



17 APRILE 2019

Beni comuni e nuovo fondamento del diritto soggettivo

di Raffaella Messinetti
Professore ordinario di Diritto privato
Sapienza – Università di Roma



Beni comuni e nuovo fondamento del diritto soggettivo *

di Raffaella Messinetti

Professore ordinario di Diritto privato
Sapienza – Università di Roma

Sommario: 1. Significato dei c.d. beni comuni e valore giuridico della persona umana. Il principio personalistico e i processi di qualificazione dei beni. 2. Il principio proprietario e la tutela dei beni comuni. Il paradosso della costruzione giuridica della modernità: la società-mercato. 3. Segue. Proprietà e diritto soggettivo. Libertà giuridica e libertà di consumo. Quale paradigma per i c.d. beni comuni? 4. Beni comuni e “nuovi” diritti della persona nella società della comunicazione globale.

1. Significato dei c.d. beni comuni e valore giuridico della persona umana. Il principio personalistico e i processi di qualificazione dei beni.

Se osservata attraverso la lente del diritto, la multiforme pluralità dei discorsi che vanno svolgendosi intorno ai c.d. beni comuni rivela un elemento unificante: l'esistenza di una relazione tra questi beni e il valore della persona umana.

Questo riferimento ha una doppia specificazione. In primo luogo, il valore della persona non è indeterminato ma rinvia a uno statuto semantico storicamente definito: le libertà e i diritti fondamentali attraverso cui la personalità dell'uomo si esplica nella contemporaneità. L'espressione “persona”, in questo senso, individua un canone che, come istanza culturale, appare capace di superare il contesto dell'esperienza giuridica dello Stato costituzionale-democratico e percorrere il mondo manifestando una singolare universalità: quella di una nuova condizione dell'uomo in quanto tale¹. Questa istanza -come vedremo- intende contrastare la tendenza della *lex mercatoria* a dettare l'ordine della globalizzazione ed imporsi come nuovo diritto naturale.²

In secondo luogo, il legame tra beni comuni e persona è visto come costitutivo secondo una forma specifica: i beni comuni sono entità essenziali al godimento effettivo dei diritti e delle libertà fondamentali

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. Queste pagine sono dedicate alla memoria del prof. Giovanni Gabrielli e destinate alla raccolta di scritti in suo onore.

¹ Decisivo, per questa impostazione è il riferimento a S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012 e a G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, ma anche ad A. K. Sen, *L'idea di giustizia*, trad.it., Milano 2010.

² L'idea di uno “spazio sconfinato” dei discorsi giuridici della contemporaneità si deve a J. Allard - A. Garapon, *Les Judges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, 2005; F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010; Id., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2010; M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.

della persona. Questo vincolo di essenzialità svolge due funzioni: selezionare i beni rilevanti come comuni; orientarli verso modelli di comprensione e di regolazione non soltanto diversi, ma anche opposti a quelli costitutivi della logica mercantile: il calcolo della convenienza e la massimizzazione del profitto individuali³.

Infatti, la relazione con la persona dovrebbe connettere regolativamente questi beni al contesto dell'essere, nella sua capacità espressiva di una logica contrapposta e prevalente rispetto a quella dell'avere⁴. Ciò avverrebbe per una ragione: la disfunzionalità del principio proprietario⁵ rispetto alla gestione dei beni comuni⁶. L'idea è che, proprio perché essenziali allo svolgimento della personalità dell'uomo, questi beni non debbano essere utilizzati secondo il modello dell'attribuzione individuale e dello sfruttamento esclusivo: un modello inappropriato a comprendere e realizzare le "ragioni" che la persona umana proietta su queste risorse⁷.

Dunque, il giudizio di inadeguatezza (disfunzionalità) viene orientato da un criterio non economicistico⁸ ma culturale: la centralità della persona umana. Questa situazione non può non sorprendere lo studioso del diritto privato abituato – nonostante la Costituzione- ad un rapporto di forze radicalmente opposto tra le ragioni dell'essere e quelle dell'avere: quello che, nella modernità, produce l'assorbimento progressivo da parte del mercato dei luoghi di espressione dell'esistenzialità umana. Il riferimento evidente al discorso giuridico è alla c.d. patrimonializzazione della persona e al paradosso per cui tale fenomeno viene talvolta erroneamente percepito come rafforzamento della sua tutela giuridica⁹ e perciò conquista di civiltà.

³ È importante osservare che, nel sistema del diritto privato, la nozione di bene in senso giuridico non appare tributaria delle qualificazioni economicistiche, ma è costruita sul modello del diritto di proprietà attraverso il riferimento all'idea dell'oggetto del diritto. Lo schema di qualificazione –secondo l'interpretazione prevalente dell'art. 810 cod.civ.- funziona così: sono beni le cose che possono costituire oggetto del diritto di proprietà. Vale a dire: di godimento esclusivo. V., per tutti, D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970. Risulta chiaro allora perché la proposta della Commissione Rodotà prenda avvio proprio dalla riformulazione dell'art. 810 cod.civ. per riferirsi a una pluralità di criteri di qualificazione dei beni.

⁴ La ricostruzione fondamentale del contesto della persona nella scienza giuridica si deve a D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, Enc.Dir., XXXIII, Milano, 1983, p. 360 ss.

⁵ Visto, ovviamente, nella sua funzione di fondamentale criterio organizzativo delle relazioni patrimoniali.

⁶ Contra, per tutti, G. Hardin, *The Tragedy of Commons*, in *Science*, 162, p. 1243 ss.

⁷ È superfluo ribadire che il modello dominicale è strutturato per fare prevalere le ragioni del proprietario sugli interessi contrapposti sia della persona umana che della collettività.

⁸ Declina l'inadeguatezza anche in una prospettiva economicistica E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, trad.it., Venezia, 2006.

⁹ Il riferimento immediato è alla risarcibilità del c.d. danno esistenziale. Com'è noto, la spiegazione teoretica di questa espansione della responsabilità civile ha una doppia declinazione, legata al senso del principio di patrimonialità. La prima: l'evoluzione sistemica del principio di patrimonialità, che adattandosi all'estensione sociale del mercato trasforma in valori di scambio aspetti tradizionalmente compresi quali espressioni dell'esistenzialità (D. Messinetti, *Danno giuridico*, Enc.Dir., Agg. II, 1998). La seconda: il mutamento del significato del canone della patrimonialità, per cui è patrimoniale non solo ciò che ha un valore di scambio, ma anche ciò che secondo

Si può trarre, quindi, una prima conclusione: la persona e i suoi bisogni vengono assunti come criterio di qualificazione di beni. Perciò occorre identificare precisamente quale possa essere lo statuto comunicativo della persona come valore selettivo e regolativo dei beni comuni. Questo discorso si svolge nell'orizzonte di un modo nuovo di pensare la persona umana e la sua posizione nel mondo: quello che nel linguaggio corrente della scienza giuridica è sintetizzato nella c.d. antropologia giuridica del costituzionalismo democratico moderno. Il riferimento ad una visione antropologica giuridicamente connotata è assai significativo perché mostra come il concetto di persona venga desunto dal contenuto, culturalmente determinato, dei suoi diritti fondamentali. Detto altrimenti: parlare della persona equivale a parlare dei suoi diritti; diritti “conciati” non tanto dal diritto positivo quanto piuttosto dalla produzione culturale della società: i valori e i significati fondamentali condivisi. In questo contesto, riferirsi a diritti della personalità “nuovi” significa attuare la dinamicità intrinseca all’idea di persona come individuo sociale: un individuo che viene guardato nella storicità e nella concretezza della prassi. Si può dire, perciò, che i c.d. nuovi diritti della persona consistono essenzialmente in nuovi modi di essere dell’uomo: forme nuove di svolgimento della personalità umana nella contemporaneità (un esempio: la “posizione” dell’uomo nel cyberspazio genera la riflessione sulla cittadinanza digitale e sull’accesso ad internet come diritti fondamentali). Non a caso, nel sistema giuridico italiano, il principio personalistico –in quanto principio costituzionale- è socialmente evolutivo: la sua trama “aperta”, che è una funzione del dialogo tra diritto e società, serve a recepirne immediatamente e costantemente nel contenuto precettivo i significati generati autonomamente dalla prassi¹⁰.

Come è noto, questa visione della persona è fondata sul principio della dignità individuale e sociale dell’uomo¹¹, che istituisce un legame indissolubile tra i principi di libertà e di eguaglianza, da un lato, e i valori della giustizia sociale, dall’altro¹². La conseguenza di tale vincolo è duplice: l’inscindibilità dei diritti fondamentali che perciò costruiscono unitariamente il valore della persona¹³; la rilevanza dell’uomo (non come soggetto astratto ma in quanto) immerso nella realtà delle sue condizioni vitali: quelle in cui si esprime la sua esistenza individuale e quelle in cui si manifesta la sua relazionalità. Iscrivendosi in

l’apprezzamento della società può essere sostituito in via compensativa con il denaro (M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008).

¹⁰ A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, p. 345 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto e la sua giustizia* cit., p. 161 ss.

¹¹ Secondo P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, IEL, Roma, 2005, p.164 ss., “lo Stato Costituzionale realizza la dignità dell’Uomo rendendo i cittadini soggetti del loro agire”; nel pensiero di questo A. la dignità dell’uomo è “la premessa antropologico-culturale” dello Stato costituzionale. Su questi profili, S. Rodotà, *Antropologia dell’ “homo dignus”*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2011, p. 547 ss. Di peculiare significatività –oltre all’art. 3 Cost.it.- gli artt. 1 e 2.1 della Legge Fondamentale tedesca.

¹² Riferimento importante è alla Dichiarazione dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea.

¹³Fondamentale, in questo senso, la costruzione di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti* cit.

quest'ambito, quale discorso mondializzato, quello dei beni comuni ripropone il problema della giustizia della legge, collocandone i canoni "oltre" il diritto positivo¹⁴. Da questo punto di vista, si pone nel flusso del moderno costituzionalismo, rivendicando, con la natura "sociale" della Costituzione, la funzione "naturalmente" normativa della società, attraverso la sua produzione di senso e valore.

Queste precisazioni sono importanti per vedere il profilo essenziale riflesso nella comunicazione dei beni comuni: lo scontro tra due visioni opposte dell'individuo e della società: quella del moderno costituzionalismo dei diritti e quella della società - mercato. La prima, a partire dalle Leggi Fondamentali del secondo dopoguerra, è quella elaborata soprattutto dai discorsi della giurisprudenza costituzionale mondializzata¹⁵ e formalizzata nelle c.d. costituzioni sovranazionali; la seconda è quella del c.d. capitalismo consumistico che, in virtù di una esasperazione del principio proprietario, riflette una società costruita ad immagine –e misura- del mercato e un individuo oggettivato all'interno di relazioni di consumo.

La domanda di diritti che proviene dal "movimento" dei beni comuni è inverare la prima prospettiva. Ciò pone al giurista un problema: elaborare paradigmi di "gestione" dei beni che siano funzionali alle ragioni assiologiche della persona umana. A tal fine, credo che la riflessione su un "diritto dei beni comuni" non possa evitare la decostruzione del principio proprietario per comprendere ciò che, secondo la razionalità del principio personalistico, si rivela criticità da rimuovere oppure positività da non disperdere.

2. Il principio proprietario e la tutela dei beni comuni. Il paradosso della costruzione giuridica della modernità: la società-mercato.

La critica del principio proprietario procede da due diverse angolature: contro il principio proprietario come fondamentale canone organizzativo della società: delle relazioni interpersonali e di quelle di cittadinanza; contro il paradigma proprietario come modello di attribuzione efficiente delle risorse e forma privilegiata della tutela giuridica degli interessi rilevanti.

Il primo profilo è la riflessione su un aspetto specifico del sistema capitalistico della contemporaneità: la radicalizzazione dell'individualismo proprietario compiuta dal primato dell'economia su ogni altro aspetto costitutivo del vivere comune e la conseguente rimozione di ogni limite alla naturale vocazione totalitaria del mercato¹⁶.

¹⁴ Decisivo, per questa impostazione, il rinvio a G. Zagrebelsky, *Il diritto e la sua giustizia* cit. Per il senso di una possibile universalità: A. K. Sen, *La disegualianza. Un riesame critico*, Bologna, 1994.

¹⁵ *Supra*, nota n. 2.

¹⁶ Per l'analisi di questo fenomeno nella scienza giuridica italiana resta insuperato il pensiero di P. Barcellona, per il quale si rinvia alla nota n. 18.

La scienza giuridica ha da tempo posto in luce come tale situazione, per un verso, sia inclusa -come sviluppo potenziale- nella strategia di separazione dell'economia dalla politica che caratterizza la genesi del diritto moderno; per l'altro, derivi dalla mancata correzione del sistema capitalistico mediante il principio di solidarietà. Le conseguenze più importanti per questa riflessione sono due: la distribuzione delle risorse è lasciata al mercato, quale luogo degli scambi interprivati¹⁷; la libertà individuale è concepita essenzialmente come libertà economica¹⁸: è questo il campo semantico che rimane dopo che l'astrazione del soggetto e della sua eguaglianza (principio di eguaglianza formale) ha respinto nel campo del giuridicamente indifferente le diseguaglianze sostanziali tra gli uomini¹⁹.

Il primo aspetto (la separazione della politica dall'economia) esprime la fondamentale scelta "costituzionale" effettuata dal diritto privato moderno con le codificazioni del XIX secolo: realizzare «un'organizzazione economica autogestita dai membri liberi della società civile, attribuendo al potere politico solo la funzione di garantire il libero gioco del mercato²⁰». Il suo compimento ha implicato l'assunzione "positiva" della logica mercantile a logica giuridica dei rapporti economici, in virtù del nesso regolativo istituito sul piano formale tra due principi sistematici del diritto privato: quello dell'autonomia privata (che si svolge mediante il contratto) e quello della patrimonialità (che governa l'accesso al sistema della tutela giuridica delle obbligazioni e del contratto)²¹. È evidente che proprio in questa correlazione è iscritta la capacità espansiva attribuita dal diritto privato moderno al mercato: se per acquisire valore patrimoniale "basta" la sussunzione entro un rapporto di scambio (in virtù del contratto), due sono le conseguenze: 1) è solo il mercato a decidere ciò che ha e ciò che non ha valore economico; 2) dal punto di vista del mercato, non vi è nulla che di per sé possa non divenire "merce". L'inclusione totalizzante è assicurata dalla capacità di omologazione universale del denaro che rende irrilevanti qualità e identità per trasformarle in quantità perfettamente misurabili in termini di puro valore patrimoniale (monetario)²².

¹⁷ È chiaro che il mercato non è mai realmente autoregolato: anche nella prospettiva "minimale" del liberismo, il diritto provvede alla conservazione del sistema essenzialmente in due modi: "giuridicizzando" la logica mercantile e intervenendo nell'economia in forme coerenti con questa.

¹⁸ La distinzione tra libertà dei commerci e libertà politica è chiarissima nel pensiero illuminista: per tutti, Condorcet, *Quadro storico dei progressi dello spirito umano*, Milano, 1989, p. 266 ss.

¹⁹ Parla di rimozione della dimensione sociale come effetto del principio di eguaglianza formale P. Barcellona, *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987, p. 40 ss.

²⁰ Sulla natura non neutrale del diritto formale della modernità, P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p.9 ss.

²¹ La più chiara analisi tecnica di questo nesso organizzativo è di P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna* cit., p.236 ss.

²² «Il mercato non è più strumento, mezzo, ma fine a se stesso, giacché non c'è nessun "oltre" che si collochi fuori, nella sfera delle relazioni sociali o "naturali" fra gli uomini e fra gli uomini e le cose». Così P. Barcellona, *Il capitale come puro spirito*, Roma, 1990, p. 18.

Si individua così un problema essenziale del senso comunicativo dei c.d. beni comuni: come opporsi alla forza inclusiva e omologante del mercato che riconforma a sua immagine ogni aspetto della relazionalità sociale e –persino- della individualità della persona²³? Infatti, la condizione essenziale del funzionamento e della riproduzione del sistema è questa: che tutta la società sia ricondotta entro i confini categoriali della merce capitalistica: una merce in cui il valore di scambio e il valore d’uso tendono a coincidere come nella forma del denaro.

Non è per un caso, perciò, ma per una ragione sistemica che nell’età della globalizzazione il luogo fondamentale della produzione di significati sociali “universali” sia proprio il mercato²⁴. Questa ragione si radica in un carattere tipico della modernità: il dominio della tecnica²⁵. E’ qui infatti che assume centralità un paradigma che sarebbe realizzato in modo “spontaneo” dalle pratiche mercantili: l’efficienza economicistica²⁶. Da questo punto di vista, la stessa globalizzazione “funziona” come una tecnica di semplificazione del mondo: assumere la forma del mercato.

Questa strategia di “mercificazione” del mondo si è compiuta con successo in una sequenza storica sintetizzabile così: l’economia si separa dalla politica; il mercato diviene il fulcro dell’economia; il mercato

²³ Scontato il riferimento al pensiero di Z. Bauman e in particolare alle riflessioni contenute nel volume *Consumo dunque sono* cit. In questa stessa prospettiva, sulla standardizzazione “mercantile” dei sentimenti e delle emozioni, A. Russell-Hochschild, *Per amore o per denaro. La commercializzazione della vita intima*, Bologna, 2006.

²⁴ Sulla funzione totalizzante del mercato, decisiva e insuperata per il pensiero giuridico è l’opera di P. Barcellona, con particolare riferimento a *L’individualismo proprietario* cit; *L’egoismo maturo e la follia del capitale*, Milano, 1988, *Il capitale come puro spirito*, Roma, 1990, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998; *L’individuo e la comunità*, Roma, 2000.

²⁵ Come è stato osservato da M. Heidegger, *Saggi e discorsi*, Torino, 1991, p.19 ss., il dominio della tecnica è una delle forme con cui la contemporaneità presenta il proprio carattere originale. A differenza di quanto avveniva nell’età classica, dove la tecnica, la *téchne*, operava in stretto connubio con la creatività (*poiesis*) dell’individuo, nell’età contemporanea l’apparato tecnologico, il *Gestell*, si connota per il metodo impositivo. La civiltà della tecnica non si limita più a produrre strumenti di lavoro, ma diviene essa stessa metodologia di lavoro: il criterio discriminante si slega dall’azione individuale per isolarsi a mera efficacia impositiva. Di qui il passo al dominio dell’economia come fenomeno dell’apparato tecnologico è breve: basando la propria capacità di affermazione su quell’astratto universale che è il numero, ed avendo così l’economia ridotto ad entità misurabile ogni bene esistente o producibile, il luogo dove l’apparato tecnico-economico trova la sua sintesi -il mercato- diviene fulcro della metodologia impositiva: del *Gestell*. L’affermazione di Marx per cui il dominio del capitalismo avrebbe trovato un’estensione prima inimmaginabile grazie all’apparato economico ha trovato tardiva ragione. La letteratura sul tema è sterminata: in relazione ai profili accolti per questa riflessione, d’obbligo il rinvio a E. Severino, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 1998; N. Irti –E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

²⁶ Per comprendere la multiforme complessità delle trasformazioni sociali indotte dal capitalismo tecnologico il riferimento fondamentale è P. Barcellona, *Il capitale come puro spirito*, cit., p. 28 ss.

ingloba progressivamente ogni dimensione della società²⁷; si afferma il primato dell'economia e delle sue leggi, percepite come naturali e -in certo senso- inesorabili²⁸.

L'effetto della mercificazione globale ha un doppio volto: in forza della strategia di separazione dell'economia dalla politica è incluso nel progetto costitutivo della modernità; nella misura in cui è esteso all'uomo (e lo oggettualizza) tradisce la promessa di libertà che la rivoluzione illuminista affidava all'emancipazione dell'individuo dai vincoli della tradizione e delle appartenenze (col *medium* delle astrazioni del soggetto e dell'eguaglianza giuridica): la libertà dell'individuo di governare la propria vita con la forza della ragione. In una parola: autodeterminarsi²⁹.

Questo aspetto viene evidentemente negato quando il contenuto della libertà individuale viene a coincidere con il potere di compiere atti di acquisto, scegliendo oggetti e (perfino) identità predeterminati dal mercato in funzione di un criterio di efficienza economicistica messo in opera come principio di autoconservazione del sistema. Questo principio impone che persino i bisogni in quanto tali divengano oggetto della produzione capitalistica, istituendo un comparto essenziale dell'economia e della società di mercato. Il meccanismo ha una logica autoevidente: se è la produzione a governare il consumo (e non viceversa), allora è la riproduzione del sistema ad esigere che i bisogni di consumo rimangano costantemente insoddisfatti. In conclusione: il sistema ha bisogno di un individuo costitutivamente abitato da un desiderio di possesso illimitato, che rinuncia a costruire in modo autonomo i significati e i valori della propria esistenza per mutuarli dal mercato³⁰. Questo è un aspetto decisivo, perché –come si è detto- il mercato non crea alcun valore diverso da quello patrimoniale; al contrario, omologa ogni entità per renderla scambiabile. Detto altrimenti: il mercato pratica, in virtù del denaro, una strategia di indifferenziazione che consiste proprio nella negazione di ogni determinazione qualitativa e valoriale.

Tra le conseguenze emerge una coazione: gli interessi dell'uomo per acquisire rilevanza debbono assumere la forma mercantile monetaria³¹. È questa coazione che il movimento dei beni comuni vuole rompere, restituendo alla società la sua funzione autonormativa: costruire i propri valori; decidere i propri bisogni; selezionare ciò che può essere scambiato e ciò che invece non può. In questo senso, parlare di beni comuni significa rivendicare la forza di ragioni assiologiche capaci di sottrarre talune entità al mercato

²⁷ L'analisi più chiara del nesso tra tale separazione e la subordinazione di tutta la società ai bisogni dell'economia di mercato è ancora quella di K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 1974; Id., *Per un nuovo Occidente*, Milano, 2013.

²⁸ Secondo K. Polanyi, *La grande trasformazione* cit., p. 54, questa inedita "rivoluzione" era alimentata da un "credo completamente materialista": l'idea che "tutti i problemi umani potessero essere risolti per mezzo di una quantità illimitata di beni materiali".

²⁹ D'obbligo il rinvio al noto passo di C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2011, Cap. XX, p. 54: "Non vi è libertà ogni qual volta le Leggi permettono che in alcuni eventi l'Uomo cessi di essere persona e diventi Cosa".

³⁰ Su questi aspetti si veda l'interessante analisi di B.R. Barber, *Consumati. Da cittadini a clienti*, Torino, 2010.

³¹ P. Barcellona, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998, p. 230.

e al totalitarismo della sua logica. Detto altrimenti: governare le aporie della soggettività astratta (di diritto) e dell'eguaglianza formale, rivendicando il ruolo del soggetto e la garanzia della sua dignità di persona e di cittadino.

Da questa prospettiva, il problema non è la proprietà in sé, ma il principio proprietario assunto come principio di conformazione della società: la società – mercato: “in cui lo stare insieme sembra non avere altra ragione d’essere che il produrre e consumare, e in cui il singolo entra in rapporto con gli altri come funzionario della produzione e del consumo”³². Questa società è abitata dall’uomo mercificato: un individuo che non vale come persona, né come cittadino e neppure –a ben guardare- come proprietario. Quest’ultimo è un profilo centrale, acquisito da tempo dalle scienze sociali: se la quantità diviene il solo metro dell’esistenza, il proprietario non ha qualità: è (solo) un consumatore³³; come tale non è soggetto, ma un’entità che esiste se e in quanto “posizionata” sul mercato e quindi suscettibile di essere a sua volta consumata quale oggetto di utilità³⁴.

L’aspetto fondamentale che così emerge è questo: il mutamento del senso dell’individualismo rispetto alla sua genesi liberale coinvolge anche quell’idea di potere che ne costituisce il fondamento: da estrinsecazione creativa dell’individuo, espressione della sua capacità di dominare il mondo, la proprietà è ridotta a mero possesso di cose da consumare. La conseguenza sulla soggettività è univoca, sia nel profilo dell’individualità, sia in quello della socialità. Infatti, se in questo sistema la proprietà rappresenta (anche) il criterio di identificazione del soggetto, allora la soggettività finisce evidentemente per risolversi nell’immediatezza dell’atto di consumo. È questo il senso della sintesi “sono, perché consumo”³⁵. Da altra prospettiva: risolto per definizione nel flusso degli scambi, il consumatore è un individuo oggettivato e isolato, naturalmente a-sociale: l’*ethos* della società-mercato diviene l’individualismo di “massa” del consumo.

3. Segue. Proprietà e diritto soggettivo. Libertà giuridica e libertà di consumo. Quale paradigma per i c.d. beni comuni?

La riflessione sui beni comuni deve dunque confrontarsi con gli effetti aporetici della costruzione giuridica della modernità. Tra questi, in primo luogo, la negazione di quella individualità che era posta a

³² P. Barcellona, *Il declino dello Stato* cit., p. 244.

³³ P. Barcellona, *Il declino dello Stato* cit., p. 216 ss.

³⁴ Il valore dell’individuo è determinato dal consumo in una doppia proiezione: la sua capacità di consumare; quella di attrarre decisioni di consumo altrui. Ciò che conta, in entrambi i casi, è la capacità di essere presente nei circuiti di produzione e circolazione della ricchezza. Z. Bauman, *Consumo dunque sono* cit.

³⁵ Questa espressione, comunemente riportata a Z. Bauman, è già utilizzata da P. Barcellona, *L’individualismo proprietario* cit., p. 135.

costituire il principio di derivazione dell'intero sistema; un sistema costruito per liberare il soggetto e proiettarne la potenza nel mondo ha finito, in realtà, per sopprimerlo.

Questo paradosso è facilmente visibile alla luce del senso originario dell'individualismo moderno, come declinato dall'illuminismo radicale e tradotto nella sua "rivoluzione della mente"³⁶: per un verso, il valore della irripetibile singolarità di ciascun essere umano, della identità che è individuale, appunto, perché non promana da un'appartenenza di status ma dall'essere "persona"³⁷; per l'altro, l'autonomia: il potere di scegliere i fini della propria vita, sottraendosi alla strategia di un destino socialmente istituito: iscritto, mediante uno statuto di diritti e di doveri, nella appartenenza inesorabile ad una classe.

Questa identità "liberata" non intendeva lasciare l'uomo isolato ma inserito in una società di uomini resi liberi ed eguali dalla forza di un diritto capace di vincolare tutti³⁸. Perciò, coniugato tra la libertà e l'eguaglianza, il significato dell'individualità assumeva due nuclei complementari: la cura di sé e il rispetto dell'altro. Anche dalla prospettiva utilitaristica, che guardava alle connessioni inevitabili prodotte dalla vita associata, l'individualismo non avrebbe isolato almeno in un senso: il rispetto dell'alterità è condizione necessaria affinché ciascuno possa essere sé stesso. In questo senso, l'individualismo implica il pluralismo e si collega alla democrazia³⁹. Non a caso, dunque, la ragione avrebbe indirizzato la ricerca della felicità individuale non "contro" ma "dentro" la società quale luogo necessario della sua realizzazione.⁴⁰

È questa una condizione davvero sufficiente a coordinare le finalità individuali al bene comune? La questione non è affatto nuova e la risposta è già stata declinata da una molteplicità di punti di vista differenti. Tuttavia, per trovare il senso di un "diritto dei beni comuni" occorre riprendere l'individualismo costruito nel rapporto tra la libertà e l'eguaglianza giuridiche e riflettere sull'effetto decisivo che produce sul piano sociale: nessuno può essere obbligato a fare alcunché senza il suo consenso⁴¹. Come è noto, questo è uno dei significati fondamentali della modernità; quello che -nella sua strategia costituente- spiega la rappresentazione della società come coesistenza di sfere di libertà; di sfere proprietarie che si connettono tra di loro soltanto in virtù dell'accordo. Il punto è centrale perché è così

³⁶ J. Israel, *Una rivoluzione della mente, L'Illuminismo radicale e le origini intellettuali della democrazia moderna*, Torino, 2011.

³⁷ G. Lipovetsky, *L'era del vuoto. Saggi sull'individualismo contemporaneo*, trad.it., Milano, 1995.

³⁸ L'astrazione del soggetto, da un lato, e l'astrattezza e la generalità della norma giuridica, dall'altro, costituiscono le condizioni di possibilità del primato della legge, carattere essenziale del c.d. Stato di diritto.

³⁹ Sul punto, la recente analisi di N. Urbinati, *Liberi e uguali. Contro l'ideologia individualista*, Roma-Bari, 2011.

⁴⁰ Il pensiero economico liberale della fine del XVIII secolo non è isolato né autosufficiente: si iscrive nel quadro di un progetto complessivo dell'uomo e della società. Le teorie economiche dell'epoca costituiscono anche teorie "moralì", come emerge con chiarezza nella ricostruzione di E. Rothschild, *Sentimenti economici. Adam Smith, Condorcet e l'Illuminismo*, Bologna, 2003.

⁴¹ È evidente, infatti, che se ciascuno è libero da ogni altro ed eguale ad ogni altro, l'unica condizione che riesce a spiegare l'assunzione di un vincolo intersoggettivo è la volontà individuale. Appare chiaro che l'elemento che viene occultato in questa costruzione è la diseguaglianza economica: proprio quella situazione che spinge ad entrare in rapporto con l'altro sul mercato.

che, affidando la mediazione intersoggettiva al contratto (cioè allo scambio), si istituisce la centralità sociale del mercato (luogo degli scambi) e del suo dispositivo fondamentale: il calcolo delle convenienze individuali.

Il successo di questa strategia (l'accordo come *medium* delle relazioni intersoggettive e quindi della cooperazione tra gli individui) ha una ragione sistemica: l'individualismo proprietario, "spirito" della libertà moderna, concepisce la proprietà quale sfera di sovranità della libertà individuale: libera da legami di scopo e da funzioni sociali. Infatti la rimozione della *fraternità* dalla triade rivoluzionaria dell'illuminismo radicale⁴², compiuta dalle codificazioni dello Stato liberale, ha conseguenze decisive sull'identità del sistema moderno e sul suo immaginario⁴³ che "sostituisce il legame sociale con il rapporto giuridico, la collettività con lo Stato e la ricerca della verità e della giustizia con il calcolo razionale, con la ragione strumentale procedurale"⁴⁴.

Sono di evidenza comune le ragioni per le quali il predominio della società mercantile viene solitamente connesso alla mancata attuazione del progetto costituzionale, in particolare in quegli aspetti implicati dal nesso tra il valore della persona e quello della giustizia sociale. Non a caso, dunque, la riflessione sui beni comuni recupera i temi del primato della persona e della defondamentalizzazione dei diritti patrimoniali così come sono posti dalla Costituzione italiana⁴⁵: il disegno costituzionale esprime chiaramente l'idea che la negazione del soggetto, implicata dalle grandi astrazioni praticate dalla strategia giuridica della modernità, non ne costituisce un esito inevitabile. Non a caso, infatti, diviene "compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". E' proprio il valore della persona umana, vista come soggetto irripetibile, nella concretezza delle sue relazioni vitali a esigere che in tali casi le regole generali ed astratte cedano il passo ai principi⁴⁶. In questo orizzonte, "rivitalizzazione" della sfera

⁴² E' importante ricordare che per D. Diderot non vi è diritto di proprietà individuale che possa essere ritenuto "sacro" rispetto all'interesse pubblico e all'utilità generale: *Apologie de l'Abbé Galiani*, in, *Oeuvres*, Paris, 1995, III, p. 133.

⁴³ In questo senso, "la società degli individui è una società in cui il legame sociale si manifesta essenzialmente come rapporto giuridico; il loro stare insieme è definito dalla comune accettazione del divieto fondamentale di interferire nella sfera altrui senza il consenso dell'interessato e dal principio implicito che i beni sono a disposizione esclusiva dei singoli proprietari privati e che possono scambiarsi solo mediante accordi, giacché nessuno può essere obbligato a fare alcunché senza il suo consenso". Così P. Barcellona, *Il declino dello Stato* cit., p. 30 ss.

⁴⁴ P. Barcellona, *Il declino dello Stato* cit., p. 30

⁴⁵ Su questi fenomeni, per tutti, S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981.

⁴⁶ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia* cit., p. 216 ss.

pubblica e invero la partecipazione democratica diventano parole chiave nella strategia comunicativa dei c.d. beni comuni⁴⁷.

Così, la critica del principio proprietario mette in discussione anche un'altra idea fondativa della costruzione giuridica della modernità: il diritto di proprietà come archetipo della libertà individuale⁴⁸. In questa applicazione la proprietà ha un valore strategico: è la tecnica della disponibilità che l'uomo ha sul mondo e persino su di sé⁴⁹ nella forma del potere su oggetti.

La scienza giuridica ha rivelato come la situazione dominicale incentrata nel potere immediato ed esclusivo su una *res* abbia costituito il modello di elaborazione del concetto di diritto soggettivo quale forma primaria della tutela giuridica degli interessi umani, individuali o individualizzati⁵⁰. Questa idea si è radicata come struttura fondamentale del pensiero (non solo) giuridico in una doppia proiezione: come spazio di sovranità della volontà individuale, per costruire il concetto di libertà; come potere immediato sulla cosa, per dare forma al dominio dell'uomo sul mondo e perciò all'espressione della sua volontà di potenza. I due profili sono strettamente correlati: l'interesse sotteso alla situazione proprietaria si realizza interamente nel dominio della volontà individuale (in una sfera di sovranità soggettiva), attraverso l'esercizio di un potere sulla cosa che è diretto (non richiede la mediazione altrui) ed esclusivo (funziona come privata)⁵¹.

Il paradigma della proprietà individuale, in questo profilo, appare di per sé inadeguato a soddisfare il presupposto ritenuto indispensabile al godimento dei c.d. beni comuni: l'accesso generalizzato che -a sua volta- costituirebbe la condizione essenziale all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali. Sorge spontaneo un interrogativo: questa inadeguatezza del canone proprietario –denunciata fortemente dal

⁴⁷ Ricostruiscono così l'obiettivo della riflessione sui beni comuni L. Pennacchi, *Filosofia dei beni comuni. Crisi e primato della sfera pubblica*, Roma, 2012, e S. Settis, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012.

⁴⁸ Come è noto, la riflessione giuridica dell'illuminismo declina non una sola, ma una pluralità di proprietà: in tale ambito, la "più sacra delle proprietà" è "la proprietà dell'uomo sui frutti del suo lavoro": così M. Turgot, *Lettres sur le commerce des grains*, in *Oeuvres de Turgot et documents le concernant*, III, Paris, p. 352. Sarebbe grave errore dimenticare che questa proprietà ha costituito lo strumento di una grande trasformazione sul piano della libertà: la liberazione dei lavoratori dall'oppressione e dallo sfruttamento implicati dalle appartenenze feudali.

⁴⁹ Scontato il riferimento alla costruzione marxiana della c.d. finzione della merce. Un'analisi indispensabile è quella di K. Polanyi, *La grande trasformazione* cit., in particolare p. 167 ss.

⁵⁰ Nella ricostruzione di D. Messinetti, *Personalità* cit., la struttura formale della tutela giuridica della persona è di natura oggettiva e perciò non è riconducibile alla costruzione tradizionale del diritto soggettivo.

⁵¹ Nella strategia proprietaria, il carattere di esclusività della decisione individuale in merito al godimento e alla disposizione giuridica della risorsa è elemento centrale. Nel campo dei c.d. beni corporali questa tecnologia si rende immediatamente visibile -e praticabile- in virtù della finitezza delle cose: non a caso, nello statuto proprietario dei beni immateriali essa viene artificialmente ricostruita nell'elaborazione normativa della struttura del potere (su questi aspetti, è insuperata la ricostruzione di D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali* cit.). È proprio per rinviare alla forza di tale situazione soggettiva che, per connotare la componente patrimoniale del diritto d'autore, si parla –secondo alcuni impropriamente- di proprietà intellettuale.

movimento dei beni comuni- esprime ragioni e problemi realmente diversi da quelli sottesi al progetto di Stato sociale che la Costituzione italiana iscrive nella sua peculiare visione del mondo? Una visione che, –come si è ripetuto- incentrata sul primato della persona umana, comporta la c.d. defondamentalizzazione dei diritti patrimoniali e, di conseguenza, istituisce una relazione tra politica ed economia diversamente dallo Stato liberale. Basti pensare alla dicotomia fondamentale della proprietà che può essere “pubblica o privata”; alla sua funzione sociale che la legge deve assicurare (art. 42); alla possibilità di realizzare finalità di “utilità generale” riservando (o trasferendo) “a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”(art. 43).

Da un punto di vista più generale, attinente alla teorica delle situazioni giuridiche soggettive, il nucleo di una tecnica di costruzione della libertà in virtù di un canone diverso dall’individualismo proprietario viene individuato nel vincolo che l’art. 2 Cost. istituisce tra i diritti inviolabili della persona e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Ne deriverebbe un’idea della libertà individuale costitutivamente iscritta nella dimensione della responsabilità sociale⁵²: l’individualismo democratico quale principio di identificazione del soggetto. È in questo orizzonte che trova spiegazione anche il mutamento della situazione proprietaria in virtù del riferimento ad una “funzionalizzazione” sociale. L’idea, qui, è non quella del limite esterno al potere individuale, già nota agli ordinamenti giuridici dello Stato liberale; ma l’introduzione di una ragione superindividuale all’interno della situazione soggettiva che la riconforma per contemperare l’interesse individuale con quello della collettività. Anche la proprietà, del resto, come ogni altro concetto giuridico, non ha un significato “assoluto” ma storicamente determinato.

Questo aspetto della domanda di tutela proveniente dal discorso sui c.d. beni comuni sembrerebbe riformulabile così: inverare un progetto abbandonato con la dismissione dello Stato sociale e reso improbabile dalla vocazione liberista della contemporaneità. Relativamente a questi temi, non può non rinviarsi alla ricchissima elaborazione della giurisprudenza e della dottrina.

Proprio dalla dottrina civilistica più attenta alla lettura costituzionale del principio proprietario⁵³ sembra provenire un’indicazione diversa, che si indirizza oltre il modello tradizionale dello Stato sociale⁵⁴ e muove dall’esigenza di attuare sul piano normativo il principio della dignità della persona “costituzionalizzata” iscritto nell’inscindibilità dei diritti e delle libertà fondamentali. Credo che una costruzione teoretica nuova

⁵² S. Rodotà, *il diritto di avere diritti* cit., p. 94 ss.

⁵³ La letteratura giuridica sul punto è sterminata. Per i riflessi nell’interpretazione del diritto privato si rinvia ancora a S. Rodotà, *Il terribile diritto* cit.

⁵⁴ Sulla natura “essenzialmente sussidiaria” della logica dello Stato sociale, produttiva del “diritto diseguale della razionalità materiale”, d’obbligo il rinvio a P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna* cit., in particolare p. 135 ss.

e complessa sia facilmente visibile mediante due chiavi interpretative. La prima riguarda il senso dell'operazione: l'attuazione dei principi costituzionali viene affidata non più al meccanismo della differenziazione sistemica, in virtù dell'attivazione di sottosistemi di legislazione speciale in cui "confinare" le *rationes* antitetiche al principio proprietario (eccezionali rispetto a quelle mercantili), ma ad una vera e propria rifondazione del sistema. La seconda riguarda il nucleo concettuale della libertà dell'individuo nella contemporaneità, implicando una riorganizzazione delle forme del pensiero giuridico a partire da un'idea chiaramente formalizzata nel Preambolo della Carta dei Diritti dell'Unione Europea: il godimento dei diritti fondamentali "fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure delle generazioni future".

In quest'orizzonte, si comprende l'esigenza di concepire uno schema giuridico "opposto" alla proprietà, per tutelare la dimensione "in comune" dei beni coerentemente all'idea che i beni comuni "appartengono a tutti e a nessuno nel senso che tutti devono poter accedere ad essi e nessuno può vantare pretese esclusive; devono essere amministrati muovendo dal principio di solidarietà. Incorporano la dimensione del futuro e quindi devono essere governati anche nell'interesse delle generazioni che verranno. In questo senso sono davvero patrimonio dell'umanità e ciascuno deve essere messo nella condizione di difenderli, anche agendo in giudizio a tutela di un bene lontano dal luogo in cui vive"⁵⁵.

È chiaro che la multiforme varietà dei beni potenzialmente selezionati come comuni (in virtù del principio personalistico) non consente ragionevolmente di immaginare una sola forma di protezione dell'interesse collettivo (un unico schema di situazione giuridica), né, di conseguenza, uno statuto regolativo unitario: soltanto un canone generale a partire dal quale sviluppare regimi giuridici differenziati in ragione delle peculiari qualità che il bene manifesta nella sua relazione con la persona umana. Da questo punto di vista sarebbe necessario ma non sufficiente riformare le categorie della proprietà pubblica e di quella privata⁵⁶. Si individua, infatti, la necessità di elaborare un paradigma totalmente nuovo: uno schema formale in cui l'opposto della proprietà sia non una semplice indicazione negativa ma il criterio costitutivo della tutela giuridica. Rimuovere la logica appropriativa⁵⁷ sarebbe l'operazione preliminare ad alcune "sostituzioni" concettuali: alle ragioni del mercato quelle della persona; alle tecniche dell'esclusione quelle dell'inclusione; alla forma dello sfruttamento individuale quella della condivisione. Si osserva, in particolare, che pensare "l'opposto della proprietà" significherebbe (riuscire a) "praticare" una peculiare, inedita dimensione: "oltre il pubblico e il privato". Come dire –almeno a prima vista– che i c.d. beni

⁵⁵ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti* cit., p. 115.

⁵⁶ Il regime giuridico peraltro andrebbe profondamente riformulato, secondo l'indicazione della Commissione sui beni pubblici presieduta da S. Rodotà e istituita presso il Ministero della Giustizia con D.M. 21/6/2007.

⁵⁷ L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012, p. 69 ss.

comuni evidenziano al diritto interessi umani che non sono adeguatamente compresi dalla *dicotomia* tradizionale del pensiero giuridico moderno: quella tra pubblico e privato. Inadeguati ai c.d. beni comuni perciò sarebbero non solo le categorie tradizionali del diritto privato, ma anche l'assunto per cui quella pubblicistica, con la sua logica e le sue categorie, sia la dimensione unica e "naturale" della tutela giuridica degli interessi comuni.

A ben guardare, in tal modo vengono messe in discussione le ragioni "politiche" storicamente incorporate in questa dialettica: la distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato quale riflesso della strategia di separazione tra politica ed economia messa in atto dal diritto della modernità⁵⁸. Questo è un profilo decisivo per intuire la portata teoretica di questa costruzione del diritto dei beni comuni. La necessità di nuove categorie del ragionamento giuridico per tutelare gli interessi sui beni comuni è la conseguenza di una operazione più complessa, rifondativa del sistema: la "costituzionalizzazione" del diritto privato. La costituzionalizzazione del diritto privato è l'essenza del cambiamento normativo richiesto dalla rivoluzione culturale della dignità della persona. Nella comunicazione dei beni comuni, è questo il rimedio alla privatizzazione del mondo; alla sua riduzione alla forma del mercato e alla sua ragione strumentale. In quest'ambito, l'espressione "oltre il pubblico e il privato" quale proiezione propria del comune si manifesta capace di segnalare la nuova portata del dialogo tra pubblico e privato iscritta nella costituzionalizzazione del diritto privato⁵⁹.

Non a caso il nucleo del mutamento è il diritto privato: è il diritto privato che ha dato forma giuridica alla scelta politica fondamentale della modernità: assumere la logica mercantile quale logica giuridica dei rapporti economici. Ciò ha comportato che il rapporto giuridico abbia assunto la forma dello scambio e incorporato le ragioni del calcolo economico. Come ho ricordato, il diritto privato ha accolto l'idea che sia soltanto il mercato a decidere cosa ha valore patrimoniale: ciò che può essere scambiato e quindi costituire oggetto di appropriazione individuale e sfruttamento esclusivo⁶⁰. Si rivela così il senso di una strategia capace di spiegare l'espansione totalizzante delle ragioni dello scambio e l'egemonia

⁵⁸ K. Polanyi ha conclusivamente chiarito che tale separazione costituisce una "peculiarità assoluta del nostro tipo di società" (*Per un nuovo Occidente*, cit., p. 275).

⁵⁹ È superfluo precisare che tale operazione non ha natura interpretativa ma normativa. Sull'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema civilistico, d'obbligo il riferimento a P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, voll. I e II, Napoli, 2006. Ma sul piano della teoria generale del diritto, per tutti, A. Falzea, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 455 ss.

⁶⁰ Sull'implicazione reciproca tra proprietà e mercato, per tutti, P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna* cit., in particolare p. 229 ss.

dell'economico su ogni altro contesto del sociale: la rinuncia della politica a proporre, in forza del diritto, una visione del mondo diversa da incorporata nel mercato⁶¹.

Se si occulta questa rinuncia si negano il senso e la portata di quella separazione della politica dall'economia che è un momento centrale del progetto costitutivo della modernità⁶². Qual è la forma di questa separazione? A ben guardare, appare inesatto affermare che sul piano giuridico il mercato si autoregola: è il diritto che regola il mercato in virtù di norme giuridiche che riproducono il contenuto di principi e regole conati dal mercato in modo autonomo⁶³. Il punto decisivo allora appare questo: “mediando” questa transizione sistemica della regola (dal piano sociale a quello giuridico), il diritto istituisce e sanziona il potere normativo dell'economia. Il discorso sui beni comuni prende atto di un'evidenza: la “costituzionalizzazione della persona e dei suoi bisogni” impone proprio di rivedere questa scelta e perciò ridefinire i compiti del diritto privato. In questo senso, esso implica una strategia “costituente”: ripensare la “frattura”, fondativa del diritto moderno, tra politica ed economia⁶⁴, rifiutandone l'idea presupposta: che l'economia debba essere soltanto un affare dei privati e che di conseguenza il diritto privato sia una tecnologia neutrale al servizio della convivenza sociale. Questa peculiare qualità conseguirebbe alla forma della comunicazione tra diritto ed economia, evidenziando che il diritto privato si limiterebbe a predisporre soltanto le tecniche che i privati possono utilizzare per

⁶¹ Precisa L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2013, che, nella contemporaneità, “la politica ha identificato i propri fini con quelli dell'economia finanziaria, adoperandosi con ogni mezzo per favorire la sua ascesa. In tal modo la politica ha abdicato al proprio compito storico di incivilire, governando l'economia, la convivenza umana” (p. 12).

⁶² K. Polanyi, *La grande trasformazione* cit., p. 167 ss ha evidenziato le ragioni per le quali tale separazione, quale carattere specifico e caratterizzante l'economia e la società di mercato, non sia stata mai attuata totalmente. L'analisi di P. Barcellona mostra come gli interventi dello Stato nell'economia di mercato, in attuazione del disegno costituzionale, abbiano sinora realizzato il fine di garantire la conservazione e la riproduzione del sistema capitalistico. Detto altrimenti: il fine di rendere “accettabile” il presupposto della ineguale distribuzione delle risorse (*Diritto privato e società moderna* cit., p. 379 ss.).

⁶³ Vedi *retro* nota n. 54.

⁶⁴ Si comprende così che quello dei beni comuni è un discorso giuridico nuovo: non ha nulla a che fare con la rievocazione di pratiche della cultura medioevale. Certamente in questo discorso l'analisi storica ha un ruolo fondamentale, soprattutto per una ragione: mostrare che l'inclusione di tutta la società nel mercato non è una necessità inesorabile: l'umanità ha abitato epoche in cui l'economia era “*embedded*”: cioè -secondo la nota espressione di K. Polanyi- inserita *all'interno* delle istituzioni sociali, culturali e religiose. La prospettiva storica, così, rinvia all'importanza di quella antropologica, evidenziando la relatività dei sistemi culturali. Da questo punto di vista, il riferimento al Medioevo consente di vedere, per esempio, come nella tradizione occidentale siano esistite società in cui – con le parole di J. Le Goff, *Lo sterco del diavolo. Il denaro nel Medioevo*, Roma-Bari, 2010- “la carità contava più del mercato”. Detto altrimenti: società in cui la produzione dei valori e dei significati condivisi era viva, indipendente dall'economia. Anche da questo profilo, perciò, appare inesatto riportare al senso del “comune” l'affidamento della dignità della persona all'autonomia dei privati e perciò alla mera occasionalità dello spirito del dono (su questi problemi, S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2012, p. 117 ss.) Il discorso giuridico dei beni comuni implica esattamente il contrario: una strategia normativa di portata sistemica e, in certo senso, “costituente”: la costituzionalizzazione del diritto privato.

realizzare sul piano giuridico i propri interessi individuali. Come dire: il diritto predispone “forme vuote” disponibili a riempirsi dei contenuti liberamente determinati dai privati nell’esercizio del loro potere di autonomia. La neutralità, in questo senso, opererebbe sia nei confronti dei contenuti, tutti egualmente protetti alla sola condizione che siano stati liberamente negoziati nel rispetto delle regole del gioco; sia rispetto agli “autori” dei contenuti, visti tra loro come eguali. Il punto decisivo infatti è il modo in cui il diritto decide di vedere i partners coinvolti nei giochi del mercato: la posizione di parità formale nel conflitto di interessi risolto dal contratto. Come è noto, questo modo di intendere l’eguaglianza produce una importante rimozione: quella delle diseguaglianze sostanziali dal piano della rilevanza giuridica. Questa rimozione ha un doppio, aporetico effetto: da un lato, trasforma le dipendenze economico-sociali da vincoli giuridici (status feudali) in pure esternalità, dalle quali pertanto diventa possibile liberarsi; dall’altro, funziona come condizione della loro riproduzione “sistemica”: se il diritto “non le vede”, allora non si pone in condizione di rimuoverle. La conclusione è univoca: il diritto privato finisce per proteggere i rapporti di forza che si determinano autonomamente sul piano della prassi economica e proprio per questo garantisce la riproduzione del sistema capitalistico, nella pluralità multiforme delle sue espressioni. È evidente che la nuova antropologia della dignità della persona “costituzionalizzata” non è compatibile con questa strategia; che richiede la costituzionalizzazione del diritto privato; che tale operazione è il vero significato sul piano della teoria giuridica di un diritto dei beni comuni. In questa prospettiva, il sintagma “bene comune” identifica in modo inequivoco il *medium* del cambiamento nella cultura del diritto: la rilevanza della persona come criterio di qualificazione dei beni. Di questo si è già detto; non è forse superfluo ribadire che in tal modo la persona e la sua logica irrompono proprio nel “cuore” del diritto privato: dove si regola la selezione delle risorse suscettibili di appropriazione e sfruttamento individuale. Questo è il luogo sistemico della dialettica tra il criterio della patrimonialità implicato dal principio proprietario e il principio personalistico evocato dal bene comune: l’essenzialità del bene rispetto al valore giuridico della persona è ciò che sottrae il bene al dominio esclusivo del mercato e perciò alla logica proprietaria del calcolo delle convenienze individuali. È compito del diritto compiere questa sottrazione: costruire la pluralità dei modelli idonei a gestire queste risorse a partire dal valore giuridico della persona e della sua dignità. Adeguare il diritto privato alla costituzionalizzazione della persona e dei suoi bisogni è il solo modo per “prendere sul serio” i diritti fondamentali e la loro inscindibilità.

4. Beni comuni e “nuovi” diritti della persona nella società della comunicazione globale.

L’idea di una nuova dimensione giuridica, collocata “oltre il pubblico e il privato” sarebbe capace di intercettare un altro profilo della inadeguatezza della logica proprietaria rispetto al problema dei beni comuni: quello legato all’inefficienza strutturale della sovranità statale. Non è un caso che la “ragionevole

folia”⁶⁵ dei beni comuni si diffonda proprio nell’età della globalizzazione, con la percezione della dimensione planetaria di una pluralità di fenomeni che interessano la vita umana. In quest’ambito, il valore “empiricamente” comune di alcuni beni ne proietta la rilevanza oltre i confini degli Stati nazionali, facendone il punto di riferimento oggettivo di interessi della comunità umana in quanto tale (come comunità planetaria). È evidente che le politiche di uno Stato rispetto a risorse come -per esempio- l’ambiente, l’acqua, la conoscenza scientifica, internet, non possono non avere ripercussioni globali in un doppio, complementare significato: per un verso, producono effetti materiali che valicano *naturaliter* i confini della sovranità territoriale; per l’altro, subiscono gli effetti della analoga interferenza delle scelte e delle pratiche degli altri Stati. Si dice, perciò, che la dimensione globale di queste dinamiche “delegittimerebbe” la sovranità statale. Con altre parole: che la forza dello Stato nazionale di governarle efficacemente sarebbe in larga parte neutralizzata.

In questa prospettiva, l’inadeguatezza dell’idea proprietaria si rende particolarmente evidente nel riferimento ad alcuni beni che emergono in relazione ai nuovi modi di essere della persona nella società della comunicazione globale; beni legati a quelle forme espressive della personalità umana che sono rese possibili dalle nuove tecnologie dell’informazione, in virtù della loro capacità di modificare la realtà. È nel quadro di questo mutamento che l’accesso a internet si afferma come un diritto fondamentale della persona. A ben guardare, in tale caso la relazione tra persona e bene comune è complessa: da un lato, la persona (come valore normativo) è il criterio di qualificazione di una risorsa come bene comune; dall’altro, è proprio il bene (internet) che genera un nuovo contesto vitale; di attuazione della personalità dell’uomo e di partecipazione alla vita collettiva. Un contesto che è “comune” di per sé e solo impropriamente può definirsi “virtuale”: internet tesse la rete di una nuova dimensione della realtà, scandita da inedite coordinate di spazio e di tempo, che non riconosce neppure la tradizionale distinzione pubblico-privato.

Si comprende così che l’accesso ha un doppio, peculiare valore, strumentale e finale: costituisce il presupposto per esercitare nella rete diritti e libertà fondamentali; rappresenta la condizione dell’esistenza in questa nuova dimensione della realtà. Qui anche la persona appare “disincarnata” ma non certamente irreal. Non a caso, alle nuove opportunità di realizzazione della personalità si accompagnano nuovi problemi per la sua tutela giuridica. Si pensi, ad esempio, al modo in cui il “corpo profondamente modificato dall’immersione nel flusso delle comunicazioni elettroniche”⁶⁶ influisce sulla rappresentazione sociale della persona: nella società dell’informazione l’identità della persona tende a coincidere con la sintesi dei dati informativi che la riguardano e che sono variamente reperibili nella pluralità multiforme

⁶⁵ F. Cassano, *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Bari, 2004.

⁶⁶ S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, p. 164.

dei luoghi dell'interazione sociale. Infatti, il tema dell'identità personale viene riconformato alla luce del nuovo fenomeno della molteplicità delle identità e della pluralità dei processi che le costruiscono. Il primo aspetto si lega alla pluralità dei luoghi –dello spazio reale e di quello c.d. virtuale- nei quali l'individuo può realizzare e comunicare i propri modi di essere. Il secondo riguarda il distacco delle identità dalla persona e la connessione tra identità e tecnologie della società digitalizzata; la conseguenza è la costruzione informatica di profili di identità che vanno a costituire gli effettivi punti di riferimento soggettivo della molteplicità delle relazioni in cui si esprime l'attività sociale dell'individuo. La scienza giuridica ha da tempo compreso che queste identità elettroniche rappresentano il modo in cui i poteri (pubblici e privati) conoscono le persone e di conseguenza prendono decisioni che si riflettono in modo reale nella loro vita, anche incidendone i diritti e le libertà fondamentali. Si tratta –come è noto- del fenomeno decisivo per comprendere il diritto alla *privacy* nei suoi due aspetti essenziali: diritto fondamentale della persona e espressione primaria della democrazia⁶⁷ nella c.d. società della sorveglianza⁶⁸; forma essenziale della tutela giuridica della identità personale nel tempo della comunicazione globale. È emersa infatti una “anima” della *privacy* nuova e diversa rispetto al c.d. *right to be let alone*: il diritto alla protezione dei propri dati personali⁶⁹. Questo aspetto è importante nella riflessione sul rapporto tra la logica dell'essere e quella dell'avere perché manifesta con evidenza l'inadeguatezza del modello proprietario alla tutela del nuovo modo di essere della persona: nel cyberspazio non serve solo un “recinto in cui essere lasciati soli”, protetto dal potere di escludere l'altro, ma soprattutto un potere dinamico: “entrare” nei circuiti della comunicazione seguendo il flusso dei propri dati e controllare la propria identità⁷⁰. Si tratta di un

⁶⁷ Come è noto, la *privacy* non costituisce soltanto un'espressione del bisogno dell'individuo di essere “separato” dall'altro, ma è anche una condizione indispensabile perché la sua personalità possa esplicarsi con pienezza ed effettività nei contesti aperti della vita di relazione. Mantenere il controllo sui propri dati personali, infatti, può proteggere da pratiche discriminatorie. Parla in questo senso di “paradosso” della *privacy* S. Rodotà, *Tecnologie e diritti* cit., p. 105 s.

⁶⁸ Viene definita così la forma attuale della società dell'informazione per metterne in luce una caratteristica: il monitoraggio generalizzato della vita quotidiana. Si vuole evidenziare, in particolare, che la diffusione delle nuove tecnologie dell'informazione e dell'informatica produce un effetto di sorveglianza sulla collettività che è esteso a tutto il corpo sociale e ha ad oggetto privilegiato il c.d. corpo elettronico. Su questi fenomeni, D. Lyon, *L'occhio elettronico. Privacy e società della sorveglianza*, tr.it., Milano, 1997. Rinvii scontati anche a M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, tr.it., Torino, 1976 e a E. Goffman, *La vita quotidiana come rappresentazione*, tr.it., Bologna, 1986.

⁶⁹ La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea dedica a questi due profili complementari dell'autodeterminazione informativa due disposizioni distinte: l'art. 7 (Rispetto della vita privata e familiare) e l'art. 8 (Protezione dei dati di carattere personale).

⁷⁰ I due profili della *privacy* sono espressione del medesimo potere della persona: autodeterminarsi nella circolazione delle informazioni che la riguardano. Il primo aspetto funziona come potere di “chiusura” della propria sfera privata, generando una preclusione all'accesso di ogni intromissione conoscitiva dei dati della propria identità riservata. Il secondo conforma invece una fattispecie di “apertura”, nel senso che qui il soggetto individua quali sono le forme dell'accesso lecito alla sua sfera soggettiva e perciò quelle della circolazione autorizzata della sua identità. Detto altrimenti: da un lato, vi è il diniego di qualsiasi operazione conoscitiva dell'identità che, quindi, è

dispositivo giuridico di apertura che garantisce un controllo democratico sulle nuove forme di esercizio del potere sociale⁷¹. A ben guardare, l'idea di "apertura" si ritrova sottesa ad entrambi i modelli di comprensione dei due -apparentemente contrapposti- bisogni fondamentali della persona nella società della comunicazione digitalizzata: esplicitare la "cittadinanza digitale" e difendere il "corpo elettronico" come una forma costitutiva dell' "essere" umano nella contemporaneità.

Anche il linguaggio giuridico sembra restituire il senso di un mutamento antropologico: l'autodeterminazione informativa, la riservatezza e l'integrità dei sistemi informatici cui la persona affida parte di sé (i suoi dati), l'oblio, l'accesso a internet vengono qualificati diritti fondamentali dell'uomo.

È evidente perciò che, quale espressione di un modo di essere della persona nel mondo, il diritto di accedere ad internet non può essere inteso soltanto nel profilo tecnico della connessione alla rete. Detto altrimenti: il riferimento al "servizio universale" è inadeguato al significato essenziale dell'accesso come "sintesi tra una situazione strumentale e l'indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete"⁷². Quindi l'accesso ad internet si manifesta di per sé come diritto fondamentale: quale espressione della personalità umana è automaticamente incluso nel concetto costituzionale di persona come principio socialmente evolutivo⁷³. Tuttavia, il suo riconoscimento esplicito serve ad accrescere la forza della persona contro il mercato significando, ad esempio, che l'accesso va garantito a tutti indipendentemente dal reddito; che non può essere negato per tutelare contrapposti interessi individuali di natura economica erroneamente ritenuti prevalenti.

In questo orizzonte, il discorso sui beni comuni tende a legare il significato dell'accesso quale diritto fondamentale della persona a due "principi" interconnessi: la c.d. neutralità della rete e la c.d. conoscenza digitalizzata come bene globale. Il primo esprime l'idea che il principio di eguaglianza deve costituire il nucleo intangibile della c.d. Costituzione di internet. Ponendo il divieto di discriminazione, da un lato, garantisce a chiunque l'effettività dell'accesso; dall'altro, regola un aspetto "in comune" della rete: tutti debbono poter contribuire al processo collettivo di costruzione della conoscenza. Vale a dire: nessuno può esserne escluso; discriminato in virtù di una diversa "dignità" delle idee (i contenuti). Il secondo riguarda la conoscenza "depositata" nella rete, che collega al canone della condivisione da due profili:

"riservata"; dall'altro, vi è l'apertura alla circolazione di profili di identità che sono conformati e controllati dalla persona. Su questo tema, per tutti, S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 19 ss.

⁷¹ Nella c.d. società dell'informazione il problema della privacy è naturalmente connesso al tema dell'organizzazione del potere in virtù del legame inscindibile e qualificante che in questa si istituisce tra esercizio del potere e uso delle informazioni. Se l'esercizio del potere implica l'uso strategico di informazioni personali, ciò in un'organizzazione democratica ha una conseguenza necessaria: garantire all'individuo il controllo sull'uso dei propri dati personali da parte dei poteri. Questo profilo diviene un momento costitutivo del controllo democratico sul potere. Su questi problemi, S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, p. 164 ss.

⁷² S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti* cit., p. 394.

⁷³ E perciò nell'art. 2 Cost.it., quale clausola generale aperta di tutela della persona.

quello del ruolo dell'informazione per il libero sviluppo della personalità e per l'effettività della partecipazione democratica; quello che considera la produzione culturale, scientifica e tecnologica come un processo comune, che fa della conoscenza un oggetto sociale strutturalmente cumulativo e perciò "naturalmente" comune⁷⁴.

Entrambi i principi assecondano ragioni diverse da quelle mercantili, coerentemente all'idea che i c.d. beni comuni della conoscenza non possano essere apprezzati soltanto con il "metro" del valore di scambio, ma in virtù del valore per lo sviluppo della personalità umana. Lasciarli gestire liberamente al mercato significa permettere "recinzioni proprietarie" e legittimare, di conseguenza, gli effetti negativi che queste hanno sia sullo statuto costituzionale dell'individuo, sia sui processi di innovazione culturale. Il discorso sui beni comuni pone al centro della sua riflessione la ricerca di schemi concettuali e modelli regolativi adeguati alla c.d. conoscenza digitalizzata a partire da una considerazione tecnica: l'ambivalenza delle nuove tecnologie che, da un lato, creano nuove opportunità per la conoscenza come risorsa individuale e collettiva; dall'altro, rendono possibili nuove forme per la sua appropriazione individuale e quindi per l'esclusione. La comunicazione dei beni comuni, da questo punto di vista, intende denunciare il doppio mutamento che vede in atto nella rete: la scomparsa della proprietà intellettuale dell'autore per effetto della concentrazione oligopolistica della c.d. industria culturale; la sostituzione ad una originaria situazione di libertà della legge del più forte. In questo senso, parla di "appropriazione" della rete da parte del capitalismo finanziario. È un profilo decisivo per comprendere la ragione dell'opposizione alla logica mercantile perché, per un verso, "la ricerca spasmodica del profitto chiude nel capitalismo finanziario ogni alternativa alla sopravvivenza di attività in cui il denaro non sia lo scopo principale"⁷⁵; per l'altro, non esistono spazi "normativamente" vuoti: privi di regole. Detto altrimenti: dove non esistono regole legittimamente condivise, si trovano "altre" norme: quelle poste da chi ha avuto la pura forza materiale di imporle. Si tratta, a ben guardare, proprio dell'eventualità che la costruzione dello Stato di diritto ha inteso scongiurare in virtù del c.d. primato della legge (principio di legalità).

È in questa prospettiva che, per tutelare i c.d. beni comuni della conoscenza, inverando il vincolo di essenzialità con la persona, vengono avanzate alcune interessanti proposte: valorizzare il ruolo delle biblioteche come "pietre angolari della democrazia digitale"⁷⁶; quello delle università come luoghi

⁷⁴ Questo aspetto è un tratto unificante delle varie riflessioni contenute nell'opera *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, a cura di C. Hess e E. Ostrom, tr.it., Milano, 2009.

⁷⁵ G. Rossi, Postfazione a A. Schiffrin, *Il denaro e le parole*, Roma, 2010, p. 103 ss.

⁷⁶ W. Pradt Lougee, *La comunicazione scientifica e le biblioteche: le opportunità dei beni comuni*, in *La conoscenza come bene comune* cit., p. 330 ss.



“naturali” di produzione e condivisione del sapere⁷⁷. Anche ripensare il diritto d’autore⁷⁸, a partire sia dai modelli di condivisione generati spontaneamente dalla prassi digitale⁷⁹, sia dall’idea del limite e della funzione sociale della c.d. proprietà intellettuale⁸⁰. Il problema è che non si tratta di forme e tecnologie dei poteri –individuali e collettivi- che si introducano da sé nel tessuto normativo, né che la c.d. società civile possa inserire stabilmente nella prassi, mutando di conseguenza l’identità del sistema. Si tratta invece, evidentemente, di obiettivi politici, variamente connessi al principio di solidarietà. Qui vi è un nodo tanto ovvio quanto importante: affinché possa trascendere il contesto spontaneo e asistemico del dono individuale, la solidarietà deve essere -in certo senso- “obbligata”: cioè formalizzata in limiti all’agire libero dei soggetti; in doveri giuridicamente sanzionati. Questa “possibilità” regolativa altro non è se non il dispositivo “normale” di cui lo Stato costituzionale e democratico si è dotato per conseguire i suoi obiettivi di giustizia sociale. Con altre parole: per adempiere il suo compito qualificante: promuovere con l’eguaglianza sostanziale la dignità dell’uomo.

⁷⁷ Sulla “recinzione” dei beni comuni scientifici e accademici, in particolare, N. Kranich, *Contrastare la “recinzione”: Rivendicare i beni comuni della conoscenza*, in *La conoscenza come bene comune* cit., p. 83 ss.

⁷⁸ M. Boldrin –D. K. Levine, *Abolire la proprietà intellettuale*, Roma-Bari, 2012.

⁷⁹ Il riferimento tanto scontato quanto ineludibile è L. Lessig, *Il futuro delle idee*, Milano, 2006.

⁸⁰ Questo significa che l’interesse dell’autore va bilanciato con quello contrapposto alla massima circolazione delle idee secondo standard desunti dal principio personalistico e da quello democratico. Da questo punto di vista, è molto interessante la riflessione di C. Sunstein, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?* Bologna, 2003.