assistenza fisica e psicologica, un nuovo lavoro o un sussidio di disoccupazione involontaria dato dallo Stato, una residenza lontana dal partner violento. Bisogna garantire un “effettivo” diritto di lasciare il partner violento, perché statisticamente le donne in maggioranza non lasciano il partner perché temono ritorsioni. Bisogna garantire assistenza legale, ecc.

Ci sono, tuttavia, alcuni punti critici. Seguendo Pettit, le autrici individuano un concetto di libertà come non dominio, la libertà come non dominio esclude la schiavitù, ma fare in modo che le scelte non siano soggette al *controllo* altrui, alla volontà o arbitrio degli altri (questo il concetto di non dominio da loro utilizzato), è un requisito troppo generico, troppo forte. Tutti i lavoratori dipendenti sono soggetti al controllo del datore di lavoro, così come abbiamo il diritto di controllare che l’uomo delle pulizie le faccia e non giochi a *poker* durante l’orario di lavoro. Il controllo del datore di lavoro può essere diretto, tramite ispezioni, o indiretto, valutando i risultati. Chiunque firma un contratto è soggetto al controllo dell’altro contraente e una moglie gelosa può ingaggiare un investigatore privato per controllare se il marito è fedele. La signora delle pulizie agisce in base alle mie direttive, non le sue, così come sono io a decidere quali giochi il *babysitter* può fare con mio figlio. Molte mansioni dei lavoratori dipendenti che non sono regolate dalla contrattazione collettiva dipendono dalla volontà del datore di lavoro o del dirigente, del capo.

[*] Alessandra Facchi & Orsetta Giolo, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*. il Mulino, 2020.

[1] Sul tema cfr., tra i tanti, DWORKIN 1994; SINGER 2001; SUNSTEIN 1996-1997; AMATO 2015; D’AGOSTINO 2011; D’AGOSTINO 1998; MANIACI 2020.

2. *Dignità umana*

L'argomento della dignità[2], che le autrici usano in due passaggi contro l'autonomia (anche delle prostitute), sebbene non prendano una posizione netta e precisa sulla regolamentazione o proibizione della prostituzione, è molto controverso e affetto da grave indeterminatezza semantica. Tale argomento è stato usato anche dalla Corte costituzionale sulla prostituzione, nella sentenza del 2019 in cui ha rigettato la questione di legittimità costituzionale delle norme che puniscono il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione. L'argomento della dignità usato contro l'autonomia, cioè la volontà razionale, stabile nel tempo, sufficientemente libera da pressioni coercitive, basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, è paternalista e subdolo, perché essendo affetto da grave indeterminatezza semantica è un argomento da solo insufficiente, incompleto. Dignità normalmente si traduce con eguale considerazione e rispetto, ma chi, cosa e perché dobbiamo rispettare? Abbiamo bisogno di un altro argomento che lo completi e lo giustifichi.

A questo punto, abbiamo essenzialmente quattro possibilità. Primo, un argomento religioso, che ha grossi problemi di razionalità, perché non ci sono prove logicamente stringenti o empiriche sufficientemente certe né in favore né contro l'esistenza di Dio: le assunzioni metafisico-trascendenti del tipo "Dio è contrario all'eutanasia" sono del tutto arbitrarie e rappresentano interpretazioni del tutto discrezionali di testi cosiddetti "sacri" altrettanto indeterminati, così come indeterminati sono i canoni interpretativi utilizzabili (il co-testo, cioè tutta la Bibbia, la tradizione dei padri della Chiesa e l'influsso dello Spirito santo), mentre ci sono prove empiriche sufficientemente certe che l'acqua bolle a cento gradi al livello del mare. Inoltre, l'argomento religioso è inutilizzabile in uno Stato laico. Secondo, un argomento perfezionista morale, secondo cui lo Stato ha il diritto di imporre, con la forza, un ideale di virtù, di eccellenza morale, di fioritura umana, ma non si può imporre una virtù con la forza. Terzo, un argomento morale deontologico. Tuttavia, non si può imporre con la forza l'adempimento *genuino* di un obbligo morale: essere costretti ad adempiere un obbligo morale sembra assurdo, sicuramente non rappresenta un adempimento veritiero e spontaneo, e dunque l'azione posta in essere a seguito di tale imposizione non rappresenterebbe un *vero* adempimento di un obbligo morale. Quarto, un argomento utilitarista, che non è compatibile con la teoria delle due autrici e che potrebbe giustificare la lesione di diritti fondamentali degli omosessuali (divieto di matrimonio, adozione), degli *homeless* e dei migranti clandestini (che potrebbero essere costretti ai lavori forzati), qualora la lesione dei diritti di queste minoranze massimizzi l'utilità della maggioranza, compresi gli effetti di aspettativa.

3. *Quali diritti indisponibili? Il caso dei diritti dei lavoratori, della prostituzione e della gestazione per altri*

A proposito della indisponibilità dei diritti fondamentali, di cui parlano le autrici, bisogna distinguere tre sensi di indisponibilità: l'inalienabilità, l'impossibilità di rinunciare validamente alla titolarità di un diritto e l'impossibilità di rinunciare validamente di fatto all'esercizio del diritto. Molti diritti dei lavoratori, come il diritto al riposo giornaliero o compensativo, settimanale, alle ferie pagate, alla retribuzione, sono indisponibili in tutti e tre i sensi, e ciò tutela la loro autonomia, perché tutela la sufficiente libertà da pressioni coercitive. Se il diritto alle ferie, al riposo giornaliero e settimanale fossero rinunciabili, i datori di lavoro potrebbero esercitare pressioni coercitive legali, minacce di licenziamento, di delocalizzazione, di riduzione della produzione, affinché i lavoratori rinuncino, di fatto, a tali diritti. I datori di lavoro potrebbero persino

[2] Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS 2007, 14 ss.; HASSEMER 2007, 57 ss.; JORION 1999, 215 ss.; MAESTRI 2009, 516; RESTA 2002, 825 ss.; RUGGERI, SPADARO 1991, 347; PIROZZOLI 2007, 324; MOUTOUH 1999, 160. Sul tema della dignità cfr. anche la parte monografica del n. 38, 2012, di "Ragion Pratica" a cura di P. Becchi, F. Belvisi, V. Pacillo.

coalizzarsi tutti e proporre contratti senza ferie e riposo settimanale, nel qual caso i lavoratori rinuncerebbero a tali diritti *de iure*, rinunciando temporaneamente alla titolarità dei diritti.

Il caso della prostituzione volontaria e della gestazione per altri è molto diverso. Le autrici sembrano contrarie alla legalizzazione e regolamentazione di entrambe: per quanto riguarda la prostituzione le autrici non prendono una posizione netta e precisa, ma sembrano avverse alla regolamentazione, come in Germania e Olanda, quantomeno, questa è l'impressione che si può ricavare dal complesso dell'argomentazione, dall'uso dell'argomento della dignità e dal *placet* alla sentenza della Corte costituzionale del 2019, contro la quale non muovono alcuna critica. E le autrici non argomentano le eventuali ragioni dell'indisponibilità, se questa è la loro posizione, del diritto di non mercificarsi. Non ci sono pressioni coercitive come nel caso dei lavoratori. Ci può essere un problema di povertà, e quindi dobbiamo distinguere due contesti, cosa che le autrici non fanno. Il primo contesto in cui ci sono significative fasce della popolazione molto povere, come a Cuba e in Thailandia, dove c'è una grave asimmetria di potere tra i turisti ricchi occidentali e le prostitute. Li ho visti a Cuba con le *jineteras*, le prostitute del luogo. Vi è una forma di assoggettamento e la povertà determina una forma di pressione coercitiva, le donne sono costrette a prostituirsi. E, tuttavia, anche in questo caso, se gli Stati occidentali più ricchi non intervengono – come dovrebbero – per eliminare gravi forme di povertà in paesi stranieri, la povertà come pressione coercitiva è debole, perché moralmente dovrebbe viziare il consenso, si tratta di una situazione moralmente tragica, ma non giuridicamente. Se una donna non può scegliere, se non tra prostituirsi e morire di fame, non possiamo non consentire giuridicamente la prostituzione, viceversa la danneggeremmo due volte, la prima volta perché la lasciamo morire di fame, la seconda perché le impediamo di uscire dalla povertà estrema. Poi vi è il secondo contesto, quello occidentale, come quello olandese o tedesco. In Germania la prostituzione è stata legalizzata e regolamentata nel 2002. Si calcola che tale Stato sia divenuto il più grande bordello europeo, con 400.000 prostitute. In Germania, il reddito pro-capite è alto, la disoccupazione è bassa e ci sono molte garanzie e tutele, come assegni familiari e sussidi di disoccupazione.

Una donna, anche migrante, di scarsa intelligenza e voti mediocri a scuola, con nessun talento, ma molto carina, può fare tanti lavori in Germania: la badante, la *babysitter*, la segreteria, la signora delle pulizie, o una operaia non specializzata. Ha varie alternative alla povertà, alternative che in un sistema capitalistico con un *welfare* robusto non possono essere ampliate ulteriormente: non possiamo imporre ad un *atelier* di moda di assumerla, né obbligare un editore a pubblicare le sue memorie, e non abbiamo alternative a tale sistema capitalistico mitigato dal *welfare*. Dunque, perché e in base a quale argomento il suo diritto di non mercificarsi dovrebbe essere indisponibile, il che implica l'obbligo di non mercificarsi? E come questa indisponibilità tutelerebbe l'autonomia? Al contrario di quanto sostengano le autrici, la viola, perché non ci sono pressioni coercitive normalmente nella prostituzione volontaria in paesi della UE o negli Stati Uniti, né gravi asimmetrie di potere. In ogni caso, si tratta di pressioni non più gravi della relazione di potere tra avvocato e segretaria, tra imprenditore e operaia, salvo eccezioni come le prostitute tossicodipendenti, con un consumo compulsivo, che si prostituiscono per comprare l'eroina o la cocaina.

Tutte le ricerche empiriche ci dicono che le prostitute vogliono la regolamentazione, vogliono tutele e garanzie giuridiche, così è richiesto da tutte le associazioni nazionali e internazionali di prostitute come la COYOTE ("Call off you old tired ethics"), del 1973, poi il collettivo francese di prostitute, il collettivo inglese, il comitato italiano per i diritti civili delle prostitute. Non viene il sospetto che il divieto di prostituirsi o sanzionare il cliente, come accade in Svezia, violi la loro autonomia? Le prostitute sono un gruppo sociale altamente vulnerabile, soggetto a violenze e molestie. Lavorare nell'illegalità, o comunque nell'ombra, avvalendosi del contributo di persone, mediatori, titolari di hotel, gestori di siti web, che sono tutti incriminabili in Italia per reclutamento o favoreggiamento, le rende più vulnerabili alla violenza e alle molestie. L'illegalità, al contrario di quanto scrivono le autrici, non aumenta la libertà e l'autodeterminazione. Le prostitute che lavorano alla luce del sole hanno più potere, più garanzie, maggiori possibilità di denun-

ciare abusi, violenze, possibilità di lavorare in un bordello in cui ci sono *bodyguard* e telecamere che le proteggono o possono, come nel caso delle prostitute olandesi, usare il *red bottom*, un bottone da premere in caso di pericolo, che avvisa la polizia o un *bodyguard*. In Germania, molte donne si prostituiscono perché guadagnano il doppio di una badante in metà tempo, e non sono indotte a fare lavori per loro inaccettabili, come pulire e cambiare il pannolone ad un anziano, o badare ad un bambino che urla e piange.

Per quanto riguarda la relazione di potere tra cliente e prostituta, c'è molta più simmetria di quanto si pensi. Le femministe radicali pensano che i clienti siano tutti "porci" maschilisti e sessisti, ma, si sa, le ricerche empiriche delle femministe radicali come MacKinnon e Russell, ad esempio sul rapporto tra pornografia e violenza di genere[3] sono piene di fallacie deduttive e induttive, l'ho appurato personalmente[4]. Leggete le ricerche empiriche della sociologa Elisabeth Bernstein, nel libro *Temporaneamente tua*[5]. Nelle società occidentali postmoderne e postindustriali clienti e prostitute si sfruttano reciprocamente, vicendevolmente, non c'è una vittima e un *dominus*. La maggioranza dei clienti, lo si capisce anche dai commenti sui siti di escort[6], vuole l'illusione di essere desiderato, non vuole un rapporto freddo, frettoloso, sbrigativo, con la prostituta che gli dice di fare in fretta. Vuole l'illusione di fare l'amore, come una relazione temporaneamente autentica, dunque dolce, tenera, empatica, ecc. La prostituta più richiesta vende questa illusione. La prostituta sfrutta la debolezza psicologica del cliente, un disabile, una persona nevrotica con traumi infantili che gli impediscono di avere una relazione stabile, una persona brutta, un anziano, più spesso un marito infelice imprigionato in un rapporto senza più sesso e che non riesce a lasciare la moglie. Questa relazione temporanea, dice Bernstein, dà molta sicurezza al cliente, perchè una relazione sessuale con una donna libera può avere complicazioni sentimentali non volute.

Per giustificare l'indisponibilità del diritto di non mercificarsi abbiamo a disposizione i quattro argomenti visti sopra a proposito della dignità, tutti molto problematici e soggetti a obiezioni insormontabili.

Per la gestazione per altri è facile garantire autonomia e autodeterminazione, basta introdurre alcune garanzie. Le donne povere o che si trovano in famiglie povere in senso assoluto non possono stipulare tali contratti, evitando gravi asimmetrie di potere e assoggettamento. In occidente, vi sono molte garanzie, il sussidio di disoccupazione o il reddito di cittadinanza, per cui nessuna donna è costretta a scegliere tra morire di fame e prostituirsi. La differenza fondamentale, invece, tra prostituzione e gestazione per altri, è che la gravidanza può portare con sé molte malattie, durante la gestazione, ma soprattutto *post-partum*, danni alla salute che è preferibile evitare alle donne più povere. Come garanzie, la donna ha il diritto di abortire o il diritto di tenere il bambino dopo il parto, cioè il diritto di rescindere il contratto, diritto importante che le autrici stesse condividono in altri casi. Si possono prevedere altre garanzie, l'intervento di un medico che spiega alla donna i rischi del parto, vietare agenzie private, garantire un prezzo minimo, ecc. Escludere le famiglie povere non è un problema, perchè le ricerche empiriche negli Stati Uniti ci dicono che il caso paradigmatico e frequente di madre surrogata è una donna della media borghesia, in una famiglia che guadagna tra 25000 e 50000 dollari, che ha già altri figli. Le motivazioni delle madri surrogate sono economiche e non economiche, queste ultime sono essenzialmente tre: dare la felicità di un bambino ad una coppia che non può averne, svolgere di nuovo la funzione sociale di madre e alleggerire il senso di colpa di un aborto del passato. La gestazione per altri è importante per tutelare il diritto fondamentale alla genitorialità, anche se la coppia committente non può *pretendere* in senso hohfeldiano che la madre biologica acconsenta a portare avanti la gravidanza, il diritto al cre-

[3] MACKINNON 1989, 195, 197 s.; BERG 2009; RUSSELL 1993.
[4] Cfr. MANIACI 2016.
[5] BERNSTEIN 2009.
[6] Cfr. PARISI 2018 sulla domanda di prostituzione.

scere e educare un bambino fin da piccolo, fin dalla nascita, cosa che l'adozione non garantisce affatto: la ragione è che a queste coppie di quarantenni, che sono quelle che più frequentemente stipulano contratti di gestazione per altri, vengono proposti in adozione ragazzi grandi di otto, dieci o quattordici anni, che spesso, essendo stati sottratti a famiglie che li maltrattavano, o avendo traumi di abbandono, hanno o possono sviluppare in futuro significativi disturbi di personalità. Sarebbe utile che le autrici riflettessero su cosa significa per una coppia, per una donna, non potere avere figli, neppure con la fecondazione assistita.

4. *Il concetto di sufficiente pressione coercitiva*

La realtà è fluida, come dicono le autrici, la dicotomia razionale-irrazionale, costretto-non costretto, vittima-non vittima, è fluida, ma il diritto ha bisogno di confini certi. Per determinare se è stato commesso il reato di violenza sessuale abbiamo bisogno di un concetto di sufficiente pressione coercitiva abbastanza preciso, così come il concetto di incapacità di intendere per l'interdizione civile e la non imputabilità penale. Il concetto di sufficiente pressione coercitiva che vizia il consenso è parzialmente moralizzato, dipende da quali diritti fondamentali attribuiamo al soggetto. La distinzione fondamentale è che le mere influenze e pressioni affettive, emotive, psicologiche non valgono normalmente come pressioni coercitive. L'esempio che si fa nel testo è corretto, una donna che non ha lavoro né una casa in cui abitare, diversa da quella matrimoniale, e che vuole separarsi dal marito è costretta a non separarsi, perché non si può vivere senza casa e lavoro. Se, invece, la donna si separa, ha un lavoro, una casa, la custodia a metà col marito ma subisce numerosi condizionamenti emotivi e psicologici non c'è sufficiente pressione coercitiva. Ad esempio, la sua famiglia ipercattolica la allontana, perchè il divorzio è un peccato, la famiglia del marito la odia, il marito parla male di lei con i figli e gli amici e lei non vuole denunciarlo per diffamazione. Queste pressioni emotive non valgono come pressioni coercitive o non cagionano danni (salvo la diffamazione) perchè non abbiamo il diritto, una pretesa hohfeldiana, di essere amati. Altri esempi: ci sono due fidanzati di venti anni, ciascuno vive con i genitori, ad un certo punto lei interrompe i rapporti sessuali, dopo un mese il fidanzato la minaccia di lasciarla se non fanno sesso: se la donna acconsente non c'è violenza sessuale. Se un amico mi dice che se non gli presto 10000 euro non mi parla più non c'è estorsione se gli presto i soldi. Se una donna abortisce perchè il padre del bambino non la ama e non vuole stare con lei non c'è vizio della volontà nell'abortire. Se mi suicido perchè amo Caia, ma Caia non mi ama non v'è vizio della volontà. Se un paziente oncologico, con una prognosi di pochi mesi di vita, si rende conto che i parenti non lo amano e aspettano solo che muoia per avere l'eredità il consenso di lui all'eutanasia non è viziato da questo abbandono affettivo. Se una moglie dice al marito che se non compra la casa che le piace sul lago di Como lo lascia, la compravendita non è viziata. Il diritto di essere amati non fa parte dei diritti tutelabili, possiamo garantire ad una donna povera che vuole separarsi il diritto alla casa, al lavoro o ad un sussidio di disoccupazione o reddito di cittadinanza, il diritto alla custodia dei figli, ma non possiamo eliminare le pressioni affettive, emotive dell'ambiente in cui vive, salvo diventino molestie o stalking. Poiché nel libro non si precisa quali condizionamenti, influenze valgono come sufficienti pressioni coercitive e limitano l'autodeterminazione come condizione personale, ci troviamo di fronte ad una lacuna importante.

5. *Ancora su indisponibilità dei diritti fondamentali: diritto all'integrità fisica, a non essere torturati e maltrattati*

La ragione per cui il consenso della donna ai maltrattamenti è invalido non dipende dal fatto che il diritto all'integrità corporea è un diritto fondamentale e dunque totalmente indisponibile, nel sen-

so di inalienabilità e impossibilità di rinunciare *de facto* o *de iure* al diritto, come sostengono le autrici, altrimenti dovremmo vietare la boxe e il wrestling, la sterilizzazione volontaria, il cambiamento di genere sessuale, il trapianto gratuito di organi *inter vivos*. Durante gli incontri di boxe alcuni si rompono la mascella, le costole, il naso, perdono un occhio, l'udito da un orecchio o cadono in coma La ragione dell'indisponibilità del diritto delle donne a non essere maltrattate, spesso in un contesto sociale patriarcale, è che statisticamente vi è una presunzione di non volontarietà, cioè le donne maltrattate non fuggono per paura di ritorsioni o per motivazioni irrazionali, ad esempio, merito di essere maltrattata, le donne sono inferiori e devono ubbidire al marito, ecc. In ogni caso nell'ipotesi della violenza domestica è sempre necessaria la testimonianza della moglie al processo e purtroppo la maggioranza delle donne ritratta al processo o prima.

Per quanto riguarda il diritto a non essere torturati non sempre è un diritto indisponibile. come sostengono le autrici: a parte serial killer psicopatici la tortura è esercitata dalla polizia, attraverso interrogatori coercitivi, in questo caso l'indisponibilità del diritto a non essere torturati dipende dal fatto che l'indagato potrebbe realisticamente subire pressioni coercitive volte ad affermare che era consenziente alla tortura. Ma le autrici dimenticano il sesso sadomaso violento, dove il diritto a non essere torturati è e deve essere per i sadomasochisti disponibile, tale diritto, cioè, deve poter non essere esercitato *de facto*, ad esempio facendosi frustare nei genitali, altrimenti si ricade nel paternalismo. Lo stesso vale per un sadomasochista che, senza contratto, diventa lo schiavo di qualcun altro. I contratti volontari di schiavitù si possono proibire perchè, questo è l'argomento di Mill, dobbiamo tutelare la volontà ultima dello schiavo di liberarsi e rescindere il contratto, non è libero di non essere libero, ma il diritto di recesso *ad nutum* implica che non è più un contratto di *schiavitù*. Non dipende dal fatto che il diritto di farsi schiavo sia indisponibile perchè fondamentale; enunciare che i diritti fondamentali sono per loro natura indisponibili, non è un argomento, si deve giustificarlo. Ferrajoli (2001), citato nel volume, non distingue in modo preciso tra inalienabilità, con effetti vincolanti o meno, impossibilità di rinunciare validamente alla titolarità del diritto, e indisponibilità relativamente all'esercizio del diritto. La dicotomia diritti fondamentali, inalienabili e indisponibili, e patrimoniali, alienabili e disponibili, molto diffusa, non funziona. In genere molti diritti fondamentali sono inalienabili, così in genere i diritti di libertà, il diritto di voto, i diritti sociali per ragioni antipaternaliste, ma sono disponibili relativamente al loro esercizio, posso non esercitarli, non esprimere la mia opinione, non votare, non andare in ospedale anche se sono malato. Molti diritti dei lavoratori sono, invece, sia inalienabili sia indisponibili relativamente alla rinuncia alla titolarità o al loro esercizio, i lavoratori non possono non andare in ferie o rinunciare al riposo giornaliero o compensativo. Le cose si complicano con altri diritti fondamentali, considerati personalissimi dalla dogmatica civilistica, come ad esempio il diritto al nome, o il diritto all'immagine. In un certo senso, sono alienabili, io posso, dietro pagamento di un corrispettivo, lasciare che la mia immagine o il mio nome sia utilizzato in uno spot e posso attribuire ad altri il diritto di scrivere e pubblicare romanzi col mio nome. Ma non posso attribuire a qualcuno il diritto di usare il mio nome nella sua carta di identità, né posso modificarlo, tranne poche eccezioni stabilite dalla legge, in questo senso il diritto al nome è indisponibile relativamente all'esercizio. Ferrajoli intende l'indisponibilità nel senso dell'impossibilità di trasferire il diritto, la titolarità del diritto, con effetti obbligatori e vincolanti. Il che si può interpretare in due modi. Una volta che i contratti di schiavitù (che vanno vietati per due ragioni differenti, una è una presunzione di non volontarietà, l'altra è possibili danni a terzi, come ad esempio nel caso di migranti clandestini sfruttati e schiavizzati legalmente contro la loro volontà) contenessero una clausola di recesso *ad nutum* sarebbero non più vincolanti, ma poiché molti diritti dei lavoratori sono indisponibili, si trasformerebbero automaticamente in contratti legali di otto ore, con riposo giornaliero e settimanale, secondo quanto previsto dalla legge e dai contratti collettivi di lavoro. Mentre se i contratti di prostituzione, di gestazione per altri contenessero una clausola di recesso *ad nutum* libero e senza condizioni o risarcimenti, alla prostituta e alla madre biologica potrebbero attribuirsi dirit-

ti fondamentali inalienabili, cioè non trasferibili con effetti obbligatori e vincolanti, quali ad esempio il diritto della prostituta di disporre sessualmente del suo corpo o della gestante di disporre del suo corpo come madre surrogata e il diritto alla custodia del figlio appena nato. In ogni caso, il diritto alla sessualità e quello di diventare madre, anche surrogata, a titolo gratuito, sarebbero sempre disponibili relativamente all'esercizio del diritto di fatto. Oppure si possono intendere come parzialmente alienabili, cioè il diritto a effettuare una prestazione sessuale, alla custodia del bambino appena nato possono essere mercificati solo in base ad un contratto sempre rescindibile che non è realmente vincolante.

In conclusione, le autrici citano Mill e la sua idea della sovranità dell'individuo sulla sua mente e sul suo corpo, ma la loro verosimile avversione alla legalizzazione e regolamentazione della prostituzione e della gestazione per atri confligge con la dottrina milliana, avversione che non viene giustificata in modo preciso. Non si capisce se le autrici vorrebbero utilizzare argomenti, inaccettabili per quanto mi riguarda, che affermano non esista linea di confine tra prostituzione e pornografia volontaria e prostituzione e pornografia involontaria costretta, perchè c'è sempre costrizione, argomento delle femministe radicali, confutato da Valeria Ottonelli, Cristina Pascual, Letizia Palumbo oltre che dal sottoscritto, in MANIACI 2016 (ivi citate).

Riferimenti bibliografici

AMATO S. 2015. *Eutanasie*, Giappichelli.

BERG B.J. 2009. *Sexism in America. Alive, Well and Ruining our Future*, Lawrence Hill Books.

BERNSTEIN E. 2009. *Temporaneamente tua. Intimità, autenticità e commercio del sesso*, Odoya.

CHAMPEIL-DESPLATS V. 2007. *Dignité de la personne*, in «Juris Classeur Libertés», 540, 2007.

D'AGOSTINO F. 1998. *Bioetica*, Giappichelli.

D'AGOSTINO F. 2011. *Testamento biologico*, in ID., *Bioetica e biopolitica.*, Giappichelli.

DWORKIN R. 1994. *Il dominio della vita*, Edizioni di Comunità.

FERRAJOLI L. 2001. *Diritti fondamentali*, in ID., *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di VITALE E., Laterza.

HASSEMER W. 2007. *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in «Ars Interpretandi», 2007, 134 ss.

JORION B. 1999. *La dignité de la personne humaine*, in «Revue de droit public», 1, 1999, 197-233.

MACKINNON C. 1989. *Towards a Feminist Theory of State*, Harvard University Press.

MANIACI G. 2016. *Aporie e distorsioni del femminismo radicale*, in «Diritto e questioni pubbliche», 16, 2016, 339-364.

MANIACI G. 2018. *Indisponibilità diritti fondamentali: un problema di interpretazione*, in «Notizie di politeia», 132, 2018, 144-164.

MANIACI 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli.

MANIACI G., 2020. *Contra el paternalismo jurídico,* Marcial Pons.

MAESTRI E. 2009, *Genealogie della dignità umana*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 9, 2009, 509-520.

MOUTOUH H. 1999. *La dignité de l'homme en droit*, in «Revue de droit public», 1, 1999, 227-263.

PARISI F. 2018. *Prostituzione, aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Giappichelli.

PIROZZOLI A., 2007, *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in «Rassegna parlamentare», 2, 2007, 335-338.

RESTA G. 2002. *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità. Note a margine della Carta dei diritti*, in «Rivista di diritto civile», 2002, XLVIII, 801-848.

RUGGERI A., SPADARO A. 1991. *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in «Politica del diritto», 3, 1991, 343-373.

RUSSELL D.E.H. 1993. *Pornography and Rape: A Causal Model*, in ID. (ed.), *Making Violence Sexy*, Teachers College Press.

SINGER P. 2001, *La vita come si dovrebbe*, il Saggiatore.

SUNSTEIN C. 1996-1997. *The Right to Die*, in «The Yale Law Journal», vol. 106, 1996-1997, 1123-1163.

INVESTIRE IN FIDUCIA?
LA FUNZIONE DEL DIRITTO E LE BASI DELL'OBBEDIENZA

FRANCESCO **RIMOLI**

&dq

Investire in fiducia? La funzione del diritto e le basi dell'obbedienza
(a proposito di Tommaso Greco, *La legge della fiducia*)

Invest in Trust? The Function of Law and the Basis of Obedience

FRANCESCO RIMOLI

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università Roma Tre- Associato ISSiRFA-CNR.
E-mail: francesco.rimoli@uniroma3.it

ABSTRACT
Il tema della fiducia costituisce un luogo di riflessione suggestivo e peculiare per indagare sui fondamenti del fenomeno giuridico. Il libro di Tommaso Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, muove da una nitida contrapposizione tra un modello tradizionale, fondato sulla sfiducia, e uno auspicato, basato sulla fiducia e sulla responsabilità individuale. Questo scritto recensisce il lavoro, ponendone in luce le molte sue qualità e qualche punto critico.

The theme of trust is a suggestive and peculiar place to investigate the foundations of legal phenomenon. The book by Tommaso Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, moves from a clear contrast between a traditional model, based on mistrust, and a desired one, based on trust and individual responsibility. This paper reviews the work, highlighting many of its qualities as well as some sticking points.

KEYWORDS
Diritto, fiducia, obbedienza, sanzione, responsabilità

Law, trust, obedience, sanction, responsability

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Investire in fiducia? La funzione del diritto e le basi dell'obbedienza

(a proposito di Tommaso Greco, *La legge della fiducia*)

FRANCESCO RIMOLI

1. *La posizione del problema: fidarsi è bene, non fidarsi è meglio?* – 2. *Due modelli davvero contrapposti?* – 3. *Deludere le aspettative: fiducia e riduzione della complessità.* – 4. *Dunque, fiducia nella sfiducia. Ma perché si obbedisce?* – 5. *Dall'obbedienza alla responsabilità.*

1. *La posizione del problema: fidarsi è bene, non fidarsi è meglio?*

Del recente libro dedicato da Tommaso Greco al tema della fiducia quale fondamento del diritto si colgono anzitutto alcune caratteristiche palesi: chiarezza d'impianto e di linguaggio, brillantezza di esposizione e varietà dei riferimenti. Questi, in particolare, in una felice commistione di generi e livelli, vanno da Hobbes a Melville, da Machiavelli a Kelsen, fino a quel piccolo film trasognato e prezioso di Benigni e Troisi che è *Non ci resta che piangere*, secondo una "leggerezza" di stile che avrebbe fatto piacere a Italo Calvino e che non nuoce affatto, ma anzi giova alla trattazione di un tema che, per sé, è ovviamente complesso, sfuggente ed estremamente arduo da sintetizzare, soprattutto per il tipo di lettore – colto ma non necessariamente giurista – cui il volume è destinato.

Ma ciò che deve rilevarsi non è questo insieme di qualità, che, come detto, appaiono subito evidenti: quel che si deve considerare è piuttosto il tessuto di fondo della riflessione di Greco, che non è subito visibile osservando il profilo principale del suo lavoro.

La posizione del problema infatti – espressa con un'alternativa (come si dirà oltre, un po' troppo secca) tra un modello "sfiduciario" e uno "fiduciario" nella ricostruzione dei fondamenti del diritto positivo e del fenomeno giuridico *tout court* – è anzitutto una riflessione intorno alla natura dell'essere umano e al suo tratto primario: è questi dunque un essere sociale, rivolto primariamente alla relazionalità e alla collaborazione con i suoi simili, ovvero un individuo concettualmente monadico, preoccupato solo della tutela della propria vita e delle libertà connesse, nonché del perseguimento dei propri interessi? In fondo – ciò emerge in più punti del libro – dietro il tema manifesto della fiducia c'è tutta una serie di profili latenti che costituiscono il nucleo della meditazione, non solo morale, ma anche politica, economica, giuridica, e potrebbe dirsi in una parola esistenziale di cui il libro in fondo si sostanzia. Di questo amplissimo sfondo Greco è ovviamente consapevole, e in tale prospettiva riesce a dare, con rapide ma felici pennellate, un quadro dei filoni principali del pensiero politico e giuridico che da tali domande sui fondamenti si dipanano: da Aristotele a Machiavelli, da Hobbes a Rousseau, da Santi Romano a Luhmann (sul quale tornerò dopo), l'autore, con una mobilità di riferimenti che dà talora al lettore l'impressione di maneggiare un caleidoscopio, traccia un disegno composito e cangiante che ben dimostra al lettore le diversità non solo di posizioni, ma di impostazione delle diverse visioni del mondo.

Dunque, si tratta di un libro ambizioso, che, a dispetto del taglio agile, tocca temi di estrema profondità e sollecita riflessioni di ampia portata. Sebbene parlare di fiducia e di quel tanto di ottimismo esistenziale che questa presuppone non sia certo facile nei tempi cupi che stiamo vivendo, in cui ai nefasti effetti psicologici indotti dalla pandemia si sono aggiunti gli ancor più devastanti timori di una guerra, lo scritto qui esaminato ci spinge a ragionarne.

* T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

2. *Due modelli davvero contrapposti?*

La prima domanda, centrale, che il libro si pone è: perché si obbedisce al diritto? Quale peso ha nel comportamento dei singoli la minaccia della sanzione che l'autorità pone in base al monopolio della forza di cui dispone?

L'autore, come ho detto, parte dalla lettura di due modelli che sono da lui decisamente contrapposti: semplificando, quello "sfiduciario", «legato strettamente a un'idea del diritto in base alla quale questo trova non solo la sua specificità ma anche il suo ruolo *esclusivo* nella minaccia e nell'esercizio della coazione»[1], e quello "fiduciario", in cui invece è evocata «una presa di posizione sull'uomo e sulla capacità di essere responsabile»[2], tale da indurre ciascuno a comportarsi secondo diritto (il che però, va detto fin d'ora, presuppone una sua adesione interiore che in sé contrasta con quella che chiamiamo esteriorità della norma giuridica positiva).

Ora, se il primo paradigma è chiaro nelle sue caratteristiche – si obbedisce per timore della sanzione – il secondo poggia su presupposti di fatto pregiuridici, ossia su quel dato di intrinseca relazionalità che regge i rapporti umani. Ma questa, deve criticamente rilevarsi, non è per sé necessariamente benevola, potendo ben essere fondata sul timore reciproco e la conseguente aggressività: giacché a ben guardare una relazione psicologica strettissima intercorre anche tra amico e nemico, e l'odio può legare quanto e più dell'amore.

Da qui, allora, si può muovere per sviluppare qualcuno dei molti spunti che il volume offre al lettore: la relazionalità è ovviamente alla base della società, e in essa del diritto, inteso come endofenomeno strutturato e strutturante. In altre parole, ancorché questa sia una banalità, deve dirsi che la società è in sé, per definizione, un tessuto di relazioni, e ogni fenomeno che in essa si sviluppi, il diritto *in primis*, non può che essere fondato su tale suo carattere intrinseco.

In tal senso, oltre all'approccio istituzionalista, che si sofferma piuttosto sul momento genetico del fenomeno giuridico, in sé ontologicamente connesso a ogni corpo sociale, pare utile – se ne dirà dopo – considerare la dimensione funzionale avanzata dalle teorie sistemiche, e in particolare da Niklas Luhmann, che pure Greco in qualche passo del testo opportunamente, benché fugacemente, richiama. Tenendo peraltro presente il fatto che Luhmann dà del sistema giuridico, in quanto sottosistema differenziato, una definizione amplissima, considerandolo costituito «da tutte le comunicazioni sociali che vengono formulate con riferimento al diritto», dunque non solo da quelle legate ai procedimenti regolati dal diritto stesso, ma anche dalle «comunicazioni della vita quotidiana, nella misura in cui esse pongano questioni di diritto oppure facciano valere o respingano pretese con riferimento al diritto»[3].

Ma in fondo, tutte le teorie politiche, quale che sia la loro impostazione, muovono da tale assunto relazionale: le differenze sono piuttosto nell'atteggiamento di fondo che entro questa inevitabile dimensione di relazionalità il singolo assume nei confronti dell'Altro. Partendo da una lettura radicale, la dialettica schmittiana tra *Freund* e *Feind* è certamente in sé eccessivamente semplificatoria, ma definisce due estremi la cui coesistenza, lungi dall'essere irrealistica, è invece costante[4]. Perché l'Altro può essermi al contempo amico e nemico; l'Altro non è, *a priori*, buono né cattivo: lo è secondo contingenza, secondo circostanze per cui può essere, di volta in volta, un pericolo da combattere o un aiuto cui rivolgersi[5].

E a ben vedere, lo stesso soggetto può svolgere questi ruoli diversi in tempi diversi, o in contesti diversi anche simultaneamente; è infine un'entità che in fondo si pone, insieme, fuori e dentro di me, in un'inestricabile commistione tra un'idea di bene e una di male che sono tutta-

[1] Greco 2021, 14.
[2] Greco 2021, 89.
[3] Luhmann 1990 [1981], 61; ma si veda già, più ampiamente, Luhmann 1977 [1972].
[4] Il riferimento è ovviamente a Schmitt 1972 [1932], 101 ss.
[5] Su questi temi, tra molti, si veda Waldenfels 1997.

via, a dispetto di ogni teorizzazione etica, eminentemente valutate da un punto di vista soggettivo, ossia dal *mio* punto di vista.

Ma proprio perché tale valutazione è e resta soggettiva, ed è tuttavia (o proprio perciò) tale da condizionare il mio comportamento, risulta difficile separare con nettezza – sia al livello individuale che a quello sociale – la prospettiva fiduciaria da quella sfiduciaria. Giacché la condotta del singolo è ispirata a un opportunismo contingente che deriva dalla sua comprensione – giusta o sbagliata che sia – del reale che lo circonda, e dalle pulsioni – razionali *e* irrazionali – che tale comprensione induce nel suo operare, nella ricerca dell'utile, del piacevole, del rassicurante. Insomma, un agire che è strategico e orientato al successo, ben più che all'intesa, volendo esprimersi in termini habermasiani[6]. E tuttavia ciò induce un grado di imprevedibilità che una società, per semplice che sia la sua struttura, non può tollerare.

Dunque, che la società politica si ricostruisca secondo il paradigma contrattualista hobbesiano, o secondo pragmatiche impostazioni di consequenzialismo utilitarista, o infine secondo più o meno utopiche forme di solidarismo razionalizzato e fondato sull'orientamento all'intesa, la necessità di un paradigma di regolazione del comportamento, eteronomo rispetto all'individuo, è affatto evidente, e si pone comunque alla base di una convivenza se non proprio pacifica, almeno sostenibile.

In questa logica, fiducia e sfiducia sono anch'esse coesistenti e non del tutto scindibili: non sono cioè due corni di un dilemma, ma due facce della stessa medaglia, che si rovescia con estrema e inquietante facilità.

In tal senso, l'acutezza della lettura machiavelliana, ampiamente esaminata da Greco per formulare una critica al "machiavellismo giuridico", riposa proprio sulla realistica consapevolezza dell'ontologica ambiguità e mutevolezza dei rapporti umani, nonché dell'intero assetto dei rapporti sociali; in un piccolo ma intelligente libretto di qualche anno fa sul tradimento, la sociologa Gabriella Turnaturi descriveva "l'imprevedibilità delle relazioni umane", e chiariva che «perché si possa parlare di tradimento devono preesistere aspettative sia razionali sia emotive di lealtà, e devono sussistere relazioni e interazioni fiduciarie in cui i soggetti si fidano l'uno dell'altro, parzialmente o totalmente. Tanti sono i tradimenti quanti sono gli atti di fiducia»[7].

Così, per esempio, in un suo recente lavoro, Irti rilegge l'ipotesi (non rara) di un tradimento generato da un conflitto di fedeltà, e nota che in certi casi – cita il fallito attentato a Hitler organizzato da von Stauffenberg nel luglio del 1944 – ci si trova nella terribile alternativa di scegliere di tradire il proprio inizio, logico e assiologico, o la propria coscienza. E ci si trova allora in situazioni in cui «obbedire è insieme disobbedire»[8]. Qui il mito di Antigone, peraltro emblema di un conflitto tra la legge posta da un'autorità e quella di una inveterata tradizione (ben più che tra legge e coscienza) è un *tópos* della nostra cultura, ed è divenuto (con esiti non sempre felici) palestra di ardimento di filosofi, letterati, sociologi e giuristi.

Comunque sia, e per tornare al nostro tema, la fiducia altrui si può sempre tradire: si può tradire il coniuge, l'amico, il socio in affari, la patria, il partito.

Le aspettative – e le aspettative di aspettative, usando del lessico luhmanniano – sono certo alla base delle relazioni umane, ma il vero problema si pone allorché, caso purtroppo non raro, esse siano deluse. E com'è noto, una delle funzioni precipue del diritto nella teoria sistemico-funzionale di Luhmann è proprio quella della stabilizzazione delle aspettative di comportamento, ossia della loro trasformazione da cognitive in normative, cosicché il diritto, concepito quale sottosistema differen-

[6] Habermas 1997 [1981], 397 ss.

[7] Così Turnaturi 2000, 18.

[8] Irti 2021, §19 (ed. Kindle). Irti intende per inizio, sulla scorta di Cacciari, una scelta di fondo relativa all'ordinamento di cui rispettare le norme particolari, con una ricostruzione dell'obbedienza invero non del tutto risolutiva (in quanto non si chiarisce appieno il problema della ragione della scelta prima: perché si sceglie di obbedire all'ordinamento statale e non a quello di un'organizzazione mafiosa?).

ziato all'interno del sistema sociale, possa assolvere un'altra delle sue funzioni primarie, che è quella della semplificazione della complessità[9].

3. *Deludere le aspettative: fiducia e riduzione della complessità*

Proprio al nostro tema, dunque, Luhmann ha dedicato un lavoro giovanile (pure citato *en passant* da Greco), non ancora corroborato dalla piena definizione delle sue teorie e del suo lessico, ma già concettualmente evoluto, in cui individua proprio nella fiducia un altro degli strumenti finalizzati alla riduzione della complessità, cogliendone altresì l'ontologica dimensione temporale. La fiducia è per Luhmann un *investimento a rischio*, inserito in una dimensione necessariamente diacronica e fondato sulla generalizzazione di esperienze pregresse, con uno spostamento parziale della problematica da una dimensione "esterna" a una "interna", consistente in un processo di apprendimento e in una risoluzione simbolica dei risultati[10].

Peraltro, negli ordinamenti sociali complessi e differenziati una distinzione tra legge e fiducia è secondo Luhmann inevitabile, poiché in tali contesti aumenta enormemente il novero delle possibilità: così, per esempio, nel caso del contratto, si verte in una sostanziale indifferenza sulle motivazioni per cui Tizio adempie agli obblighi che ne derivano. Senza entrare in un discorso troppo lungo per essere svolto in questa sede, diciamo che legge e fiducia operano su piani diversi entro meccanismi differenziati, agendo in modo reciprocamente autonomo ed essendo collegate tra loro solo tramite condizioni di possibilità generali. Lo stesso Luhmann, tuttavia, riconosce che «la fiducia non può ridursi semplicemente a una fiducia nella legge e nella possibilità sanzionatoria di quest'ultima»; giacché «in realtà il concetto di fiducia è alla base della legge nel suo complesso, del fare affidamento sugli altri uomini, così come, all'opposto, le modalità della fiducia possono verificarsi solo grazie alla limitazione del rischio garantita dalla legge»[11]. Così, dunque, nel rapporto contrattuale il calcolo sulle motivazioni della controparte rimane latente, e chi voglia mantenere un clima di fiducia deve mostrarsi fiducioso; ma l'esistenza di un meccanismo sanzionatorio esterno – da non richiamare finché non si è costretti – garantisce in modo esogeno, e dunque relativamente oggettivo, l'adempimento degli obblighi, o almeno introduce un fattore di calcolo rilevante in funzione di orientamento[12].

Tornando a noi, un aspetto del problema è assolutamente evidente: chi obbedisce alla norma di solito non lo fa per il solo timore della sanzione (che peraltro, come sappiamo, non è un elemento per sé indefettibile della norma giuridica), anche se certo questo può costituire un fattore motivante, che consente all'ordinamento di prescindere dal consenso dei consociati, almeno fino al punto in cui l'assenza di questo non arrivi a inficiarne l'effettività.

E d'altronde gli studi sulle motivazioni psicologiche e culturali dell'atteggiamento obbediente sono numerosi e approfonditi, soprattutto se svolti in relazione all'accettazione di condizioni particolari di sudditanza: basti pensare alle note indagini, svolte da Adorno e dal suo gruppo negli anni Quaranta, sulla "personalità autoritaria"[13]. Ma senza giungere a tali fenomeni estremi, direi che alla base dell'obbedienza al precetto giuridico – e potrebbe dirsi, ordinariamente – esiste sì un atteggiamento "fiducioso", ma piuttosto inteso come fiducia nell'efficienza del sottosistema giuridico complessivo, che spinge a far sì che il dato fisiologico della vita della norma sia quello del suo rispetto, e non quello della sua violazione, che ne è piuttosto il momento patologico.

In tal senso, è vero che il movente interiore del soggetto agente è per la sua gran parte irrilevan-

[9] Luhmann 1990 [1981], 81 ss.
[10] Luhmann 2002 [1968], 35 ss.
[11] Luhmann 2002, 54.
[12] Luhmann 2002, 55 ss.
[13] Adorno et al. 2016 [1950].

te; la dimensione etica qui è incongrua, e ciò che rileva è piuttosto il dato fattuale, quella dimensione per cui *a posteriori* l'effettività è misurata. Ma proprio qui si pone il senso di quella obiezione che si era mossa all'inizio rilevando l'inopportunità di una troppo netta separazione tra i paradigmi della fiducia e della sfiducia: pare piuttosto che l'intero fenomeno giuridico, soprattutto nel suo processo di positivizzazione, si appoggi su un'ontologica commistione dei due profili.

Detto altrimenti, le radici del diritto di cui parla il libro di Greco vivono certamente nella dimensione intrinsecamente relazionale della società, nella quale operano e interagiscono, differenziandosi e talora dedifferenziandosi, sovente con fenomeni di accoppiamento strutturale e irritazione reciproca[14], i diversi sottosistemi rispetto al proprio ambiente. E in tale dimensione opera, quale presupposto dell'agire, anzitutto individuale (inteso come frutto dell'interazione coevolutiva tra sistema psichico e sistema sociale)[15], anche il fattore della fiducia, intesa come assunzione di un rischio presente, fondato su esperienze (positive) pregresse, per un comportamento futuro che pure potrebbe riservare delusioni di aspettative. Ma dinanzi a tali delusioni – è questo un fattore decisivo – sarà l'ordinamento a intervenire, avendo preliminarmente deciso quali di questi eventi controfattuali e delusivi dovrà essere negato tramite una conformazione forzata, connessa a una sanzione. Sarà cioè l'ordinamento a decidere quali aspettative meritano di trasformarsi da cognitive in normative, e a imporre un dover essere dinanzi a un essere deludente.

In altre parole, la fiducia è un importante strumento di riduzione della complessità, ma laddove questa sia tradita dovrà (in base a opzioni ovviamente *lato sensu* politiche) soccorrere l'ordinamento con mezzi che presuppongono proprio questa possibilità di tradimento delle aspettative reciproche (in una prospettiva ovviamente sia orizzontale – tra privati – sia verticale – tra i singoli e i pubblici poteri), normativizzando (ossia imponendo) i comportamenti ritenuti socialmente corretti. E allora, restringendo una prospettiva (che invero sarebbe molto più ampia) al solo profilo strettamente giuridico: la fiducia del singolo riposa sull'ordinamento proprio perché questo assorbe in sé – si fa carico, potrebbe dirsi – della sfiducia nella correttezza e nella responsabilità dei consociati. E intanto il singolo si fida, in quanto il diritto non si fida, apprestando strumenti per rendere davvero efficace (ed effettivo, nei limiti in cui ciò sia possibile) quel dover essere di cui esso si sostanzia.

4. *Dunque, fiducia nella sfiducia. Ma perché si obbedisce?*

Dunque, la fiducia esiste non in opposizione, ma insieme alla sfiducia, ossia in un paradigma complessivo in cui le due dimensioni si compongono in un unico prisma, infine destinato all'assolvimento di quelle funzioni sistemiche del diritto cui si è fatto poc'anzi cenno. In altre parole, il diritto si regge anzitutto su un affidamento, che è quello che i singoli fanno sull'ordinamento positivo e sulla sua capacità regolativa. Ma tale affidamento si basa infine sulla capacità di questo di rendersi davvero normativo – ossia cogente – nella consapevolezza che un affidamento reciproco – quello dell'ordinamento stesso sulla responsabilità dei singoli – non sarebbe sufficiente a rendere il diritto stesso funzionale al suo ruolo.

E dunque, può dirsi con una battuta, fiducia dei consociati nel diritto positivo come presupposto per l'effettività, indispensabile base di legittimazione ed efficienza del paradigma funzionale del sottosistema giuridico nei confronti dell'ambiente; sfiducia dell'ordinamento nella capacità dei consociati (*rectius*, di alcuni di essi, ma tant'è) di comportarsi responsabilmente. Di qui l'idea di un atteggiamento fiducioso dei singoli nell'atteggiamento diffidente del diritto; il cittadino può, come detto, permettersi la fiducia perché altri, ossia l'ordinamento e l'apparato che lo rende capace di coercitività, si fanno carico delle conseguenze delle delusioni controfattuali.

[14] Per un quadro del lessico impiegato da Luhmann si veda il volume di BARALDI et al. 2002.

[15] Una sintesi della prospettiva sistemica sul punto in MUSSO 2008, spec. 58 ss.

E questa è forse una prima, approssimativa risposta alla domanda posta all'inizio: perché si obbedisce? Le motivazioni individuali sono ovviamente le più varie: adesione etica al precetto, conformismo ideologico e culturale, opportunismo utilitaristico, ma certo anche timore della sanzione, che può essere ovviamente giuridica, ma pure meramente sociale o, in casi e per soggetti particolari, politica. E tuttavia la decisione individuale sull'obbedienza o disobbedienza, assunta *in interiore homine*, resta in sé insondabile: lo è sempre, dinanzi a ogni norma, e lo è in misura esasperata nei già ricordati casi di conflitti di fedeltà, soprattutto tra norma giuridica e norma etica, laddove obbedire a una norma significa *ipso facto* disobbedire a un'altra.

Vero è dunque che la sanzione non è l'unica, necessaria motivazione dell'obbedienza. Anche se in realtà non è sempre facile negare l'esistenza di una sanzione come motivazione dell'azione, giacché questa può essere di molti tipi: a tal proposito, gli esempi, offerti da Greco[16], del pagamento "spontaneo" di un prezzo per i fiori colti in un campo a Friburgo o per il succo di frutta preso da un banchetto libero in Val Venosta (ma basterebbe pensare alle candele che ovunque i fedeli accendono in chiesa, lasciando una moneta in cassetta) sono suggestivi, ma non sembrano spostare di molto il problema. Forse in quei casi non si tratta di pura responsabilità, di semplice spontaneità: giacché la riprovazione sociale che accompagnerebbe chi fosse colto nell'atto di prelevare i fiori o la bevanda senza lasciare un compenso, nel contesto ristretto di comunità in cui quest'usanza è di fatto una consuetudine, finisce con lo svolgere un ruolo non troppo diverso da quello di una sanzione *stricto sensu* giuridica. Ed essere additati come profittatori (se non come ladri) in un paesino montano, soprattutto per chi deve viverci, equivale a una gogna che spaventa non meno di una sanzione giuridica.

Ma, com'è ovvio, questo è un campo scivoloso, perché le motivazioni individuali dell'obbedienza sono estremamente varie. Peraltro, i condizionamenti percettivi che l'ambiente impone sullo stesso senso etico, quello stesso su cui in fondo si misura (in modo sempre soggettivo e relativo a un contesto sociale) la responsabilità dei singoli sono innumerevoli, e talora drammaticamente sorprendenti: le meccaniche e reiterate giustificazioni degli esecutori nazisti dinanzi alle accuse mosse nei confronti dei loro crimini a Norimberga, le disarmanti argomentazioni di Eichmann nel processo di Gerusalemme ben descritto da Hannah Arendt[17], o più semplicemente gli esperimenti di psicologia sociale effettuati da Stanley Milgram[18] (pure citato da Greco) o, potrebbe anche aggiungersi, da Philip Zimbardo[19], dimostrano come il senso etico individuale vari molto, fino ad annichilirsi, dinanzi all'ordine dell'autorità che minaccia punizioni, ma ancor prima dinanzi alla percezione comune (sociale, collettiva) della "normalità" e al giudizio diffuso sul valore dell'azione che si va a compiere o sul ruolo che si va a svolgere. Su questo terribile meccanismo psicologico hanno d'altronde sempre giocato le ideologie, i totalitarismi, le organizzazioni gerarchiche: in un contesto chiuso e fortemente strutturato, anche l'individuo più mite può diventare un algido, efficiente e non di rado convinto carnefice, o almeno un consenziente sostenitore della crudeltà[20]. Ma senza arrivare a tali estremi, è ovvio che nelle organizzazioni sociali in cui vige una rigida gerarchia sostenuta da un integralismo ideologico – si pensi certo alle esperienze politiche dei regimi totalitari e ai partiti unici che li reggevano, ma anche ai loro antesignani, gli ordini religiosi con le loro regole fondate su un'obbedienza talora assoluta e fondata sull'autorità che deriva dalla trascendenza – l'annichilimento, la *Vernichtung* della volontà, l'ab-negazione sono alla base di un intero paradigma di decisione e di azione.

E peraltro, il tema dell'obbedienza si ricollega di nuovo al problema delle aspettative e dei ruoli, secondo paradigmi complessi che, prima ancora che dal citato Luhmann, sono stati indagati da Erving

[16] Greco 2021, 160 s.
[17] Il riferimento è ovviamente al noto testo di Hannah Arendt – Arendt 1999 [1964].
[18] Milgram 2003 [1974].
[19] Zimbardo 2007.
[20] Si veda, tra molti, il pur discusso studio di Goldhagen 1998 [1996].

Goffman per le istituzioni totali[21] e soprattutto da Robert K. Merton, con il suo concetto di "ambivalenza sociologica", che muove dall'analisi delle situazioni di conflitto tra coscienza individuale e normatività esogena, basandosi peraltro sulla pervadente idea che ogni ruolo sociale sia costituito da un'organizzazione dinamica di norme e contro-norme, entro un contesto in cui le norme principali e le contro-norme minori governano in modo alternativo il comportamento di ruolo, producendo in tal modo ambivalenza[22]. Un'ambivalenza che, dunque, si pone come regola e non come eccezione.

5. *Dall'obbedienza alla responsabilità*

Moltissimi, come ho detto, sarebbero però i profili da trattare in base alle numerose suggestioni che questo piccolo ma denso volume dà al lettore: ma solo su uno, conclusivamente, vorrei soffermarmi, perché mi pare che costituisca l'aspetto saliente della *pars construens* che Greco ci offre: se infatti la sanzione – con il suo carico deterrente – è il fulcro del modello sfiduciario, quello del modello fiduciario è in fondo, come ho accennato poco fa, la *responsabilità*, che pare essere infine in tale prospettiva l'unico vero momento di garanzia della stabilità dei comportamenti, in quella che Greco, sulla scorta di Nadia Urbinati e Michela Marzano[23], chiama "società orizzontale", intendendola come «un tipo di società fondato su rapporti egualitari, privi di mediazione e liberati dal dominio dell'autorità, oltreché sulla condivisione di una cultura sempre meno legata alla tradizione e sempre più condivisa nella fruizione». Meno gerarchie e più diritti, più eguaglianza, più cura e attenzione per l'altro. L'autore ovviamente non cade nell'ingenuità di pensare che questa possa essere sufficiente, e dice chiaramente che «non potremo mai avere un ordinamento fatto di sole relazioni orizzontali»[24]; ma probabilmente neanche coloro che egli annovera tra i fautori del paradigma sfiduciario pensano a sole relazioni verticali.

Peraltro, le tendenze all'esaltazione della cooperazione, della collaborazione, dell'etica della cura (la *care ethics* di Carol Gilligan o di Joan Tronto, tra le tante autrici, è un esempio significativo)[25] che si sono diffuse, soprattutto a opera del pensiero femminista[26], negli ultimi decenni sono certamente in sé foriere di istanze positive, ma sembrano incorrere in una petizione di principio, dando per acquisito ciò che in realtà non lo è, o comunque lo è raramente, ossia la predisposizione a un atteggiamento altruistico.

E, in fondo, anche negli ordinamenti contemporanei hanno preso sempre più spazio modelli di azione e di relazione basati sull'apparente degerarchizzazione dei soggetti: dal principio di sussidiarietà (verticale e orizzontale) a quello di leale cooperazione, solo per restare nell'ambito del diritto pubblico, numerosi sono i paradigmi che appaiono orientati a una dimensione collaborativa, relazionale, tendenzialmente paritaria e "accogliente", orientata all'intesa. Anche se poi, non di rado, l'esperienza mostra che tali paradigmi favoriscono, già nel medio periodo, il soggetto più forte, indebolendo le tutele e le garanzie dei soggetti minori (ma questo è un altro tema). Inoltre, in tale campo, si deve comunque ricordare che tutti i sistemi di garanzia elaborati storicamente dal costituzionalismo moderno, dai meccanismi di controllo reciproco e bilanciamento tra poteri alle varie forme di tutela dei diritti e alla rigidità delle costituzioni, nascono dal timore di un abuso del potere e dell'autorità nei confronti della libertà, ossia da un paradigma eminentemente "sfiduciario".

[21] GOFFMAN 2003 [1961].

[22] MERTON 1976; sul punto, di recente, VELTRI 2021.

[23] Il riferimento è a URBINATI, MARZANO 2017.

[24] GRECO 2021, 146 ss.

[25] In una letteratura torrenziale, si richiamano soltanto alcune opere di due tra le autrici più note: GILLIGAN 1987 [1982]; TRONTO 2013 [1993]. Per un quadro di sintesi sull'etica della cura, PATERNÒ 2017; per una critica a taluni aspetti delle teorie in esame rinvio a RIMOLI 2017.

[26] Si tratta di tesi delle quali tuttavia si è talora appropriato, e non a caso, il pensiero di area cattolica: si veda per esempio il lavoro di PALAZZANI 2017.

E comunque, tornando al discorso principale, fiducia nella buona volontà di tutti gli attori in gioco: ma può bastare? Purtroppo, qualche considerazione conclusiva ci porta altrove. La pandemia prima, gli orrori della guerra in Ucraina ora, seppur in forme assai diverse, hanno piuttosto rafforzato in tutti noi il senso di insicurezza, e da questo gli egoismi, le pulsioni difensive, le spinte al riarmo, riportando tutti alla percezione dei bisogni elementari, alla precarietà delle situazioni acquisite, all'idea che il bel mondo in cui noi occidentali abbiamo fin qui vissuto può stravolgersi nello spazio di pochi giorni, riportarci alla barbarie in un mondo che è sempre più asincrono, in cui cioè vivono popoli e comunità che appaiono contemporanei e che sono invece collocati, nella realtà percettiva, in epoche tutte diverse. E ciò non può che generare sfiducia nel futuro.

D'altronde, al di là della ben triste contingenza, la "società della prestazione" (*Leistungsgesellschaft*) neoliberale, così ben descritta da Byung-Chul Han[27], ha forse superato la società disciplinare di tipo foucaultiano, ma ha ormai imposto a tutti noi una *forma mentis* che assai poco inclina a una collaborazione spontanea, fondandosi piuttosto su un'ossessione competitiva e nevrotica che distrugge infine i singoli e le comunità. Del pari, come ben sottolinea Irti nel suo *Viaggio tra gli obbedienti*, le stesse tecnologie informatiche e l'Intelligenza Artificiale, esaltate dalla tempesta perfetta della pandemia e dal telelavoro, spengono l'umano dialogo dell'obbedienza, e chiudono l'individuo entro un Ordine che «chiede soltanto prestazioni di competenza, occupare il 'posto', e svolgere le funzioni assegnate»[28]. E in questo quadro, certo, la fiducia rischia di soccombere per asfissia, in una società globale che appare sempre più una sorta di istituzione totale...

Ma tornando per un momento alla guerra in Ucraina, questa, a differenza delle molte che hanno funestato gli ultimi decenni, ha colpito il nostro mondo, non un mondo diverso, e si ha la chiara impressione che, a questo punto, possa colpire direttamente anche noi. E soprattutto ha mostrato ancora una volta – se mai ce ne fosse bisogno – l'inanità degli strumenti del diritto internazionale, cioè proprio di un diritto in cui manca di fatto un vero soggetto superiore che possa imporne coattivamente l'osservanza a coloro che ne violano i principi, primo tra tutti quello, fondamentale quanto autoreferenziale, per cui *pacta sunt servanda* (un "inizio" nel senso di Cacciari e Irti, forse una *Grundnorm* kelseniana).

Un diritto in cui, appunto, l'orizzontalità (fondata sull'illusione formale della pari dignità degli Stati) si scontra con la prosaica realtà delle diseguaglianze di fatto, dei rapporti di forza, dell'aggressività violenta e crudele di un'anacronistica ma inguaribile volontà di potenza, dell'invasività degli interessi economici e geopolitici in un contesto in cui – infine – la responsabilità vale solo finché la si vuol far valere, e in fondo alla strada di ogni vero conflitto la terribile soluzione, dopo il fallimento di ogni approccio discorsivo, di ogni illusione di orientamento all'intesa, di ogni divieto costituzionale o in senso lato giuridico resta, come sempre, solo la guerra, la violenza, il totale abbrutimento di ogni relazione umana.

Ecco, qui forse si può muovere un rilievo al libro di Greco: un maggior riferimento al diritto internazionale – un diritto che è appunto basato su un paradigma decisamente fiduciario, al di là dei pur numerosi strumenti di persuasione che, a partire da istituzioni come l'Onu, variamente e vanamente lo accompagnano – avrebbe ulteriormente arricchito l'analisi, confrontandone le tesi teoriche con una realtà concreta che troppo spesso ne costituisce una drammatica confutazione.

E tuttavia, in conclusione, si tratta di un lavoro di sicuro interesse, che ha il merito di riportare l'attenzione su profili non sempre adeguatamente considerati dagli studiosi e dagli intellettuali in genere, con una maestria di scrittura che lo rende efficace presso un pubblico colto ma assai ampio, mostrando un ottimismo esistenziale di fondo che è oggi, tanto più in un'epoca così cupa e drammatica, decisamente prezioso.

[27] HAN 2020 [2016], 162 ss. (ed. Kindle); HAN 2016 [2014].
[28] IRTI 2021, § 16.

Riferimenti bibliografici

ADORNO T.W., FRENKEL-BRUNSWIK E., LEVINSON D., NEVITT SANFORD N. 2016. *La personalità autoritaria*, Pgreco (ed. or. 1950, trad. it. di G. Jervis).

ARENDT H. 1999. *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli (ed. or. 1964, trad.it. di P. Bernardini).

BARALDI C., CORSI G., ESPOSITO E. 2002. *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, IV ed., FrancoAngeli.

GILLIGAN C. 1987. *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Feltrinelli (ed. or. *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, 1982, trad. it. di A. Bottini).

GOFFMAN E. 2003. *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi (ed. or. 1961, trad. it. di F. Basaglia).

GOLDHAGEN D.J. 1998. *I volonterosi carnefici di Hitler. I tedeschi comuni e l'olocausto*, Mondadori (ed. or. 1996, trad. it. di E. Basaglia).

GRECO T. 2021. *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza.

HABERMAS J. 1997. *Teoria dell'agire comunicativo. I. Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale*, il Mulino (ed. or. 1981, III ed.1984, trad. it. di P. Rinaudo).

HAN B. C. 2016. *Psicopolitica. Il neoliberalismo e le nuove tecniche del potere*, nottetempo (ed. or. 2014, trad. it. di F. Buongiorno).

HAN B. C. 2020. *La società della stanchezza*, nuova edizione, nottetempo (ed. or. 2016, trad. it. di F. Buongiorno).

IRTI N. 2021. *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, La nave di Teseo.

LUHMANN N. 1977. *Sociologia del diritto*, Laterza (ed. or. 1972, trad.it. di A. Febbrajo).

LUHMANN N. 1990. *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, il Mulino (ed. or. 1981, trad.it. di R. De Giorgi e M. Silbernagl).

LUHMANN N. 2002. *La fiducia*, il Mulino (ed. or. 1968, trad. it. di L. Burgazzoli).

MERTON R. K. 1976. *Sociological Ambivalence*, in ID., *Sociological Ambivalence and other Essays*, The Free Press, 1976, 3 ss.

MILGRAM S. 2003. *Obbedienza all'autorità. Uno sguardo sperimentale*, Einaudi (ed. or. 1974, trad. it. di R. Ballabeni).

MUSSO M. G. 2008. *Il sistema e l'osserv-attore. Itinerari di sociologia della complessità,* FrancoAngeli.

PALAZZANI L. 2017. *Cura e giustizia. Tra teoria e prassi*, Studium.

PATERNÒ M.P. 2017. *Teoria politica ed etica della cura*, in ID. (ed.), *Cura dell'Altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, Editoriale Scientifica, 11 ss.

RIMOLI F. 2017. *Etica della cura, diritto e giustizia. Una prospettiva plausibile?*, in PATERNÒ M.P. (ed.), *Cura dell'Altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, Editoriale Scientifica, 243 ss.

SCHMITT C. 1972. *Il concetto di "politico"*, in ID., *Le categorie del "politico"*, il Mulino (ed. or. 1932, trad. it. di P.Schiera).

TRONTO J. 2013. *Confini morali. Un argomento per l'etica della cura*, Diabasis (ed. or. 1993, trad. it. di N.Riva).

TURNATURI G. 2000. *Tradimenti. L'imprevedibilità nelle relazioni umane*, Feltrinelli.

URBINATI N., MARZANO M. 2017. *La società orizzontale*, Feltrinelli.

VELTRI F. 2021. *L'obbedienza è (ancora) una virtù? Vincoli normativi e limiti sistemici dell'obbedienza*, in «Sociologia e ricerca sociale», 2021, 138 ss.

WALDENFELS B. 1997. *Topographie des Fremden. Studien zur Phänomenologie des Fremden,* I, Suhrkamp.

ZIMBARDO P.G. 2007. *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, R. Cortina (ed. or. 2007, trad.it. di M. Botto).

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

EX AUCTORITATE

GIORGIO **PINO**

Ex auctoritate

GIORGIO PINO

Professore di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.
E-mail: giorgio.pino@uniroma3.it

ABSTRACT
Sostenere una tesi interpretativa ricorrendo ad un argomento *ex auctoritate* vuol dire affermare che quella tesi è corretta perché è già stata sostenuta da qualcuno, la cui autorità è dunque invocata a sostegno della tesi. Nonostante l'apparente stranezza, argomenti di questo tipo sono ampiamente utilizzati nelle argomentazioni giudiziarie e dottrinali, ma poco studiati dalla teoria dell'interpretazione e argomentazione giuridica. Questo saggio si propone di colmare questa lacuna.

To argue *ex auctoritate* in favour of a certain interpretation means that that interpretation is to be deemed correct just in virtue of the fact that said interpretation has already been endorsed by somebody – whose authority is thus called upon in order to substantiate the correctness of the interpretation at stake. While this way of arguing may seem somewhat odd, it is rather widespread in both judicial and doctrinal writings, and at the same time it is rather neglected by the theory of legal interpretation and legal reasoning. The essay tries to fill this gap.

KEYWORDS
Interpretazione giuridica, argomentazione giuridica, argomenti interpretativi, argomento *ex auctoritate*

Legal interpretation, legal argumentation, canons of interpretation, interpretation *ex auctoritate*

ALLEGATI
Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza n. 37974/2021

© 2022, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Ex auctoritate

GIORGIO PINO

1. *Ipse dixit* – 2. *Interpretazione e argomentazione giuridica: appunti per un vademecum* – 2.1. *La struttura delle tesi interpretative* – 2.2. *L'argomentazione interpretativa* – 3. *L'argomento* ex auctoritate – 3.1. *Autorità epistemiche* – 3.2. *Autorità sistemiche* – 3.3. *Meccanica degli argomenti* ex auctoritate – 4. *Argomenti* ex auctoritate *e formalismo interpretativo*.

ALLEGATI: Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza n. 37974/2021

La sentenza della Corte di Cassazione penale, sez. I, 22 ottobre 2021 n. 37974, contiene numerosi profili di interesse dal punto di vista della teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica. Con riferimento all'art. 660 c.p., la Corte si trova infatti, tra le altre cose, a dover precisare il significato di un termine generico e valutativo come «molestia», e soprattutto quello della locuzione «col mezzo del telefono».

Questa parte specifica della disposizione ha già dato filo da torcere a numerosi interpreti (sia in dottrina sia in giurisprudenza)[1], e di questa "storia delle interpretazioni" la decisione in commento reca visibile traccia. L'iter giustificativo esibito dalla Cassazione si presenta infatti stipato di riferimenti a precedenti sentenze della Cassazione, al fine di dare sostanza alle soluzioni interpretative di volta in volta proposte ai vari snodi problematici affrontati: questa decisione della Cassazione, in altre parole, fa un uso alquanto intensivo del richiamo ai (propri) precedenti, e cioè dell'argomento *ex auctoritate*.

Ed è su questo specifico che questa nota si concentrerà: sia per l'interesse in sé di analizzare questa forma di argomento (sulla quale, come vedremo, non sembra essersi formata una letteratura particolarmente ampia), sia perché questo stile argomentativo appare sempre più frequente, e anzi del tutto normale, nella giurisprudenza italiana attuale. Vale dunque la pena di dare un'occhiata più da vicino[2].

Procederò nel modo seguente. Innanzitutto, presenterò brevemente la nozione di argomento di autorità, in generale e nel diritto (§ 1); poi introdurrò alcune nozioni minimali di teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica, utili allo sviluppo dell'analisi successiva (§ 2); passerò dunque ad analizzare l'argomento autoritativo come specifica forma di argomento interpretativo, mostrando in particolare come esso si possa presentare in forme diverse (§ 3); infine, collocherò l'argomento autoritativo nel contesto di una più generale strategia o ideologia dell'interpretazione, di tipo "formalista" (§ 4).

Forse non è ozioso precisare subito che queste pagine si pongono nella prospettiva – esplicativa – propria della *teoria* dell'interpretazione, e non in quella – prescrittiva, o valutativa, o normativa – della *politica* o dell'*ideologia* dell'interpretazione: non intendo mostrare che sia opportuno, o utile, o giusto (o inopportuno, o dannoso, o sbagliato) fare ricorso ad argomenti autoritativi

[1] Un altro punto controverso di questa disposizione, che in questa decisione però non viene in rilievo, riguarda la locuzione «luogo aperto al pubblico»: ci si è chiesti, in particolare, se un social network possa essere considerato tale. Sul punto si veda l'analisi di TUZET 2020, 94 ss.

[2] Come nota CELANO (1999, 142-143), sulla scorta di Lewis, «parte del compito di chi svolge un'indagine teorica consiste nel mettere in questione le banalità che tutti, o quasi tutti, abitualmente accettano, senza pensarci due volte; spesso, le banalità resistono all'esame, rivelandosi ben fondate; ma, mettendole in questione, il teorico ha svolto un servizio utile: ci ha costretto a riflettere su ciò che comunemente accettiamo come ovvio, senza pensarci due volte, e, in tal modo, a capire che cosa, in effetti, già pensiamo».

nel contesto dell'interpretazione giuridica, ma piuttosto cercare di capire cosa significa usare argomenti di questo tipo, e quali siano i presupposti del loro impiego.

1. Ipse dixit

È un dato di comune esperienza che una affermazione possa essere giustificata facendo appello all'autorità del soggetto che la ha formulata. Così, è normale fondare il convincimento che un certo cibo faccia male, o che una certa diagnosi sia corretta o affidabile, perché lo ha detto un certo medico specializzato; così come è normale fondare il convincimento che la Terra sia sferica, o che essa abbia una certa distanza dal Sole, o che esistano i buchi neri, o che una certa sostanza sia tossica, o che esista il DNA, o che Napoleone sia stato sconfitto a Waterloo (o che Napoleone sia esistito), sul fatto che tutte queste cose sono state affermate da certi esperti – spesso, dalla comunità degli esperti. In casi come questi, il fatto che una certa tesi sia stata affermata da un certo soggetto prende il posto della capacità di chi invoca l'affermazione dell'esperto di dimostrare direttamente la verità di quella tesi, o quantomeno la rafforza.

Beninteso, non è il mero fatto che un certo soggetto abbia detto X a rendere X *vero*. La mera affermazione di X da parte di chicchessia, di per sé, non rende vero X. È evidente che un argomento *ex auctoritate* non può mai fondare la verità di ciò che sostiene, semplicemente perché non esistono in nessun campo autorità infallibili (dal punto di vista logico, o quantomeno della logica deduttiva, l'argomento *ex auctoritate* è un argomento fallace – è una fallacia "di rilevanza").

Tuttavia, a date condizioni, il fatto che qualcuno abbia detto X può essere una ragione per credere che X sia probabilmente, o molto probabilmente, vero. *A date condizioni*: banalmente (anche se l'analisi precisa di questa situazione può non essere affatto banale), si tratta del fatto che chi ha detto X *ne sa di più* sul campo di esperienza a cui appartiene X. Il fatto che uno storico affidabile abbia formulato una affermazione in campo storiografico è una ragione per credere nella verità di quella affermazione; ma lo stesso non si può dire se quello storico formula affermazioni in campo astrofisico o epidemiologico[3]. Ovviamente, nulla in astratto mi impedisce di acquisire in prima persona l'*expertise* necessaria a farmi la mia idea sulla verità di X; ma potrebbero volerci anni o decenni di studio e di verifiche empiriche, e quindi in molti casi rimettersi al parere dell'esperto – trattarlo "come vero", anche se solo probabilmente vero – può essere un'idea perfettamente sensata.

Quando ciò accade, sto trattando il soggetto che dice X come una autorità, e precisamente come una autorità *teoretica*. Se qualcuno è trattato come una autorità teoretica, allora il fatto che egli abbia affermato qualcosa (quantomeno relativamente ad un certo campo di esperienza) è una ragione per credere che quella affermazione sia probabilmente, o molto probabilmente, vera. Proprio per questa ragione, uno dei nomi del ricorso all'autorità per giustificare la bontà di una certa tesi, oltre ad "argomento *ex auctoritate*", è "argomento *ad verecundiam*": l'argomento cioè che si basa sull'esibire modestia o, potremmo anche dire, deferenza rispetto a qualcuno[4].

Le autorità teoretiche non sono il solo tipo di autorità a cui possiamo far riferimento in una argomentazione. Esistono anche autorità di altro tipo – autorità le cui affermazioni non creano ragioni per credere la (probabile) verità di qualcosa, ma piuttosto ragioni per fare qualcosa – ragioni *per agire* in qualche modo, anziché ragioni *per credere* qualcosa. Il fatto che un certo soggetto abbia detto X può essere una ragione per considerare X la cosa giusta o doverosa da fare.

[3] In casi come questo il riferimento all'autorità diventa un argomento fallace non solo da un punto di vista deduttivo ma anche da un punto di vista induttivo, perché non riesce a fondare neanche la probabilità dell'affermazione in questione.

[4] Sugli argomenti *ex auctoritate* in generale v. COPI, COHEN 1999, 172-174; PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 2001, 322-327; IACONA 2005, 111-112, 117-118; VARZI, NOLT, ROHATYN 2007, 236-237; WALTON 2008, cap. 7.

Quando ciò accade, il soggetto in questione è trattato come una autorità *pratica*[5]. Se qualcuno è trattato come una autorità pratica, allora il fatto che egli abbia detto di fare qualcosa è una ragione per fare quella cosa. L'esempio più ovvio è il rapporto genitori-figli: quantomeno dal punto di vista del genitore[6], il fatto stesso di aver detto di fare qualcosa (apparecchiare la tavola, fare i compiti, rientrare a casa entro un certo orario, ecc.) dovrebbe essere una ragione valida e sufficiente affinché il figlio faccia quella cosa. In generale, in qualunque struttura di tipo gerarchico il fatto che un "superiore" abbia detto ad un "subordinato" di fare qualcosa è di per sé una ragione affinché quest'ultimo faccia quella cosa.

Analogamente a quanto abbiamo visto per l'autorità teoretica, anche l'autorità pratica ha solitamente un ambito delimitato: il mio datore di lavoro può darmi delle direttive che riguardano l'attività lavorativa e io potrò trattarle come direttive autoritative (valide per il solo fatto che provengono da lui), ma non avrà alcuna autorità sulla mia vita sentimentale o sulla mia fede calcistica o sulle mie preferenze culinarie. Inoltre, mentre una autorità teoretica è fondata sulla sua maggiore *expertise* (quantomeno su un certo campo di esperienza), una autorità pratica è fondata su una relazione gerarchica (quantomeno su un certo campo di esperienza), relazione che può a sua volta derivare da considerazioni del tipo più vario (amore per i genitori, rispetto per i capelli bianchi, timore o venerazione per l'autorità, l'aver sottoscritto un contratto di lavoro, ecc.).

In sintesi, dunque, il riferimento all'autorità è un argomento "formale", o "indipendente dal contenuto"[7]: il fatto che una autorità abbia detto X è una ragione per credere nella verità di X (se autorità teoretica), o è una ragione per fare X (se autorità pratica), a prescindere dal merito di X. Se dico «stasera rientro a casa presto perché ho bisogno di dormire», il mio bisogno di dormire è una ragione *sostanziale* in favore del rientrare a casa presto. Se invece dico «stasera rientro a casa presto perché me lo ha detto mia mamma», il fatto che lo abbia detto mia mamma è una ragione autoritativa e, in questo senso, *formale*, in favore del rientrare a casa presto: è una ragione che prescinde da una valutazione dei benefici (in termini di salute, di riposo, ecc.) che posso acquisire dall'essere presto a casa, o dal fatto che mia mamma mi abbia razionalmente persuaso dell'esistenza di tali benefici.

Inoltre, il riferimento all'autorità non è necessariamente perentorio; il fatto che una autorità abbia detto X non è una ragione *assoluta* per credere X, o per fare X: sia perché, come abbiamo visto, X potrebbe essere al di fuori del campo di competenza dell'autorità; sia perché X potrebbe confliggere con altre ragioni, teoretiche o pratiche, più importanti (un dottore mi ha diagnosticato una certa malattia, ma un altro dottore più esperto la ha esclusa; mia mamma mi ha detto di tornare presto a casa, ma un mio amico ha avuto un incidente e devo portarlo in ospedale; il mio datore di lavoro mi ha imposto di rinunciare alle ferie, ma questo mi creerebbe un danno alla salute o metterebbe in crisi il mio matrimonio). Tuttavia, trattare qualcuno come una autorità vuol dire che *nella maggior parte dei casi* siamo disposti ad accettare ciò che dice come probabilmente vero, o come la cosa da fare, anche quando la sua affermazione diverge da ciò che avremmo affermato con una valutazione fatta in prima persona.

Il ricorso ad argomenti di autorità è presente anche nel diritto. È del tutto possibile che l'accettabilità di una certa affermazione, all'interno di un discorso giuridico, venga fondata semplicemente sul fatto che quella affermazione è stata formulata da qualcuno. Questo, in fondo, non può essere considerato sorprendente: che il diritto sia una pratica autoritativa, che nel diritto siano presenti autorità, è affermazione difficilmente contestabile, indipendentemente dal modo specifico in cui il concetto di autorità del diritto venga poi articolato e fondato[8].

[5] Alcune presentazioni della distinzione tra autorità teoretica e autorità pratica possono leggersi in RAZ 1986, 52-53; GREEN 1988, 26-29; SOPER 2002, 35-38; SHAPIRO 2002, 398-402; LAMOND 2010, 16-35.

[6] Questa precisazione può servire a mitigare l'aura di fantascientificità dell'esempio.

[7] HART 1982, 243-268.

[8] L'elaborazione più articolata e influente dell'idea di autorità nel, e del, diritto, è sicuramente quella offerta da

In particolare, l'angolazione che mi interessa affrontare adesso è quella del discorso giuridico *interpretativo*: può capitare infatti che una certa interpretazione giuridica – una certa tesi interpretativa – venga difesa sulla base del fatto che essa è stata già sostenuta da qualcuno[9]. In questo modo, il riferimento all'autorità, l'argomento *ex auctoritate*, funziona come *argomento interpretativo*: un argomento a sostegno della bontà (accettabilità, plausibilità, ecc.) di una certa interpretazione giuridica[10].

Nonostante l'uso dell'argomento *ex auctoritate* sia, di fatto, estremamente diffuso nel contesto dell'argomentazione interpretativa[11], tanto giudiziale quanto dottrinale, l'attenzione ad esso dedicata da parte dei teorici dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica sembra decisamente limitata; sembra esserci una tendenza a trattare l'argomento *ex auctoritate* come un argomento interpretativo di nicchia, di rilievo residuale, poco significativo. Alcuni studi sull'argomentazione giuridica non lo menzionano nemmeno[12]. Per parte mia, credo che una analisi dell'argomento *ex auctoritate* nell'argomentazione interpretativa sia utile e interessante: sia per la frequenza pressoché rutinaria con cui è utilizzato dai giuristi, sia perché la semplicità e l'ovvietà di questo argomento sono destinate a rivelarsi, ad una occhiata appena più attenta, solo apparenti.

2. *Interpretazione e argomentazione giuridica: appunti per un vademecum*

Per interpretazione giuridica intendo l'attività di attribuzione di significato ad un enunciato presente in una fonte del diritto. Seguendo una impostazione pressoché standard[13], l'enunciato interpretando può essere chiamato *disposizione*; il significato ad esso attribuito a seguito di attività interpretativa è la *norma*. La norma è dunque ciò che risulta dall'interpretazione di una disposizione (o di più disposizioni).

O meglio, poiché il vocabolo "interpretazione" è ambiguo, potendo esso designare tanto una attività quanto il prodotto di quella attività, possiamo anche dire che la norma è individuata a seguito di una attività interpretativa (una interpretazione-attività), e che a sua volta essa *equivale* ad una interpretazione (una interpretazione-prodotto).

2.1. *La struttura delle tesi interpretative*

La struttura elementare di una interpretazione-prodotto è dunque

(1) D significa N

o, il che è lo stesso,

(1) N è il significato di D (N è espressa da D)

Joseph Raz (anche se non è andata esente da critiche): v. RAZ 1979; RAZ 2009.

[9] Per TARELLO 1980, 372, in base all'argomento *ex auctoritate* «ad un enunciato normativo va attribuito quel significato che gli è già stato attribuito da qualcuno, e per questo solo fatto».

[10] Questo, ovviamente, non è l'unico uso che si può rinvenire nel diritto di argomenti *ex auctoritate*. Ad esempio, argomenti *ex auctoritate* si possono trovare nell'argomentazione probatoria, come quando in un processo si fa riferimento alla consulenza scientifica. In proposito, si veda l'esaustiva disamina di CARLIZZI 2019.

[11] Rileva TARELLO 1980, 55, che nei sistemi moderni l'argomento autoritativo «è abbastanza largamente usato e non è privo di efficacia persuasiva».

[12] Cfr. ad es. GUASTINI 2004; CANALE, TUZET 2020.

[13] Per una presentazione più articolata si può vedere PINO 2021, capp. 1-2, cui rinvio anche per gli opportuni riferimenti bibliografici. Una critica a questo modo di concettualizzare l'interpretazione è invece in LUCIANI 2016.

dove, evidentemente, N è la norma che rappresenta il significato della disposizione D, individuato tramite interpretazione (N è una possibile interpretazione di D)[14]. Un enunciato riconducibile alla forma (1) è un "enunciato interpretativo" o "tesi interpretativa": è una tesi che accredita una certa interpretazione e dunque una certa norma. Ogniqualvolta i giuristi usano o menzionano una norma N, essi presuppongono una tesi interpretativa del tipo (1) (se N è una norma esplicita[15]).

Banalmente, non ogni attività di attribuzione di significato ad un enunciato delle fonti può contare come interpretazione. Non chiameremmo "interpretazione giuridica", almeno qui e ora, una attribuzione di significato effettuata sulla base di un sogno o di una visione estatica, o sotto l'effetto di droghe, o sulla base di un esperimento surrealista di scrittura automatica, o grazie ad un lancio di dadi. Può essere considerata "interpretazione" solo quella attività di attribuzione di significato (e il suo risultato) che sia stata svolta o che comunque sia giustificabile *secondo certi criteri*, considerati come rilevanti, ammissibili, accettabili, o perfino obbligatori, in una certa cultura giuridica. Questo è il campo dell'argomentazione giuridica, e più precisamente il campo dell'argomentazione dell'interpretazione.

Argomentare vuol dire fornire ragioni a sostegno di una certa conclusione. L'argomentazione giuridica (intesa come argomentazione interpretativa[16]) fornisce le ragioni a favore di una certa conclusione interpretativa: serve a mostrare che la norma (l'interpretazione-prodotto) è proprio il significato di quella disposizione, e che è un significato legittimamente individuabile (un significato possibile, o il significato più plausibile, o il significato più corretto, o l'unico significato possibile) alla luce dei criteri accettati nella cultura giuridica di riferimento.

(1) D significa N
(1_a) in virtù di A

La proposizione (1_a) mostra l'argomento interpretativo utilizzato a giustificazione della tesi interpretativa (1). La possiamo chiamare "argomentazione di primo livello". È possibile che l'argomento interpretativo usato nell'argomentazione di primo livello venga esplicitamente esibito dall'interprete; spesso però i giuristi, specialmente in situazioni interpretative considerate come ovvie, non sentono il bisogno di formulare espressamente l'argomento interpretativo che sorregge la tesi interpretativa[17].

Le proposizioni (1)-(1_a) danno ancora una rappresentazione semplificata della struttura di una tesi interpretativa. Spesso, infatti, l'interprete si misura con più significati possibili, e dunque con più norme possibili, tutte derivabili dalla medesima disposizione. In questi casi, che sono piuttosto frequenti, la tesi interpretativa diventa

(2) D significa N_1, anziché N_2, N_3, N_4..., in virtù di A_1

La proposizione (2) mostra che in questo caso l'interprete ha dovuto operare una scelta tra più interpretazioni (tra più norme) possibili, e ora questa scelta deve necessariamente essere giusti-

[14] Più precisamente, lo schema (1) si riferisce solo alle norme esplicite, tratte per l'appunto dall'interpretazione di una disposizione. È anche possibile che una norma non rappresenti il significato di un enunciato delle fonti (norme implicite).

[15] Vedi la nota precedente.

[16] D'ora in avanti mi riferirò invariabilmente all'argomentazione interpretativa, e ometterò di reiterare questa precisazione. Ma ovviamente anche il ragionamento probatorio è soggetto ad argomentazione, anche una tesi probatoria va giustificata sulla base di certi criteri.

[17] Questo è il "principio di economia" dell'argomentazione, secondo cui una giustificazione va fornita solo quando richiesta, e in particolare quando l'interprete fronteggia scelte interpretative attualmente o potenzialmente controverse; v. ALEXY 1998, 156; GIANFORMAGGIO 1988, 466; GIANFORMAGGIO 2008, 117-118; DICIOTTI 1999a, 232, 250-251; DICIOTTI 1999b, 66-67.

ficata. (Come abbiamo notato poco sopra, la giustificazione va data solo quando è necessaria, e quando il significato della disposizione è ovvio allora una giustificazione non è necessaria; ma quando sono possibili più significati, allora il significato non può più essere considerato ovvio e la scelta di un significato anziché di un altro va necessariamente giustificata.) La giustificazione avviene sulla base dell'argomento interpretativo A_1. Ma, se sono disponibili altri significati (N_2, N_3, N_4...,), ciò probabilmente significa che sono astrattamente disponibili pure altri argomenti interpretativi, idonei a giustificare questi altri significati. Dunque, la tesi interpretativa (2) include non solo la scelta del significato N_1 rispetto ad altri possibili ma anche, quantomeno implicitamente, una preferenza per l'argomento interpretativo A_1 rispetto ad altri disponibili.

(2_a) A_1 deve essere preferito a A_2, A_3, A_4... (che giustificherebbero N_2, N_3, N_4...)

La preferenza per A_1 rispetto ad altri argomenti interpretativi disponibili è, a sua volta, soggetta a giustificazione[18]

(2_b) A_1 deve essere preferito a A_2, A_3, A_4... *perché*...

La proposizione (2_b) è una "argomentazione di secondo livello": non serve, direttamente, a giustificare l'attribuzione di significato alla disposizione interpretanda, ma piuttosto a giustificare la scelta dell'argomento interpretativo rispetto ad altri astrattamente disponibili (è un meta-argomento interpretativo).

Le proposizioni (2)-(2_a)-(2_b) rappresentano una più completa schematizzazione di una tesi interpretativa e della sua argomentazione giustificativa.

2.2. *L'argomentazione interpretativa*

Anche se in ogni cultura giuridica vi sono alcuni argomenti interpretativi chiaramente ammissibili e altri chiaramente non ammissibili, non è semplice stilare una lista precisa ed esaustiva degli argomenti in uso in un certo momento. Spesso lo stesso diritto positivo codifica espressamente gli argomenti interpretativi che gli interpreti sono chiamati ad utilizzare: nel diritto italiano, questo accade paradigmaticamente con l'art. 12 preleggi, che indica l'uso di alcuni canoni interpretativi in via generale[19]; e capita che alcune leggi contengano specifiche direttive interpretative. Tuttavia, gli argomenti interpretativi emergono per lo più "spontaneamente" dalla prassi degli interpreti, spesso sovrapponendosi ai criteri formalmente previsti dal diritto positivo stesso, e di solito fagocitandoli.

Alcuni teorici dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica hanno prodotto elenchi variabili, e di varia estensione, degli argomenti interpretativi di fatto utilizzati, o potenzialmente utilizzabili, dai giuristi[20]. Altri, preso atto della grande varietà di argomenti interpretativi di fatto utilizzati dai giuristi, e della difficoltà di individuarne una lista completa, preferiscono salire ad un livello più alto di astrazione e, invece di censire *singoli* argomenti interpretativi, individuano distinti *gruppi* di argomenti omogenei (al cui interno possono poi essere individuate le opportune variazioni sul tema)[21].

[18] Salvo che, nuovamente, questa non sia una scelta percepita come del tutto ovvia (v. la nota precedente).

[19] Disposizioni dall'analoga funzione, ma dal contenuto lievemente diverso, sono presenti ad esempio nell'art. 1 del codice civile svizzero, e nell'art. 3 del codice civile spagnolo.

[20] Ad esempio, BARBERIS 2006, ne censisce 10; SUMMERS, TARUFFO 1991, 464-465, ne censiscono 11 (con approssimazione per difetto); TARELLO 1980, cap. VIII, ne censisce 15; DICIOTTI 1999a, 309-323, ne censisce 20; LOMBARDI VALLAURI 1981, 55-57, ne censisce 24; CHIASSONI 2007, 80-96, ne censisce 25.

[21] Ad esempio, MACCORMICK 1993, indica tre categorie di argomenti interpretativi: 1) argomenti linguistici, 2) argomenti sistematici, 3) argomenti teleologici/deontologici; ALEXY 1996, indica quattro categorie di argomenti interpretativi: 1) linguistici, 2) genetici, 3) sistematici, 4) pratici generali.

Ora, simili censimenti e raggruppamenti sono utili da vari punti di vista. Tuttavia, occorre tenere presente che la realtà delle argomentazioni giuridiche effettivamente prodotte dagli interpreti è quasi sempre molto meno ordinata e precisa di quanto potrebbero far pensare le liste prodotte dai teorici dell'argomentazione. Per un verso, infatti, le liste dei teorici sono modelli, e dunque tentativi di razionalizzazione a posteriori di ciò che accade nella pratica. Se ben fatti, i modelli teorici possono avere un'utile funzione conoscitiva, ordinatoria, e anche critica (possono avere una funzione di "terapia linguistica", o concettuale, nei confronti delle argomentazioni di fatto prodotte dagli interpreti): ma non sono, né intendono essere, una esatta fotografia della realtà. Per altro verso, e questa è una considerazione forse più interessante, molti argomenti interpretativi – così come catalogati dalla teoria dell'argomentazione – tendono a sfumare gli uni negli altri; spesso, operando una lieve variazione in un argomento interpretativo si può ottenere un argomento di tipo diverso; e spesso (e in alcuni casi necessariamente), un argomento opera intrecciato ad un altro argomento. Tipico, da questo punto di vista, è il caso dell'argomento psicologico o dell'intenzione del legislatore che, se inteso "in senso oggettivo", come ricerca della volontà "della legge", diventa un argomento teleologico; e gli argomenti teleologici spesso si presentano come argomenti "per principi", i quali a loro volta (se i principi in questione sono di rango costituzionale) diventano esempi di interpretazione "conforme a Costituzione". Ebbene, la sovrapposizione di argomenti interpretativi nelle argomentazioni dei giuristi può talvolta derivare da un loro uso disinvolto, impreciso o frettoloso; ma talvolta deriva dal fatto che vari argomenti interpretativi tendono effettivamente ad intrecciarsi tra loro, e dunque presentarli distintamente può risultare, in qualche misura, una semplificazione fuorviante[22].

Oltre al fatto appena considerato che spesso gli argomenti interpretativi si presentano tra loro intrecciati, occorre anche considerare che è piuttosto raro che in una argomentazione giuridica venga mobilitato *un solo* argomento interpretativo: salvo che nei casi percepiti come (molto) facili o ovvi, nei quali, come abbiamo visto, il bisogno di argomentazione è meno pressante, l'interprete cerca solitamente di portare a sostegno più argomenti interpretativi contemporaneamente, che convergono tutti verso il medesimo risultato interpretativo: l'interprete propone, così, una "argomentazione convergente"[23]. In generale, una tesi interpretativa sorretta da più argomenti distinti e convergenti appare più forte: innanzitutto perché in tal caso la tesi interpretativa in questione risulta accettabile da diversi punti di vista (dal punto di vista, cioè, di diversi possibili argomenti giustificativi); e in secondo luogo perché, anche ove una delle linee argomentative proposte dall'interprete dovesse risultare debole o contestabile, la tesi interpretativa continuerebbe ad essere giustificata dagli altri argomenti interpretativi impiegati.

A questo proposito possiamo distinguere, in linea generale, tra argomenti interpretativi forti e deboli. Un argomento interpretativo è forte se è considerato idoneo a giustificare, anche da solo, un certo esito interpretativo: un risultato interpretativo può tranquillamente poggiare su un solo argomento forte, anche se l'interprete potrebbe comunque decidere di mobilitare, *ad abundantiam*, anche ulteriori argomenti interpretativi a sostegno della soluzione proposta. Un argomento interpretativo è debole se non è considerato idoneo a giustificare da solo un certo risultato interpretativo – può solo operare in congiunzione con altri, in una argomentazione convergente, al fine di giustificare una certa tesi interpretativa[24].

[22] BARBERIS 2006, 6, sottolinea la dimensione "sistematica", o "olistica" dell'argomentazione giuridica («gli argomenti presentano una tale rete di relazioni reciproche da non poter essere tipizzati l'uno indipendentemente dall'altro»); v. anche TROPER 2003, 86.

[23] Sulle "argomentazioni convergenti", in generale, v. COPI, COHEN 1999, 28-29; IACONA 2005, 38-39.

[24] Il caso limite di argomento interpretativo debole è l'argomento apagogico, o *ab absurdo*: esso infatti opera essenzialmente in negativo, per screditare una tesi interpretativa presentata come assurda, e dunque non è concettualmente in grado di funzionare da solo per giustificare in positivo una tesi interpretativa.

Di solito, gli argomenti interpretativi forti *devono* essere usati in una argomentazione giuridica: non impiegarli è considerato un vizio o un difetto dell'argomentazione stessa, che espone l'argomentazione interpretativa a censure formali o quantomeno ad essere criticata come argomentazione manchevole. Ad esempio, la Corte costituzionale ha a lungo affermato che i giudici comuni devono esperire almeno un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione, a pena dell'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Gli argomenti interpretativi deboli, invece, *possono* essere usati: il loro uso è ammesso per rendere l'argomentazione più plausibile, completa, o elegante, ma l'interprete non è tenuto ad usarli.

Uno stesso argomento può risultare, in determinate circostanze, forte o debole. Si pensi all'argomento dei principi: in linea generale si tratta di un argomento piuttosto forte, ma poi la sua forza effettiva dipenderà anche dal principio (o dal *tipo* di principio: principi costituzionali, settoriali, ecc.) di volta in volta invocato. E anche l'argomento teleologico e quello psicologico sono particolarmente forti solo quando la *ratio legis* o l'intenzione del legislatore (nella misura in cui essa sia identificabile) appaiono del tutto evidenti. Mentre diventano argomenti deboli quando la *ratio legis* o l'intenzione legislativa appaiono poco credibili, non ricostruite in maniera rigorosa, ecc.

Infine, può talvolta accadere che alcuni argomenti interpretativi si presentino non affiancati ma piuttosto "incastonati" l'uno dentro l'altro. Ad esempio, l'argomento "della costanza terminologica" (secondo cui ad uno stesso termine si deve assegnare sempre lo stesso significato, anche se ricorre in atti normativi o in sotto-sistemi diversi), così come quello, speculare, "dell'incostanza terminologica" (secondo cui ad uno stesso termine si devono assegnare significati diversi, quando ricorre in atti normativi o in sotto-sistemi diversi), potrebbe trovarsi incastonato nell'argomento psicologico della volontà del legislatore: in tal caso, è la (presunta) volontà del legislatore a far propendere verso la costanza, oppure l'incostanza, linguistica.

3. *L'argomento* ex auctoritate

In base alla definizione che abbiamo già introdotto, impiegare un argomento *ex auctoritate* (o argomento autoritativo, o argomento *ab exemplo*) per giustificare una interpretazione giuridica significa considerare giustificato un esito interpretativo per il solo fatto che esso è già stato enunciato da qualcuno[25]. La disposizione D si presta ad essere interpretata nel senso N_1 e nel senso N_2; poiché un qualche soggetto A ha già scelto N_1, N_1 è il significato corretto (è giustificato scegliere N_1). Il soggetto A, si noti, può anche essere lo stesso soggetto che sta avanzando la tesi interpretativa: l'esempio più evidente è quando la Corte costituzionale, o le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, citano proprie precedenti interpretazioni a sostegno di una tesi interpretativa ("autoprecedente")[26].

[25] Cfr. *supra*, nt. 9 e testo corrispondente. Sull'uso di argomenti di questo tipo nel diritto, TARELLO 1980, 372-375; DICIOTTI 1999A, 314-316; CHIASSONI 2002-2003, 55-124; CHIASSONI 2007, 91-93; SCHAUER 2008; SCHAUER 2009; LAMOND 2010; SHECAIRA 2017.
Utilizzo le espressioni "argomento *ex auctoritate*" e "argomento *ab exemplo*" come perfettamente equivalenti, anche se talvolta è stato suggerito che non lo siano (così ad es. MORAL SORIANO 1998, che però non pare rendere molto chiara la presunta differenza tra le due cose).

[26] Secondo Riccardo Guastini, in questi casi non sarebbe all'opera un argomento *ex auctoritate* (perché «una Corte non ha valore di *auctoritats* verso sé medesima»), ma il distinto argomento retorico dello *stare decisis* (GUASTINI 2018, 87). Questa distinzione, tuttavia, non sembra convincente: nel richiamare un proprio precedente, una Corte non si sottomette all'autorità di sé stessa, ma piuttosto ribadisce la propria autorità all'uditorio (le parti del processo, gli altri giudici...). L'argomento *ex auctoritate* è un argomento interpretativo, e come tale la sua funzione è di mostrare la plausibilità di una certa tesi interpretativa: nel richiamare propri precedenti, una Corte non fa altro che affermare che le proprie precedenti decisioni sono idonee a giustificare una certa attribuzione di significato, per

Come si vede da questa sintetica definizione, l'argomento autoritativo non fa perno (o comunque, non principalmente e non necessariamente) sul fatto che il soggetto A sia stato in grado, a sua volta, di addurre buone ragioni a favore di N_1: l'argomento *ex auctoritate* non è un modo di giustificare una tesi interpretativa *per relationem*, rinviando cioè ai buoni argomenti già addotti da altri. Piuttosto, nella logica dell'argomento *ex auctoritate* a fungere da ragione giustificativa in favore di N_1 è *il fatto stesso* che A ha detto così (il fatto stesso che N_1 figuri, come interpretazione-prodotto, nel discorso interpretativo di A).

Nonostante l'apparente stranezza, questa logica ha una sua plausibilità: come minimo, e a parità di condizioni, il semplice fatto che una certa cosa sia stata già detta da qualcuno la rende un po' più credibile. E, come nota Fred Schauer, «a legal argument is often understood to be a better legal argument just because someone has made it before, and a legal conclusion is typically taken to be a better one if another court either reached it or credited it on an earlier occasion»[27]. (Si sarà notato che per suffragare la mia affermazione ho appena chiamato a supporto l'opinione di Schauer, cioè ho impiegato esattamente un argomento *ex auctoritate*).

Ovviamente, ciò apre la domanda del perché si debba seguire ciò che ha detto A – ovvero, la domanda su quali caratteristiche debba possedere A al fine di rendere il mero riferimento a ciò che egli ha detto una giustificazione sufficiente, o convincente, per un'altra interpretazione[28]. Più precisamente, la situazione che mi interessa esplorare è quella in cui il soggetto la cui autorità è invocata è *un altro interprete* (lo potremmo chiamare "argomento *ex auctoritate* in senso stretto"). Questa precisazione è opportuna perché la logica dell'argomento *ex auctoritate*, a ben guardare, sembra governare anche altri, forse più familiari, argomenti interpretativi, come ad esempio l'argomento psicologico (o argomento dell'intenzione del legislatore), e l'argomento del significato letterale: anche in questi casi, infatti, l'interprete propone di attestare l'interpretazione di una disposizione su un certo significato, proprio in quanto quel significato corrisponde esattamente a ciò che ha detto, o voluto, il legislatore. In questi casi, l'autorità verso la quale si presta deferenza è quella del legislatore.

Sia le nozioni di significato letterale e di intenzione del legislatore, sia il problema dell'autorità del legislatore, ci porterebbero su un terreno diverso (e alquanto spinoso) rispetto a ciò di cui mi voglio occupare qui. L'oggetto di questo lavoro, pertanto, resterà confinato all'argomento *ex auctoritate* in senso stretto, e cioè alla situazione in cui ad essere invocata è una precedente interpretazione, o comunque una affermazione proveniente da un altro interprete. Da questo punto di vista, possiamo distinguere tra autorità "epistemiche", e autorità "sistemiche".

3.1. *Autorità epistemiche*

Una autorità epistemica è un soggetto al quale è riconosciuta una notevole *expertise* in un certo campo disciplinare: poiché quel soggetto è generalmente riconosciuto come altamente competente in un certo settore, ci si rimette alla sua opinione, o comunque si considera la sua opinione come degna di essere tenuta in debita considerazione nel procedimento interpretativo. Il fatto che una certa tesi sia stata sostenuta da una autorità epistemica la rende più plausibile, più credibile, maggiormente giustificata, *proprio per il fatto che è stata sostenuta da quell'autorità*. Ovviamente, in questo contesto stiamo facendo riferimento ad una autorità epistemica la cui competenza sia di tipo giuridico, e che abbia formulato tesi interpretative.

questo stesso fatto. Esattamente come accade in un rapporto genitori-figli («ti ho già detto cento volte che devi lavarti le mani prima di venire a tavola»).

[27] SCHAUER 2008, 1950.

[28] Talvolta, l'uso di argomenti di questo tipo è prescritto dallo stesso diritto positivo: cfr. l'art. 1, co. 3, del codice civile svizzero: «Egli [cioè il giudice, ndr] si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli».

Nuovamente, affinché il riferimento all'opinione di quel soggetto costituisca un argomento *ex auctoritate*, l'opinione in questione non deve essere richiamata in quanto convincente in sé, ma proprio perché proveniente da qualcuno che è dotato di una specifica autorevolezza. Se si cerca, invece, di rendere accettabile una certa tesi interpretativa facendo riferimento alla persona che la ha formulata, si sta invocando qualcosa in più e di diverso rispetto al fatto che quella tesi è *di per sé* convincente: si sta suggerendo infatti che la tesi deve essere accolta perché (o quantomeno *anche* perché) è stata enunciata proprio da quel soggetto, in quanto considerato particolarmente autorevole.

L'autorevolezza rilevante può provenire dalla reputazione scientifica guadagnata nel corso della carriera (con pubblicazioni considerate particolarmente influenti, partecipazione a conferenze, visibilità variamente acquisita nel dibattito scientifico, l'aver ricoperto elevati incarichi istituzionali...), riconosciuta *expertise* e specializzazione su una materia, affiliazione ad una istituzione scientifica o accademica rinomata, sede in cui è apparsa quell'opinione (una rivista particolarmente qualificata, su cui appaiono solo contributi che abbiano superato un duro processo di selezione), ecc.

L'esempio tipico di ricorso ad autorità epistemiche nell'argomentazione giuridica è ovviamente il riferimento alle opinioni espresse da interpreti "non ufficiali", cioè da interpreti non dotati di poteri autoritativi: tipicamente, la dottrina.

Ma si può ricondurre a questo uso dell'argomento *ex auctoritate* anche una variante del c.d. argomento comparatistico: l'argomento interpretativo che consiste nel cercare supporto ad una tesi interpretativa nel fatto che tale tesi è conforme a ciò che accade anche in altri ordinamenti. La variante in questione è quella che consiste nel far riferimento alle interpretazioni rese da giudici di altri ordinamenti (il c.d. dialogo tra le Corti)[29]; anche in questi casi, infatti, l'interpretazione o il precedente straniero non è invocato (solo) in quanto convincente di per sé, ma anche – e di solito tacitamente – perché proviene da una Corte particolarmente autorevole, o da un sistema giuridico (o da una società, una cultura, ecc.) ritenuto essere per qualche aspetto "all'avanguardia", ecc.: difficilmente per suffragare una tesi interpretativa in materia di libertà religiosa si farà riferimento *ex auctoritate* alla giurisprudenza di un paese teocratico, o per suffragare una tesi interpretativa in materia di parità tra sessi si farà riferimento *ex auctoritate* alla giurisprudenza di un paese a cultura patriarcale, o per suffragare una tesi interpretativa in materia di libertà di espressione e di diritti politici si farà riferimento *ex auctoritate* alla giurisprudenza di una dittatura[30]. La ragione per cui può apparire giustificato rivolgersi alla giurisprudenza di un altro paese per cercare sostegno ad una certa tesi interpretativa può consistere, ad esempio, nel fatto che in quel paese è già in atto una consolidata esperienza applicativa su una certa normativa, e dunque su di essa quella giurisprudenza ha avuto modo di maturare una notevole *expertise*.

Normalmente, una autorità epistemica viene invocata non ciecamente, ma piuttosto *ad abundantiam*: e cioè a sostegno di una tesi interpretativa che l'interprete presenta già di per sé come plausibile. Il riferimento ad una autorità epistemica, cioè ad un soggetto considerato particolarmente esperto su una materia (giuridica), produce un surplus "reputazionale" di plausibilità, *che si aggiunge* al fatto che la tesi interpretativa difesa dall'interprete è già presentata come plausibile su altre basi. In altre parole, il riferimento ad una autorità epistemica figura normalmente insieme ad altri argomenti, e va dunque a formare una argomentazione convergente. Non è difficile capire la ragione per cui nell'argomentazione interpretativa il riferimento ad autorità epistemiche è solitamente solo sussidiario: il fatto è che l'interprete che fa appello ad una qualche autorità (un'autorità in campo giuridico) è a sua volta un giurista, e cioè un soggetto del tutto competente a formulare e argomentare in proprio tesi interpretative. Sarebbe ben strano se un giurista sostenesse una tesi interpretativa rimettendosi *interamente* all'autorità epistemica di un altro giurista.

[29] DE VERGOTTINI 2010.

[30] Riferimenti di questo potrebbero piuttosto operare in funzione di "esempio", anziché in funzione di argomento *ex auctoritate*: cioè come elementi di informazione e forse anche di paragone, anziché come veri e propri argomenti giustificativi. Su questa nozione di "esempio", v. TARUFFO 1998; TARUFFO 2007.

3.2. *Autorità sistemiche*

Una autorità sistemica è un soggetto che, nel contesto dell'ordinamento giuridico di riferimento, è dotato di un potere decisionale ufficiale, e cioè del potere di decidere casi in maniera autoritativa. Come è ovvio, esempi di riferimento alle interpretazioni rese da autorità sistemiche sono i precedenti giudiziari, anche in assenza di una dottrina del precedente vincolante.

Il riferimento ad una autorità sistemica ha un fondamento diverso rispetto al riferimento ad una autorità epistemica. Nel caso dell'autorità epistemica, come abbiamo visto poco sopra, l'idea sottostante è che l'autorità che viene richiamata "ne sappia di più", e per questa ragione le sue tesi interpretative hanno un surplus "reputazionale" di plausibilità alla tesi interpretativa da difendere. Nel caso dell'autorità sistemica, invece, il fondamento non è di carattere epistemologico (la maggiore *expertise* di un certo soggetto), ma pratico: ci sono ragioni di carattere etico-politico, o di politica del diritto, che inducono l'interprete a rimettersi, o quantomeno a dare un certo peso, alle interpretazioni già rese da un soggetto di questo tipo.

Così, il riferimento ad una autorità sistemica si giustifica tipicamente perché si ritiene opportuno che gli organi dell'applicazione assicurino una certa continuità nelle loro decisioni interpretative, al fine di garantire la certezza del diritto, la stabilità delle aspettative dei destinatari delle norme, l'uguaglianza di trattamento, ecc. Oppure, perché a certi interpreti ufficiali è riconosciuta una funzione istituzionale di "guida interpretativa", o di nomofilachia, cioè la funzione di segnalare l'interpretazione che gli altri interpreti dovrebbero a loro volta seguire. Oppure ancora, per cercare di mettere al riparo la decisione mostrando alle parti che l'interpretazione seguita è fatta propria anche da (molti) altri giudici, e specialmente dai giudici dell'impugnazione. Oppure ancora, infine, perché il diritto ha una particolare natura di "linguaggio amministrato": gli organi dell'applicazione, quando decidono autoritativamente sul merito delle controversie portate alla loro attenzione, decidono autoritativamente anche sul significato dei testi normativi che essi devono usare per risolvere le controversie; e tali decisioni sul significato dei testi normativi, specie quelle adottate dagli organi dell'applicazione percepiti come particolarmente autorevoli (una Corte di ultima istanza, ad esempio), spesso di fatto proiettano effetti ben al di là del caso concreto che è oggetto della specifica decisione: queste decisioni sul significato si possono facilmente stabilizzare in usi replicati da altre autorità dell'applicazione, e in ultima analisi diffondersi in tutta la cultura giuridica. In altre parole, le interpretazioni di alcuni organi dell'applicazione diventano, a date condizioni, parte stessa del linguaggio giuridico[31].

Poiché il riferimento ad una autorità sistemica ha un fondamento di questo tipo (diverso rispetto al fondamento del riferimento ad una autorità epistemica), è del tutto possibile, e di fatto non infrequente, che l'argomento *ex auctoritate* in questa versione sia utilizzato come argomento esclusivo, cioè come unico fondamento di una tesi interpretativa.

3.3. *Meccanica degli argomenti* ex auctoritate

I modi di impiego dell'argomento *ex auctoritate*, sia nella versione epistemica sia in quella sistemica, conoscono diverse variabili su cui è opportuno fermare brevemente l'attenzione.

In primo luogo, occorre notare che un argomento autoritativo è solitamente fraseggiato in maniera alquanto laconica. Questo è legato alla natura stessa dell'argomento autoritativo il quale, come abbia-

[31] GOLDSWORTHY 2019, 175: «Any claim about what aspects of a text or its production contribute to legal content must rest heavily on an account (either a description or some kind of interpretation) of the actual practice of legal officials in ascribing legal content to texts. [...] the legal meanings of legal texts are determined ultimately if not entirely by the practices of legal officials». Sul linguaggio giuridico come linguaggio amministrato sono fondamentali i lavori di Mario Jori: JORI 1995, JORI 2013, JORI 2016. V. anche PINO 2021, 104 ss.

mo visto, consiste essenzialmente nel presentare come credibile una certa tesi interpretativa per il fatto stesso che è stata sostenuta da qualcuno, e non per gli argomenti che quest'ultimo ha sviluppato. Pertanto, dal punto di vista della presentazione, un argomento *ex auctoritate* tende spesso a presentarsi in maniera piuttosto veloce e apodittica, ad esempio semplicemente come un riferimento tra parentesi, o come una citazione a piè di pagina, all'autorità rilevante[32].

In secondo luogo, può variare l'uso che viene fatto di un argomento autoritativo. In particolare, un argomento autoritativo può essere usato:

a) con riferimento al significato complessivo di una certa disposizione: D significa N perché questo è ciò che ha affermato il soggetto A;
b) indirettamente, con riferimento al significato di singoli lemmi che appaiono nella disposizione da interpretare: il lemma L che è incluso in D significa S perché questo è ciò che ha affermato il soggetto A, e in virtù di ciò D significa N;
c) ancora più indirettamente, ad "incastonare" un altro argomento interpretativo, rafforzandolo. In questi casi, abbiamo un primo argomento interpretativo A_1, sulla base del quale viene determinato il significato della disposizione D; e poi un secondo argomento, un argomento *ex auctoritate*, che viene invocato per giustificare e corroborare il fatto che sia stato impiegato A_1 (e/o il modo in cui A_1 è stato impiegato). Questo meccanismo può verificarsi praticamente con qualunque argomento interpretativo: e in questi casi l'argomento *ex auctoritate* funziona come argomento di secondo livello, come meta-argomento interpretativo (un argomento che rafforza un altro argomento). Ad esempio, è frequente che l'interprete faccia riferimento al fatto che un altro interprete (ad es., la Cassazione) ha individuato una certa *ratio legis*, e sulla base di essa avanzi una interpretazione teleologica di una disposizione; in tal caso, l'argomentazione interpretativa consiste in un argomento teleologico, "incastonato" dentro un argomento autoritativo: la ragione per scegliere una certa interpretazione è che essa è conforme alla *ratio*, e la ragione per la quale è stata individuata proprio quella *ratio* (la ragione per cui *proprio quella* è la *ratio* corretta) è che così ha detto la Cassazione. Ancora, può accadere che la scelta a favore della "costanza terminologica", come anche quella, specularmente opposta, in favore della "incostanza terminologia", sia fondata sull'autorità della Cassazione, o della "dottrina dominante": in questi casi avremo un argomento di tipo sistematico (l'argomento della costanza, o dell'incostanza, terminologica), incastonato dentro un argomento autoritativo. Parimenti, può accadere che una certa tesi o costruzione dogmatica (anziché una precisa tesi interpretativa), ad esempio sulla natura di un certo istituto, o sulla portata di un certo "principio generale", sia presentata come formulata da un certo autore o da una certa autorità giudiziaria; in questi casi avremo un argomento "dogmatico" (che può essere considerato, nuovamente, un tipo di argomento sistematico[33]), incastonato dentro un argomento autoritativo.

In terzo luogo, vi sono molti modi in cui una autorità può essere invocata in una argomentazione giuridica. Così, un argomento *ex auctoritate* può consistere

d) nell'invocare l'autorità di uno o più specifici autori (come autorità epistemiche), individuati nominativamente; o di una o più corti (come autorità sistemiche), specificamente individuate;

[32] Su questo punto insiste giustamente SHECAIRA 2017. Occorre notare che non si dà un rapporto biunivoco tra riferimenti di questo tipo (citazioni ecc.) e impiego dell'argomento *ex auctoritate*: un riferimento (ad un autore, ad una decisione giudiziaria, ad un orientamento interpretativo) può anche avere una funzione puramente informativa (può cioè servire a dare atto che esiste una certa posizione nel dibattito, senza invocarla a supporto della propria tesi interpretativa), oppure può servire a prendere le distanze dalla tesi oggetto del riferimento. Casi come questi non rappresentano argomenti *ex auctoritate*, ma piuttosto "esempi", nella terminologia di TARUFFO (*supra*, nt. 29).
[33] Sul punto, PINO 2021, 299-300.

e) nel fare riferimento ad una specifica opera (o a più specifiche opere) di uno specifico autore, individuato nominativamente; o ad una specifica decisione (o a più specifiche decisioni) di una singola corte;

f) nell'evocazione, all'ingrosso, del "diritto vivente", della "giurisprudenza dominante", o della "migliore dottrina", della dottrina "più autorevole", della dottrina "più recente", senza ulteriori specificazioni.

A questo proposito si può notare che nelle argomentazioni dottrinali prevale di solito la modalità e), per quanto riguarda sia le autorità epistemiche sia le autorità sistemiche: salvo che nelle opere manualistiche, in cui i riferimenti sono inevitabilmente più generici, i giuristi tendono a fornire riferimenti precisi dei sostegni autoritativi da essi invocati.

Di contro, nelle argomentazioni giudiziarie le autorità epistemiche sono di solito evocate nella modalità f), e le autorità sistemiche nelle modalità d) ed e). In particolare, il fatto che nelle argomentazioni giudiziarie la dottrina venga fatta oggetto, eventualmente, di riferimenti del tutto generici può essere messo in relazione al divieto di «ogni citazione di autori giuridici» nella motivazione dei provvedimenti giudiziari, di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c. Questa disposizione, si noti, in giurisprudenza è stata oggetto di una interpretazione al contempo estensiva e restrittiva. Estensiva: perché, mentre in base alla sua collocazione essa sembrerebbe riferirsi solo alle sentenze pronunciate in esito ad un giudizio civile, è normalmente riferita a qualunque provvedimento giudiziario emanato da qualunque autorità giudiziaria. Restrittiva: perché la «citazione di autori giuridici» ritenuta vietata è intesa essere solo quella nominativa (ad autori specifici e/o a opere specifiche), mentre è normalmente ammesso, come abbiamo visto, il generico riferimento alla (migliore, autorevole, recente, ecc.) dottrina.

In quarto luogo, un argomento *ex auctoritate*, come qualunque altro argomento interpretativo, può risultare, a seconda delle circostanze, forte o debole.

In ultima analisi, e in termini molto generali, il "peso" di questo argomento riposa su impalpabili (ma ben percepibili) presupposti culturali, che possono ben variare da ordinamento a ordinamento, e anche nello stesso ordinamento in tempi diversi. Così, in alcuni contesti culturali la dottrina potrebbe godere di ampio prestigio culturale come autorità epistemica, e ciò si rifletterà nel modo in cui i riferimenti all'autorità della dottrina sono presenti nelle argomentazioni degli altri interpreti, inclusi quelli giudiziari; mentre in altri contesti potrebbe accadere esattamente il contrario[34]. Lo stesso può dirsi della giurisprudenza come autorità sistemica: ad esempio, nella cultura giuridica italiana è *adesso* del tutto normale che le motivazioni delle sentenze siano infarcite di rimandi a decine di altre sentenze, ma probabilmente un giurista degli anni Cinquanta del secolo scorso sarebbe rimasto a dir poco basito davanti ad uno stile giudiziario di questo tipo.

Ciò premesso, si può notare che, in astratto, il riferimento ad una autorità sistemica è più forte del riferimento ad una autorità epistemica: questo perché, come abbiamo visto, il riferimento ad una autorità sistemica è idoneo anche da solo a giustificare una tesi interpretativa, mentre il riferimento ad una autorità epistemica è di solito solo parte di un argomento convergente. Il peso specifico di un argomento *ex auctoritate* dipende però dal modo in cui viene selezionata l'autorità rilevante, e a questo riguardo le variabili principali consistono in elementi quantitativi (il numero di autorità invocate), elementi qualitativi (il prestigio dell'autorità), il fattore temporale. Questi fattori si combinano

[34] In linea di massima, la dottrina è considerata molto autorevole, anche nel contesto delle argomentazioni giudiziarie, nella cultura giuridica tedesca, e abbastanza anche in quella statunitense; molto meno in Francia e in Gran Bretagna. Per alcune panoramiche al riguardo, v. KÖTZ 1990; DUXBURY 2001.
In Italia, è stato da tempo notato (e lamentato) il declino dell'autorevolezza della dottrina, cui corrisponde una sempre maggiore autorefenzialità della giurisprudenza: GRANIERI, PARDOLESI 2012; PARDOLESI 2019; CASTRONOVO 2015; GENTILI 2015; CADOPPI 2016, 414-419.

tra loro in maniere molto variabili, e anche a questo riguardo sembra esserci, di fatto, qualche differenza tra il riferimento ad una autorità sistemica e quello ad una autorità epistemica.

In linea di massima (si tratta solo di caute generalizzazioni), per le autorità sistemiche il "peso specifico" dell'argomento autoritativo deriva, nell'ordine: dal "grado gerarchico" della Corte invocata (un organo decisionale di vertice o dotato di poteri nomofilattici), o dalla sua "specializzazione" (la Corte costituzionale per l'interpretazione della Costituzione, la Corte di giustizia per il diritto eurounitario, la Corte europea dei diritti umani per il diritto della Cedu...); dalla quantità di decisioni conformi (un orientamento cospicuo "pesa" di più di una singola decisione, o di poche decisioni); dal fatto che la decisione invocata sia recente[35]. Così, quando si sia formato un orientamento interpretativo assai compatto e consolidato, specialmente se suggellato da pronunce di Corti superiori (un "diritto vivente"), e che ha superato un orientamento interpretativo antecedente, il riferimento a tale orientamento interpretativo è un argomento *ex auctoritate* forte, o addirittura estremamente forte[36]; se invece una certa tesi interpretativa risulta essere stata accolta solo sporadicamente, o addirittura raramente, essa può fondare un argomento *ex auctoritate* solo piuttosto debole. Detto per inciso, queste caratteristiche evidenziano la differenza nel modo in cui i precedenti giurisprudenziali sono usati nella cultura giuridica italiana e, rispettivamente, nel *common law*: in quest'ultimo contesto, infatti, l'autorità di precedente spetta non alla "giurisprudenza", o al diritto vivente, ma a singole pronunce, spesso anche molto antiche.

Nel caso delle autorità epistemiche, invece, l'elemento qualitativo consiste nel prestigio personale dell'autore citato (o nella sua affiliazione accademica, o nel prestigio della sede editoriale della pubblicazione citata); il fattore quantitativo ha una sua importanza, anche se forse secondaria rispetto a quello qualitativo (la "dottrina dominante" ha sempre la sua attrattiva, ma la tesi di un autore di riconosciuto prestigio, anche se minoritaria, può riuscire altrettanto convincente); il fattore temporale di solito opera nel senso che le tesi più risalenti nel tempo sono spesso viste come più influenti rispetto a quelle più recenti.

(Si noti che, quando l'argomento *ex auctoritate* è declinato al plurale, cioè quando si fa riferimento all'opinione ripetuta da molti soggetti, l'argomento *ex auctoritate* si risolve in un argomento *ad populum* – l'argomento cioè che considera giustificata o convincente una affermazione perché quella è l'opinione della maggioranza)[37].

Tutto ciò mostra che, di fatto, vi è una notevole varietà e, dunque, discrezionalità, nel modo in cui l'interprete può selezionare l'autorità rilevante[38]. E mostra anche che spesso è molto facile trovare un qualche tipo di supporto autoritativo per una tesi interpretativa, anche se poi – a causa della varietà dei fattori sopra indicati – il peso specifico di questo supporto rimane abbastanza indeterminato.

4. *Argomenti* ex auctoritate *e formalismo interpretativo*

La parte conclusiva della nostra analisi riguarda la giustificazione o argomentazione "di secondo livello": il punto (2_b) del nostro schema di tesi interpretativa. La domanda adesso è: perché un inter-

[35] Quest'ultimo criterio ha di solito un certo peso specialmente se la decisione invocata è una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione; negli altri casi è però un'arma a doppio taglio, perché può essere considerato un indizio del fatto che l'orientamento in questione non è ancora consolidato – non è ancora un "diritto vivente". Cfr. TARUFFO 1998, 790.

[36] V. MENGONI 1996, 152, sul diritto vivente come «argomento *ab auctoritate* di grande peso».

[37] Ad esempio, nel caso *Roper v. Simmons*, deciso dalla Corte Suprema americana nel 2005, la *opinion* del giudice Kennedy menziona il fatto che sulla questione della pena di morte per i minorenni vi fosse una «virtual unanimity» tra tutte le nazioni, e che la decisione della Corte fosse in linea con lo «overwhelming weight of international opinion». In proposito, F. Schauer osserva: «This is not the language of persuasion; it is the language of authority» (SCHAUER 2008, 1944).

[38] Si veda ad esempio il singolare fenomeno della "nomofilachia inversa", in cui l'orientamento di una sezione semplice della Cassazione riesce a prevalere sull'orientamento delle sezioni unite (cfr. PARDOLESI 2019, 56-57).

prete fa ricorso (perché un interprete ritiene giustificato, convincente, ecc., fare ricorso) ad argomenti *ex auctoritate*? La scelta a favore di un certo argomento interpretativo (di qualunque argomento interpretativo) rimanda a presupposti culturali e in senso ampio ideologici – ad una ideologia giuridica. Ebbene, quali possono essere tali presupposti, nel caso dell'argomento *ex auctoritate*?

A prima vista, l'argomento *ex auctoritate* sembra essere un argomento "conservatore", perché sfrutta l'inerzia di decisioni o affermazioni precedenti, e sostanzialmente mira a conservare una linea interpretativa già adottata in passato[39]. Questo in linea di massima è vero, ma occorre anche tenere presente che talvolta le autorità possono essere fatte giocare le une contro le altre, e così ad esempio il riferimento ad una decisione giurisprudenziale recente (o proveniente da una Corte sovranazionale, o straniera) può essere usato per mettere in crisi e superare una linea interpretativa dottrinale o giurisprudenziale consolidata.

Ad ogni modo, l'uso dell'argomento *ex auctoritate* può essere messo in relazione ad alcuni tipi di "formalismo interpretativo". Per formalismo interpretativo intendo una ideologia giuridica che considera il diritto come un ambito normativo dotato di una propria autonomia, di una propria specificità e razionalità, e in definitiva di una propria autonoma "giustizia": il diritto è un ambito normativo che non dialoga con altri ambiti normativi. Per una ideologia giuridica formalista, il ragionamento giuridico è un ragionamento tecnico, che ha proprie specificità e proprie regole, accessibili solo ai giuristi di professione, ed è ben distinto da altre forme di ragionamento[40]. In generale, il giurista formalista è portato a privilegiare stili di ragionamento "esclusivi", che si basano su una netta separazione tra tipi di considerazioni legittimamente utilizzabili (le considerazioni propriamente giuridiche) e tipi di considerazioni che non possono essere utilizzate (le considerazioni extragiuridiche)[41]. E questo comporta che il giurista formalista sia considerato come giuridicamente conservatore[42]: non è suo compito innovare il diritto, non è interessato ad adeguare il diritto ad esigenze morali o sociali (questo casomai spetterà al legislatore, o ad organi dell'applicazione particolarmente qualificati), ma piuttosto a mantenere – ed eventualmente sviluppare – la coerenza interna del diritto, la sua continuità.

Ora, il formalismo interpretativo si può presentare in tre varianti principali: le varianti orientate alla legge (formalismo legalista), le varianti orientate al sistema (formalismo concettualista), e le varianti orientate ad istituzioni dell'applicazione (formalismo giurisprudenziale).

Se definiamo il formalismo *legalista* come l'ideologia che prescrive all'interprete di muoversi esclusivamente, o quanto più possibile, all'interno delle coordinate fornite dal testo della legge, senza integrare le indicazioni che provengono dal testo con considerazioni di altro tipo (morale, sociologico, economico...), possiamo concludere che esso non assegna un posto particolare all'argomento *ex auctoritate*.[43] Diverso è il caso, invece, del formalismo concettualista e del formalismo giurisprudenziale.

Il formalismo *concettualista* prescrive all'interprete di trovare la risposta alle questioni interpretative muovendosi all'interno del sistema: non solo, dunque, all'interno del testo della (di una) legge, ma facendo riferimento a qualunque risorsa che possa emergere dal sistema comples-

[39] SCHAUER 2008, 1950. Sui paradigmi del giurista "conservatore" e del giurista "innovatore", BOBBIO 2007, 34-35; SCARPELLI 1971, 275-277.

[40] Per questa caratterizzazione del "formalismo", rimando a Pino 2021, 319 ss. Ovviamente questo è solo uno dei diversi possibili sensi in cui il "formalismo" è associato al diritto: per alcune più ampie esplorazioni di questo concetto, v. BOBBIO 2011; JORI 1980; JORI 1992.

[41] Per la distinzione tra stili di ragionamento "esclusivi" e "inclusivi", LUZZATI 2016, 360-361, 373: mentre uno stile esclusivo blocca rigidamente il tipo di considerazioni che possono essere impiegate in una argomentazione giuridica, uno stile inclusivo è aperto ad un universo non rigidamente delimitato di considerazioni normative.

[42] È appena il caso di precisare che "giuridicamente conservatore" non equivale a "politicamente conservatore".

[43] Quantomeno se inteso "in senso stretto"; in un senso più ampio, invece, abbiamo già avuto modo di notare che la logica dell'argomento *ex auctoritate* è sottesa ad argomenti interpretativo come il riferimento all'intenzione del legislatore e al significato letterale (v. *supra*, § 3).

sivamente considerato: altre leggi, fonti di altro rango (la Costituzione in primo luogo), principi, costruzioni dogmatiche... L'assunzione di fondo è che il sistema, comunque esso venga di volta in volta ricostruito, sia una entità coerente, assiologicamente coesa, intimamente razionale, quasi organica, e che il ruolo dell'interprete consista esattamente nel preservarne queste caratteristiche. Evidentemente, il formalismo concettualista assegna all'interprete un ruolo centrale, da protagonista (anche se tale ruolo è nascosto dietro una notevole dose di tecnicismo): è l'interprete che ha il compito di custodire la razionalità e la coerenza complessiva del sistema, e solitamente anche la sua continuità storica, elaborando categorie dogmatiche dotate di vari livelli di astrazione; in genere, in una prospettiva di questo tipo, la costruzione dogmatica e l'individuazione di micro-sistemi saranno considerate come attività più importanti e "nobili" rispetto all'esegesi testuale della legge e alla ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali.

Ebbene, le tecniche interpretative maggiormente funzionali al formalismo concettualista sono – ovviamente – l'interpretazione sistematica, in tutte le sue forme; i vari argomenti che si basano su una versione "idealizzata" del legislatore (la presunzione del legislatore razionale, del legislatore coerente, del legislatore rispettoso della Costituzione, ecc.); e poi, e forse soprattutto, l'argomento *ex auctoritate*, tarato sulle autorità epistemiche (la dottrina): infatti l'individuazione del "sistema" dipende in ultima analisi dalle costruzioni dogmatiche della dottrina, e pertanto per una ideologia di tipo formalista-concettualista la dottrina tende ad essere considerata come custode di un insostituibile sapere specialistico, dal retaggio ultrasecolare.

Il formalismo *giurisprudenziale*, infine, prescrive all'interprete di cercare la soluzione ai problemi interpretativi non solo (e non principalmente) nei testi delle fonti ufficiali del diritto, ma anche e soprattutto nelle precedenti decisioni degli organi dell'applicazione – di solito, non nelle decisioni di qualunque altro organo dell'applicazione, ma in quelle di organi considerati come "superiori", o particolarmente specializzati. L'interprete sarà considerato almeno tendenzialmente vincolato a seguire decisioni precedentemente adottate da altri organi decisionali, specialmente se si presentano nella forma di orientamenti consolidati. Il formalismo giurisprudenziale è ovviamente associato ad una concezione che considera la giurisprudenza come il soggetto custode dell'ordinamento, ed eventualmente come il vero motore dell'innovazione giuridica.

In generale, l'adesione al formalismo giurisprudenziale risulterà dal fatto che in vista della decisione interpretativa l'interprete attribuirà maggior peso al formante giurisprudenziale rispetto a quello dottrinale (alle autorità sistemiche anziché a quelle epistemiche), e perfino rispetto a quello legislativo[44]. L'adesione ad una ideologia giuridica formalista giurisprudenziale comporta che l'interprete utilizzerà abbondantemente l'argomento *ex auctoritate*, dove le autorità rilevanti sono esclusivamente quelle "sistemiche". Il riferimento a precedenti giurisprudenziali da parte dell'interprete sarà considerato perfettamente idoneo a soddisfare l'esigenza di giustificazione delle tesi interpretative, senza che sia necessario esibire argomenti ulteriori, oppure questi argomenti saranno a loro volta incastonati dentro argomenti autoritativi.

[44] LIBERTINI 1991, 91, nt. 51, nota che in alcune vicende (quale ad es. l'occupazione acquisitiva) si possono trovare sentenze in cui la norma è costruita unicamente sulla base di precedenti decisioni di Cassazione, senza alcun riferimento esplicito a fonti legislative.

Riferimenti bibliografici

ALEXY R. 1996. *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, 64 ss.

ALEXY R. 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè (ed. or. 1978).

BARBERIS M. 2006. *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in «Etica & Politica», 1.

BOBBIO N. 2007. *Diritto e scienze sociali*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, 31 ss. (ed. or. 1971).

BOBBIO N. 2011. *Formalismo giuridico*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, 2011, 64 ss. (ed. or. 1958).

CADOPPI A. 2016. *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto IV edizione. Discipline penalistiche*, Aggiornamento 9, 407 ss.

CANALE D., TUZET G. 2020. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli.

CARLIZZI G. 2019. *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè.

CASTRONOVO C. 2015. *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè.

CELANO B. 1999. *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino.

CHIASSONI P. 2002-2003. *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in «Analisi e diritto», 55 ss.

CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino.

COPI I., COHEN C. 1999. *Introduzione alla logica*, il Mulino (ed. or. 1953).

DE VERGOTTINI G. 2010. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino.

DICIOTTI E. 1999a. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli.

DICIOTTI E. 1999b. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli.

DUXBURY N. 2001. *Jurists and Judges. An Essay on Influence*, Hart.

GENTILI A. 2015. *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in E. NAVARRETTA (ed.), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Giappichelli, 173 ss.

GIANFORMAGGIO L. 1988. *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVIII, 2, 459 ss.

GIANFORMAGGIO L. 2008. *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica. Ovvero i giuristi presi sul serio*, in EAD., Filo*sofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, 109 ss. (ed. or. 1987).

GOLDSWORTHY J. 2019. *The Real Standard Picture, and How Facts Make It Law: a Response to Mark Greenberg*, in «The American Journal of Jurisprudence», 64, 163 ss.

GRANIERI M., PARDOLESI R. 2012. *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, in «Il Foro italiano», V, 247 ss.

GREEN L. 1988. *The Authority of the State*, Oxford University Press.

GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè.

GUASTINI R. 2018. *Precedenti interpretazioni*, in A. CARLEO (ed.), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, il Mulino, 75 ss.

HART H.L.A. 1982. *Commands and Authoritative Legal Reasons*, in ID., *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 243 ss.

IACONA A. 2005. *L'argomentazione*, Einaudi.

Jori M. 1980. *Il formalismo giuridico*, Giuffrè.

Jori M. 1992. *Formalismo giuridico*, in *Digesto IV edizione. Discipline privatistiche – sezione civile*, VIII.

Jori M. 1995. *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in «Analisi e diritto», 109 ss.

Jori M. 2013. *Linguaggio giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 257 ss.

Jori M. 2016. *Pragmatica giuridica*, Mucchi.

Kötz H. 1990. *Scholarship and the Courts: A Comparative Survey*, in D. Clark (ed.), *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday*, Duncker & Humblot, 183 ss.

Lamond G. 2010. *Persuasive Authority in the Law*, in «Harvard Review of Philosophy», 17, 1, 16 ss.

Libertini M. 1991. *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in G. Zaccaria (ed.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, 61 ss.

Lombardi Vallauri L. 1981. *Corso di filosofia del diritto*, Cedam.

Luciani M. 2016. *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, 391 ss.

Luzzati C. 2016. *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli.

MacCormick N. 1993. *Argumentation and Interpretation in Law*, in «Ratio Juris», 6, 16 ss.

Mengoni L. 1996. *Il «diritto vivente» come categoria ermeneutica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, 141 ss. (ed. or. 1990).

Moral Soriano L. 1998. *The Use of Precedents as Arguments of Authority, Arguments* ab exemplo, *and Arguments of Reason in Civil Law Systems*, in «Ratio Juris», 11, 1, 90 ss.

Pardolesi R. 2019. *Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 19, 1, 53 ss.

Perelman C., Olbrechts-Tyteca L. 2001. *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi (ed. or. 1958).

Pino G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.

Raz J. 1979. *The Authority of Law*, Oxford University Press.

Raz J. 1986. *The Morality of Freedom*, Oxford University Press.

Raz J. 2009. *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press.

Scarpelli U. 1971. *Metodo giuridico*, in «Rivista di diritto processuale», 531 ss.

Schauer F. 2008. *Authority and Authorities*, in «Virginia Law Review», 94, 1931 ss.

Schauer F. 2009. *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press.

Shapiro S. 2002. *Authority*, in J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press.

Shecaira F. 2017. *Legal Arguments from Scholarly Authority*, in «Ratio Juris», 30, 3, 305 ss.

Soper P. 2002. *The Ethics of Deference*, Cambridge University Press.

Summers R., Taruffo M. 1991. *Interpretation and Comparative Analysis*, in N. MacCormick, R. Summers (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, 461 ss.

Tarello G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Giuffrè.

Taruffo M. 1998. *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in L. Gianformaggio, M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, 783 ss.

Taruffo M. 2007. *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica.

Troper M. 2003. *Cos'è la filosofia del diritto*, Giuffrè (ed. or. 2003).

TUZET G. 2020. *Analogia e ragionamento giuridico*, Carocci.
VARZI A., NOLT J., ROHATYN D. 2007. *Logica*, McGraw-Hill.
WALTON D. 2008. *Informal Logic*, Cambridge University Press.

Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza n. 37974/2021 (18/03/2021)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SIANI	Vincenzo	- Presidente -
Dott. SARACENO	Rosa Anna	- rel. Consigliere -
Dott. ROCCHI	Giacomo	- Consigliere -
Dott. SANTALUCIA	Giuseppe	- Consigliere -
Dott. ALIFFI	Francesco	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:
D.F., nato a (OMISSIS);
avverso la sentenza del 26/02/2020 del GIUDICE UDIENZA PRELIMINARE di PALERMO;
visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal Consigliere ROSA ANNA SARACENO;
edito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore ZACCO FRANCA;
dato atto della requisitoria scritta rassegnata D.L. n. 137 del 2020, ex art. 23;
lette le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Zacco Franca, che ha chiesto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il fatto non costituisce reato e la revoca delle statuizioni civili.

RITENUTO IN FATTO

1. Con la decisione indicata in epigrafe il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Palermo, all'esito di giudizio celebrato con rito abbreviato, ha condannato l'imputato D.F. alla pena di Euro 200,00 di ammenda, in quanto ritenuto responsabile del reato di cui all'art. 660 c.p., aggravato ex art. 61 c.p., n. 2, per avere, per petulanza o altro biasimevole motivo, in particolare per precostituirsi versioni di comodo da fornire all'autorità giudiziaria nel procedimento penale R.G.N. R. 7008/2016 - intentato nei suoi confronti per i reati di abuso di ufficio e falso in atto pubblico -, recato disturbo a B.M.R., agente di Polizia municipale, concorrente nei reati di cui all'indicato procedimento, inviandole numerosi messaggi sull'utenza cellulare; fatto commesso nel mese di ottobre 2015.

Con la medesima sentenza è stata dichiarata l'improcedibilità nei confronti del predetto imputato per estinzione, in ragione della prescrizione, degli ulteriori reati di cui ai capi a) e b) (artt. 642 e 479 c.p., contestati come commessi nell'agosto 2011); il D. è stato altresì condannato al risarcimento dei danni in favore della parte civile B., nonché alla rifusione delle spese di lite in favore della parte civile Allianz Assicurazioni s.p.a.

2. Avverso la precisata sentenza ha proposto ricorso l'interessato a mezzo del difensore avvocato Vincenzo Dina, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi, di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p.:

-violazione di legge in relazione alla ritenuta riconducibilità della condotta alla fattispecie di cui all'art. 660 c.p.. La condotta tipizzata nella norma incriminatrice, con riferimento al mezzo del reato della comunicazione telefonica, non ricomprende i messaggi inviati con gli attuali sistemi di messaggistica istantanea, aventi peculiarità differenti che sfuggono alle ragioni di tutela penale sottese alla fattispecie in argomento. A tale approdo esegetico è pervenuta da tempo la giurisprudenza di legittimità, valorizzando il carattere non invasivo di tale forma di comunicazione, alla quale il destinatario può sottrarsi, non già disattivando l'apparato telefonico con conseguente lesione, in tale evenienza, della propria libertà di comunicazione, ma semplicemente bloccando l'utente sgradito e così impedendo la ricezione di messaggi indesiderati, senza compromettere la libera fruizione del mezzo del telefono. L'unico settore in cui la giurisprudenza è pervenuta a conclusioni parzialmente difformi è quello afferente ai c.d. sms, in quanto il destinatario sarebbe costretto a percepirli, sia de auditu che de visu, prima di poterne individuare il mittente. Ma tale indirizzo interpretativo merita di essere riconsiderato alla luce delle incalzanti innovazioni tecnologiche che hanno stravolto i principi di funzionamento degli apparati telefonici mobili, tramutati in sofisticati computer dalle infinite possibilità di utilizzo, tra cui anche quella di bloccare l'utente sgradito e di limitare nei suoi solo confronti la visualizzazione di messaggi indesiderati. E ciò era noto alla persona offesa che, in uno dei messaggi riportati nella decisione, aveva diffidato il ricorrente dal proseguire la condotta tenuta, minacciando di bloccare il contatto;

- violazione di legge in relazione all'art. 61 c.p., n. 2 e carenza, illogicità e contraddittorietà della motivazione: l'aggravante è stata ritenuta sussistente pur difettando un "accertamento giurisdizionale" sui reati che fungono da presupposto (il processo per i reati di abuso di ufficio e falso pende in fase dibattimentale e, all'attualità, nemmeno ha avuto inizio l'attività istruttoria) ovvero, in alternativa, un accertamento incidentale, affatto omesso nella decisione impugnata; il decidente ha sostenuto tanto lapidariamente quanto assertivamente che la condotta dell'imputato era stata dettata dall'esigenza di concordare versioni di comodo da rendere nell'ambito del procedimento n. 7008/2016, mentre il contenuto dei messaggi fornisce indicazioni in senso diverso;

- violazione di legge penale processuale (artt. 583 e 541 c.p.p.) con riguardo alla condanna alle spese in favore della parte civile Allianz s.p.a.: in difetto di una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato per il reato di cui all'art. 642 c.p., dichiarato estinto per prescrizione, non era possibile alcuna pronunzia sulle relative statuizioni civili.

3. Disposta la trattazione scritta del procedimento per l'udienza del 18 marzo 2021 ai sensi dell'art. 23 ai sensi del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, art. 23 convertito dalla L. 18 dicembre 2020, il Sostituto Procuratore generale, Dott.ssa Franca Zacco, ha depositato requisitoria scritta, chiedendo l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il fatto non è previsto dalla legge come reato con conseguente revoca della statuizioni civili in favore di B.M.R., nonché revoca della condanna alle spese in favore di Allianz Assicurazioni s.p.a.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso merita accoglimento nei limiti che si diranno.

2. Il primo motivo è infondato.

2.1. Nel caso in esame non è in discussione la materiale commissione dei fatti ad opera dell'imputato, che non risulta averla mai negata, ma esclusivamente la riconducibilità della tipologia di condotta contestata alla fattispecie prevista dall'art. 660 c.p.

La decisione impugnata ha ricondotto le comunicazioni, ritenute moleste, alla categoria sia degli sms che dei messaggi whatsapp (p. 14), inviati in un numero elevato, anche in orari serali e notturni, in un arco temporale di oltre sette giorni.

Il ricorso contesta la statuizione di reità, in primo luogo negando in radice, in nome dei principi di legalità e tassatività, la possibilità di estendere la nozione di mezzo telefonico ai mezzi telematici di qualsivoglia genere; in secondo luogo, e in relazione al profilo saliente del bene giuridico protetto, sollecitando il superamento dell'indirizzo interpretativo, secondo cui la molestia commessa con il mezzo del telefono comprende anche quella posta in essere attraverso l'invio di "short messages system", trasmessi attraverso sistemi telefonici mobili o fissi, dal momento che i moderni dispositivi di telefonia consentono di impedire il singolo contatto non desiderato, semplicemente bloccando l'utenza, senza che l'utilizzatore sia costretto a spegnere il proprio apparecchio cellulare, con nocumento della libertà di comunicazione.

2.2. Giova in premessa rammentare che, come questa Corte insegna, con la disposizione prevista dall'art. 660 c.p. il legislatore, attraverso la previsione di un fatto recante molestia alla quiete di un privato, ha inteso tutelare la tranquillità pubblica per l'incidenza che il suo turbamento ha sull'ordine pubblico, data l'astratta possibilità di reazione. L'interesse privato individuale riceve una protezione soltanto riflessa e la tutela penale è accordata anche senza e pur contro la volontà delle persone molestate o disturbate, dal momento che ciò che viene in rilievo è la tutela della tranquillità pubblica per i potenziali riflessi sull'ordine pubblico di quei comportamenti idonei a suscitare nel destinatario reazioni violente o moti di ribellione.

L'elemento materiale della "molestia" è costituito dall'interferenza non accetta che altera dolorosamente, fastidiosamente o importunamente, in modo immediato o mediato, lo stato psichico di una persona (Sez. 1, n. 19718 del 24/03/2005, Guarnieri, n. m.) e l'atto per essere molesto deve non soltanto risultare sgradito a chi lo riceve, ma dev'essere anche ispirato da biasimevole, ossia riprovevole motivo o rivestire il carattere della petulanza, che consiste in un modo di agire pressante ed indiscreto, tale da interferire nella sfera privata di altri attraverso una condotta fastidiosamente insistente e invadente.

Questa Corte ha, da tempo, anche affermato che il reato di molestia o disturbo alle persone non ha natura necessariamente abituale e non pretende sempre e comunque una reiterazione di comportamenti intrusivi e sgraditi nella vita altrui, sicché può essere realizzato anche con una sola azione purché particolarmente sintomatica la stessa dei motivi specifici che l'hanno ispirata. Con riferimento all'intento della condotta costituito da biasimevole motivo è sufficiente, infatti, anche il compimento di un unico gesto, come nel caso di una sola telefonata effettuata con modalità rivelatrici dell'intrusione nella sfera privata del destinatario (sez. 1, n. 3758 del 07/11/2013, Moresco, Rv. 258260; sez. 6, n. 43439 del 23/11/2010, N., Rv. 248982; Sez. 1, n. 11514 del 16/03/2010, P.G. in proc. Zamò, Rv. 246792).

2.3. La quaestio iuris sul significato da attribuire alla locuzione "col mezzo del telefono", utilizzata dal legislatore del 1930, si è posta nel momento in cui si è reso necessario verificare la riconducibilità o meno alla previsione normativa di innovative modalità di lesione, imprevedibili al momento della posizione della fattispecie.

Con riferimento ai messaggi di posta elettronica, idonei a provocare turbamento o fastidio nel destinatario, Sez 1, n. 24510 del 17/06/2010, D'Alessandro, Rv. 247558, ha precisato come la sentita esigenza di espandere la tutela della tranquillità individuale incontra il limite coessenziale della legge penale costituito dal "principio di stretta legalità" e di tipizzazione delle condotte illecite, sanciti dall'art. 25 Cost., comma 2, e dall'art. 1 c.p.

Il mezzo telefonico assume rilievo ai fini dell'ampliamento della tutela penale -altrimenti limitata alle molestie arrecate in luogo pubblico o aperto al pubblico proprio per il carattere invasivo della comunicazione alla quale il destinatario non può sottrarsi, se non disattivando l'apparecchio telefonico; la comunicazione telefonica comporta, infatti, una immediata interazione tra il chiamante e il chiamato e una diretta intrusione del primo nella sfera delle attività

del secondo. La citata pronunzia, pur dando continuità all'orientamento ermeneutico, secondo cui " Nella generica dizione di cui all'art. 660 c.p., "col mezzo del telefono", sono compresi anche la molestia e il disturbo recati con altri analoghi mezzi di comunicazione a distanza", come mediante il citofono (Sez. 6, n. 8759 del 05/05/1978, Ciconi, Rv. 139560), per essere l'azione perturbatrice dei due sistemi di telecomunicazione vocale perfettamente identica, ha, tuttavia, escluso che l'interpretazione estensiva della locuzione in esame possa essere dilatata sino a comprendere anche le modalità di comunicazione asincrona, come l'invio di posta elettronica, che utilizza la rete telefonica e la rete cellulare delle bande di frequenza, ma non il telefono, né costituisce applicazione della telefonia, consistente, invece, nella teletrasmissione, in modalità sincrona, di voci o di suoni. Invero, "L'invio di un messaggio di posta elettronica, - esattamente proprio come una lettera spedita tramite il servizio postale - non comporta (a differenza della telefonata) nessuna immediata interazione tra il mittente e il destinatario", in quanto "L'azione del mittente si esaurisce nella memorizzazione di un documento di testo (colla possibilità di allegare immagini, suoni o sequenze audiovisive) in una determinata locazione della memoria dell'elaboratore del gestore del servizio, accessibile dal destinatario" e "la comunicazione si perfeziona, se e quando il destinatario, connettendosi, a sua volta, all'elaboratore e accedendo al servizio, attivi una sessione di consultazione della propria casella di posta elettronica e proceda alla lettura del messaggio". Viceversa, possono e devono essere ricondotti nell'alveo della previsione incriminatrice, i messaggi di testo "short messages system" (c.d. sms), trasmessi attraverso apparati telefonici mobili o fissi, non essendo essi assimilabili a quelli di tipo epistolare, "in quanto il destinatario è costretto, sia de auditu che de visu, a percepirli, con corrispondente turbamento della quiete e tranquillità psichica".

Secondo tale pronunciamento, dunque, l'evento immateriale - o psichico - del turbamento del soggetto passivo costituisce condizione necessaria ma non sufficiente ai fini della sussistenza del reato, dovendo necessariamente concorrere gli ulteriori profili circostanziali della condotta del soggetto attivo, tipizzati dalla norma incriminatrice, e nella locuzione "col mezzo del telefono" rientrerebbero solo le comunicazioni che avvengono con modalità sincrona, dando luogo ad una immediata interazione tra soggetto agente e destinatario della comunicazione, anche se effettuate non propriamente con il mezzo del telefono, ma con altri analoghi mezzi di comunicazione a distanza (come il citofono), secondo un'interpretazione teleologica e non strettamente letterale del dettato normativo.

2.3. Ma già Sez. 1, n. 36779 del 27/09/2011, Ballarino e altro, Rv. 250807, ritornando sul tema della configurabilità del reato di molestie con lo strumento della posta elettronica e muovendo dal rilievo che i risultati dell'innovazione tecnologica consentono di inviare messaggi e-mail, in entrata e in uscita, attraverso i normali apparecchi telefonici, fissi o mobili, sostanzialmente con le stesse modalità di invio degli sms, ha precisato che al termine telefono, espressivo "dell'instrumentum della contravvenzione de qua", va equiparato, senza esondare dal perimetro dei possibili significati della formulazione letterale impiegata dal legislatore, qualsiasi mezzo di trasmissione, tramite rete telefonica e rete cellulare delle bande di frequenza, di voci e di suoni imposti al destinatario, senza possibilità per lo stesso di sottrarsi alla

"immediata" interazione con il mittente. Si è rimarcato, infatti, come non possa essere considerato dirimente il criterio incentrato sul carattere sincronico o a-sincronico del contenuto della comunicazione, cui ha fatto ricorso la sentenza D'Alessandro per escludere la rilevanza penale della molestia con lo strumento della posta elettronica sul presupposto che la modalità della forma comunicativa è asincrona e, viceversa, per ribadire l'inclusione nella previsione della norma incriminatrice della molestia citofonica, stante la sostanziale identità dei due sistemi di telecomunicazione vocale; ciò che deve essere ritenuto decisivo è, invece, il diverso criterio dell'invasività del mezzo impiegato per raggiungere il destinatario dell'azione perturbatrice. Sviluppando l'impostazione ermeneutica, seguita da Sez. 3, n. 28680 del 26/06/2004, Modena, Rv. 229464, secondo la quale quello che l'art. 660 c.p. ha voluto incriminare non è solo il messaggio

molesto che il destinatario è costretto ad ascoltare per telefono, ma ogni messaggio che è costretto a percepire, sia de auditu che de visu, perché entrambi i tipi di messaggio sono idonei a mettere a repentaglio la libertà e la tranquillità psichica del ricevente, la sentenza Ballarino è pervenuta alla conclusione, ritenuta conforme alla lettera e alla ratio della norma, che anche l'invio di un messaggio di posta elettronica può realizzare in concreto una diretta e sgradita intrusione del mittente nella sfera delle attività del destinatario, quando la comunicazione sia accompagnata da un avvertimento acustico, che ne indichi l'arrivo in forma petulante, con un'intensità tale da condizionare la tranquillità del ricevente.

La pronuncia in esame, valorizzando uno dei profili tratteggiati nelle sequenze motivazionali della sentenza D'Alessandro, nella parte in cui non ha mancato di riconoscere che la posta elettronica utilizza anche il mezzo di trasmissione della rete telefonica e della rete cellulare delle bande di frequenza, ha delineato il diverso criterio connotato dall'invasività della notifica di arrivo, così inquadrando l'esito della condotta penalmente rilevante nella percezione obbligata da parte del destinatario del ripetuto avvertimento acustico, che può rivelarsi molesto proprio come l'invio ripetuto di squilli telefonici, già riconosciuto nella giurisprudenza di legittimità, come idoneo a determinare una significativa intrusione nell'altrui sfera personale ingenerata dall'attività di comunicazione in sé considerata e a prescindere dal suo contenuto (da ultimo: Sez. F, n. 45315 del 27/08/2019, Manassero, Rv. 277291). Situazione affatto diversa da quella in cui il destinatario dei messaggi di posta elettronica, per nulla avvertito dell'arrivo, decida di aprire la posta elettronica pervenuta, così volontariamente accedendo al suo contenuto, come per la corrispondenza epistolare, senza subire alcun condizionamento costituito "da segni o rumori premonitori".

2.4. Alla luce di tali condivisibili precisazioni, se ciò che rileva è il carattere invasivo della comunicazione non vocale, rappresentato dalla percezione immediata da parte del destinatario dell'avvertimento acustico che indica l'arrivo del messaggio, ma anche - va soggiunto - dalla percezione immediata e diretta del suo contenuto o di parte di esso, attraverso l'anteprima di testo che compare sulla schermata di blocco, il distinguo tra messaggistica istantanea e messaggi di testo telefonici (sms) non ha più ragion d'essere, sia l'una che gli altri potendo realizzare in concreto una diretta e immediata intrusione del mittente nella sfera delle attività del ricevente.

2.5. Nè merita condivisione l'affermazione che, a differenza della

comunicazione fatta con il mezzo del telefono, la "messaggeria telematica" non presenta carattere invasivo, ben potendo il destinatario di messaggi non desiderati da un determinato utente (sgradito), evitarne agevolmente la ricezione, senza compromettere in alcun modo la propria libertà di comunicazione, semplicemente escludendo o bloccando il contatto indesiderato

(Sez. 1, n. 24670 del 07/06/2012, Cappuccio, Rv. 253339), mentre "il mezzo telefonico assume rilievo... proprio per il carattere invasivo della comunicazione alla quale il destinatario non può sottrarsi, se non disattivando l'apparecchio telefonico, con conseguente lesione, in tale evenienza, della propria libertà di comunicazione, costituzionalmente garantita (art. 15 Cost., comma 1)" (Rv. 253339 citata).

Va, per vero, innanzitutto ribadito che il reato in esame mira a prevenire il turbamento della tranquillità pubblica attuato mediante l'offesa alla quiete privata e non alla libertà di comunicazione del destinatario dell'atto molesto o di disturbo; va, poi, osservato che il criterio utilizzato per escludere il carattere invasivo della messaggistica istantanea non è dirimente, in quanto con le stesse modalità è possibile evitare la ricezione anche degli sms (sgraditi), come pure escludere la chiamata telefonica proveniente da un'utenza (sgradita) sia dall'apparato mobile sia da quello fisso, sfruttando la funzionalità di blocco presente sulla maggior parte dei cordless e in generale sugli apparecchi dotati di display e menu delle impostazioni.

Ed allora, si può concludere che ciò che rileva è l'invasività in sé del mezzo impiegato per raggiungere il destinatario, non la possibilità per quest'ultimo di interrompere l'azione perturbatrice, già subita e avvertita come tale, ovvero di prevenirne la reiterazione, escludendo il contatto o l'utenza sgradita senza nocumento della propria libertà di comunicazione.

2.6. Alla luce delle superiori riflessioni, la sentenza impugnata non è incorsa nella denunziata violazione di legge ma, dando adeguato conto della base fattuale, con insindacabile apprezzamento di merito, ha ritenuto che i messaggi whatsapp e gli sms reiterati nel tempo, pur in difetto di risposta da parte della B., inviati anche in orari serali e notturni (chiedendole insistentemente di incontrarsi, prospettandole la necessità di confrontarsi sulla vicenda attenzionata dagli inquirenti, chiedendole, con un messaggio inviato alle ore 23.33, l'account e la password per accedere a documentazione che avrebbe potuto essere agevolmente acquisita per le vie ufficiali) avevano determinato un non trascurabile turbamento della serenità e della vita quotidiana della ricevente, già per vero compromessa per via della vicenda giudiziaria in cui risultava coinvolta con il D. e che aveva costituito il fattore determinante della condotta insistente ed invadente dal medesimo tenuta, immediatamente prima e subito dopo la convocazione della donna presso gli uffici di p.s.

Del tutto correttamente, alla luce di tali emergenze, e plausibilmente, ha, dunque, definito l'agire dell'imputato pressante, indiscreto, impertinente, ovverosia petulante, escludendo qualsivoglia reciprocità o ritorsione delle molestie, dal momento che la donna si era limitata ad inviare messaggi di risposta, sia pure connotati da espressioni colorite, alle sollecitazioni e importune richieste del D. Proprio il fatto, poi, che l'imputato fosse stato esortato a smettere siffatti atteggiamenti esclude che egli non s'avvedesse dell'oggettivo disturbo arrecato e della inutile petulanza del suo agire. Potendosi solo aggiungere che nella fattispecie incriminatrice in esame la petulanza costituisce una modalità della condotta prima ancora che un atteggiamento soggettivo, sicché è principio consolidato che, ove la condotta sia obiettivamente petulante (fastidiosamente insistente e invadente), è sufficiente ad integrare il reato la circostanza che l'agente sia consapevole di tale suo modo di fare, non rilevando la pulsione che lo muove.

3. Anche il secondo motivo è destituito di fondamento.

La circostanza aggravante consequenziale dell'occultamento del reato o dello scopo dell'impunità presuppone che il reato principale sia stato commesso o tentato o postula anch'esso un collegamento finalistico consistente nell'intento di commettere un reato, non come fine a se stesso, ma come mezzo per evitare il procedimento penale, e può essere ritenuta anche se il reato principale viene giudicato separatamente, in applicazione dell'art. 2 c.p.p., comma 2, attraverso una delibazione incidentale del fatto complessivamente contestato.

Tanto precisato, il ricorso non è autosufficiente laddove afferma che il processo per i reati principali pende ancora in fase dibattimentale; è infondato laddove assume che non sarebbe stata effettuata nessuna analisi dei reati oggetto del separato giudizio, posto che, a p. 11 e ss., la decisione impugnata si è soffermata sulle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dalla B. che, con riferimento al sinistro stradale denunziato come occorso in data 9/11/2011, ha negato di essere intervenuta per i rilievi del caso unitamente al collega D., ha disconosciuto la firma apposta sui verbali sequestrati, indicando nel ricorrente, con il quale aveva intrattenuto una relazione affettiva e al quale aveva fornito la propria password di accesso al portale sul quale venivano caricati i verbali, il probabile autore della sua falsificazione; dichiarazioni ritenute corroborate dai messaggi inviati in sequenza, prima e dopo le convocazioni presso gli uffici di polizia giudiziaria, esaminati nel loro contenuto e dettati, nell'interpretazione non manifestamente illogica fornita dal giudice di merito, proprio dall'esigenza del ricorrente di confrontarsi con la B., apparente firmataria del modulo di rilevazione stradale del sinistro, e di concordare una versione di comodo per contrastare le accuse prima ipotizzate e poi elevate a suo carico.

4. Fondato è il terzo motivo di ricorso.

Non può essere pronunciata condanna alle spese in favore della costituita parte civile in caso di estinzione del reato intervenuta prima della sentenza di primo grado e da essa rilevata e dichiarata, posto che l'art. 541 c.p.p. testualmente indica, quale presupposto della relativa statuizione di condanna, l'accoglimento della domanda di restituzione o di risarcimento del danno (Sez. 6, n. 516 del 11/04/1985, Marzotti, Rv. 170917: "Nell'ipotesi di declaratoria di estinzione del

reato per prescrizione, l'imputato non può essere condannato al pagamento delle spese in favore della parte civile. Quest'ultima tuttavia può ricorrere al giudice civile, il quale, nella sentenza che accoglie la domanda di risarcimento o in quella di liquidazione del danno, decide in ordine al rimborso delle spese sostenute dal danneggiato intervenuto nel giudizio penale"). Diverso e', invece, il caso della prescrizione maturata dopo la sentenza di primo grado, contenente espresse statuizioni di condanna risarcitoria in favore della parte civile. Ed invero, la sopraggiunta maturazione della causa estintiva non è ostativa alla condanna dell'imputato alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile nel giudizio di impugnazione, atteso che nel dichiarare estinto per prescrizione il reato per il quale in primo grado è intervenuta condanna al risarcimento del danno il giudice di appello è tenuto a decidere su tale questione nel merito, motivando sul positivo accertamento della responsabilità dell'imputato.

5. La rilevata carenza di fondatezza del ricorso, che investe la devoluta non colpevolezza dell'imputato, non pregiudica tuttavia il rilievo di ufficio, ex art. 609 c.p.p., che la pena inflitta a D. per la contestata e ritenuta contravvenzione è stata assoggettata alla riduzione di un terzo per la scelta del rito, anziché della metà, ai sensi dell'art. 442 c.p.p., comma 2, come modificato dalla L. 23 giugno 2017, n. 103, art. 1, comma 44.

Con riferimento a tale novum normativo l'orientamento interpretativo si è attestato in modo univoco sul principio secondo cui l'art. 442 c.p.p., comma 2, come novellato dalla L. n. 103 del 2017, nella parte in cui prevede che, in caso di condanna per una contravvenzione, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà, anziché di un terzo come previsto dalla previgente disciplina, si applica anche alle fattispecie anteriori, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile, ai sensi dell'art. 2 c.p., comma 4, in quanto la norma - pur essendo di carattere processuale - ha sicuri effetti sostanziali, comportando un trattamento sanzionatorio più favorevole, anche se collegato alla scelta del rito (Sez. 1, n. 39087 del 24/05/2019, Mersini, Rv. 276869;Sez. 4, n. 5034 del 15/01/2019, Lazzara, Rv. 275218; Sez. 4, n. 832 del 15/12/2017, dep. 2018, Del Prete, Rv. 271752; v. anche Sez. 1, n. 6300 del 21/12/2018, dep. 2019, Farina, n. m.; Sez. 1, n. 50435 del 25/09/2018, Giorgio, n. m.). Corollario di tali rilievi è che stante la rilevabilità di ufficio del trattamento sanzionatorio più favorevole ai sensi dell'art. 2 c.p., comma 4, l'eccedenza di pena determinata dalla inosservanza del nuovo limite, deve essere decurtata, attraverso la rideterminazione in questa sede, ai sensi dell'art. 620 c.p.p., comma 1, lett. l), della pena irrogata mediante la corrispondente riduzione per il rito.

6. In conclusione la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio limitatamente alla pena, che va rideterminata in Euro 150,00 di ammenda, e alla condanna alla rifusione delle spese in favore della parte civile Allianz Assicurazioni s.p.a., che va esclusa. Il ricorso va rigettato nel resto.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente alla pena che ridetermina, con la diminuente per il rito, in Euro 150,00 di ammenda, nonché alla condanna di D.F. alla rifusione delle spese processuali in favore della Allianz s.p.a., condanna che esclude. Rigetta il ricorso nel resto.

Così deciso in Roma, il 18 marzo 2021.
Depositato in Cancelleria il 22 ottobre 2021

indice

MONOGRAFICA
Potere costituente
a cura di MARCO GOLDONI & GIORGIO PINO

ITALO BIROCCHI
Verso la Costituente. Il pensiero di Mortati nella lettura di uno storico 7-31

GIOVANNI BISOGNI
«Un libro che non ha mai finito di dire quello che ha da dire»:
La Costituente di Costantino Mortati 33-50

MARCO BRIGAGLIA
L'ordine, dal centro ai margini.
A proposito della ripubblicazione di due testi di Costantino Mortati 51-72

GIULIA MARIA LABRIOLA
Una riflessione sul potere costituente in Costantino Mortati 73-87

CHIARA VALENTINI
La progressiva formazione dell'ordine costituzionale.
Potere e processo costituente nella teoria di Mortati 89-99

STUDI

DARIO IPPOLITO
La società degli individui. Beccaria filosofo contrattualista 103-117

GIORGIO PINO
Il puzzle dei diritti indisponibili 119-135

DISCUSSIONI
Discussione su "Abitare i diritti. Per una critica del rapporto tra giustizia e spazi urbani"
di M.G. Bernardini & O. Giolo (eds.)

MARIA GIULIA BERNARDINI & ORSETTA GIOLO
Presentazione 139-141

BARBARA BADIANI & GIULIO LUPO
Note per una critica della logica del marketing nella pianificazione urbana 143-156

NICOLA CAPONE
Lo spazio pubblico come luogo per riabitare mondi in comune 157-178

APPENDICE: tabelle comparative ..... i-xi

ELENA DORATO
La cura (*come*) critica. Riflessioni sullo spazio urbano a partire dall'esperienza pandemica 179-198

Francesca Scamardella
I beni comuni nei processi di rigenerazione urbana. Appunti per una nuova governance urbana ... 199-214

Martina Stevoli
Riflessioni sul ruolo dell'evento nella dimensione pubblica cittadina:
effetti e sperimentazioni sullo spazio urbano e giuridico 215-228

Alessandra Sciurba
Città, diritti e pratiche di mutualismo.
Riflessioni a partire dalle istanze comunitarie ai tempi della pandemia 229-242

RECENSIONI

F. Javier Ansuátegui Roig
Una defensa analítica y liberal de la libertad de expresión
(a proposito di Anna Pintore, *Tra parole d'odio e odio per le parole. Metamorfosi della censura*) 245-252

C. Ignacio Giuffré
Democracia sin atajos
(a proposito di Cristina Lafont, *Democracia sin atajos. Una concepción participativa de la democracia deliberativa*) 253-257

Giorgio Maniaci
"Libera scelta, libera condizione". Si tratta di vera libertà?
(a proposito di Alessandra Facchi & Orsetta Giolo, *Libera scelta e libera condizione*) 259-268

Francesco Rimoli
Investire in fiducia? La funzione del diritto e le basi dell'obbedienza
(a proposito di Tommaso Greco, *La legge della fiducia*) 269-279

RATIO DECIDENDI
a cura di Gaetano Carlizzi & Giorgio Pino

Giorgio Pino
Ex auctoritate 283-303

[allegati]
Cass., Sez. I, sentenza n. 37974/2021

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel giugno 2022