

TAKING DOCTRINE SERIOUSLY

**I BENI COMUNI NELLA PROSPETTIVA
DEI CRITICAL LEGAL STUDIES**

Enrico Maria Pedrelli

Indice

Introduzione.....	4
I COSA SI INTENDE PER CRITICAL LEGAL STUDIES?	
1. Intellettuali europei vs intellettuali statunitensi.....	6
1.1 La terra di Gramsci.....	17
2. 1977: nascono i Critical Legal Studies.....	24
2.1 Il contesto giuridico dei CLS.....	30
2.2 L'albero genealogico dei CLS.....	36
II LE RAGIONI DI UNA CRITICA E LE PROSPETTIVE DELLA “IMMAGINAZIONE ISTITUZIONALE”	
1. Tre critiche dei CLS.....	46
1.1 La critica al legalismo liberale.....	46
1.2 La critica ai giudici.....	53
1.3 La critica totale.....	63
2. Il diritto come coscienza e la sua <i>mutua costitutività</i> con la società ..	71
2.1 Il problema della democrazia e la immaginazione istituzionale.....	79
III COSA SI INTENDE PER BENI COMUNI?	
1 Beni comuni: guida al dibattito.....	88
1.1 Il Comune di Hardt e Negri.....	93

1.2	La Commissione Rodotà.....	98
1.3	Il premio Nobel di Elinor Ostrom.....	103
2	Il re è nudo: una lettura critica alla proprietà.....	109
2.1	Proprietà vs beni comuni?.....	127
	Conclusioni.....	145
	Bibliografia.....	150

Introduzione

La tesi nel suo insieme è divisa in tre parti: una sui Critical Legal Studies, una sul merito di alcuni loro argomenti, la terza infine sui beni comuni. Negli ultimi paragrafi cerco di fissare alcuni punti fermi che sono conseguenti al lavoro preparatorio compiuto nel percorso della tesi; il significato del titolo, per esempio, sarà più chiaro solo nel paragrafo delle conclusioni.

Il mio ragionamento si muove lungo due percorsi diversi: il primo quello dei Critical Legal Studies (da qui in poi chiamati anche *CLS* o *Critici*), il secondo quello dei beni comuni; i due percorsi li faccio alla fine convergere su alcuni punti chiave. Sono felice di poter fare questa operazione – cercando di dimostrare che non è né azzardata né priva di fondamento – dando allo stesso tempo il mio contributo nel far conoscere due realtà del pensiero giuridico e politico che considero molto importanti.

Sui beni comuni faccio una panoramica del dibattito per come viene declinato in Italia, cercando di spiegare il significato del termine anche a chi vi entra in contatto per la prima volta. Sui CLS sono ancor più contento di portare all'attenzione del lettore italiano l'esperienza di un movimento di giuristi che negli Stati Uniti ha riscosso un grande successo, ma che in Italia è poco conosciuto. Dunque li descrivo anche con un intento meramente divulgativo, convinto del fatto che già questo sia utile al dibattito. Sul tema ci sono pochissime fonti in italiano: ho dovuto così scuotere il mio inglese indolente, e rispolverare il mio dizionario di spagnolo delle Medie.

Quello che io voglio qui sostenere è che l'esperienza dei Critical Legal Studies è utile per dare nuova linfa vitale al movimento per i beni comuni. I CLS offrono riflessioni interessanti, estremamente creative, e i concetti

giuridici che elaborano sono ancora attuali. Questi concetti, specie quelli legati alla proprietà, possono essere applicati al dibattito sui beni comuni, rafforzandone alcune tesi – quelle di Elinor Ostrom in particolare. Il mio intento è quindi quello di offrire uno spaccato particolare su alcuni temi molto importanti della filosofia del diritto.

Voglio dire che in questo lavoro è stato bello unire i puntini del percorso che ho alle spalle: i cinque anni di Giurisprudenza, la mia attività politica, i miei interessi personali e le mie conoscenze. Sono veramente onorato di aver avuto la possibilità di conoscere buona parte delle persone che cito, e di aver avuto anche solo piccoli contatti con altre. Chiara Valentini e Ivan Pupolizio mi hanno dato consigli preziosissimi per imbastire la tesi, e devo dire grazie al Professore Corrado Roversi che mi ha fatto fare la loro conoscenza. Luca Nivarra, che avevo conosciuto grazie ad un’iniziativa sui processi del 7 Aprile, mi ha molto gentilmente fornito i suoi materiali e i suoi punti di vista. Di Giulio Sapelli non dimenticherò i saggi consigli e gli energici ammonimenti; a lui devo il mio interesse per i beni comuni. Devo un grazie a Giovanni Marini per le delucidazioni sulla conferenza di Roma che descrivo all’inizio. Infine, sono molto grato di aver avuto delle indicazioni sul tema della proprietà e dei *commons* da due dei principali membri dei CLS – Duncan Kennedy e Roberto Unger – che hanno gentilmente risposto alle mie mail. Sono tutti ringraziamenti che sento di dover fare.

Insomma, questa tesi è il frutto di un lavoro vivo e sentito, fortemente legato alla mia esperienza di vita. Mi accingo a fare un sereno tentativo di convincere sulla base di questo impegno.

I. COSA SI INTENDE PER CRITICAL LEGAL STUDIES?

1. Intellettuali europei vs intellettuali statunitensi. 1.1 La terra di Gramsci. 2. 1977: nascono i Critical Legal Studies. 2.1 Il contesto giuridico dei CLS. 2.2 L'albero genealogico dei CLS.

1.1 Intellettuali europei vs intellettuali statunitensi

È il 4 Aprile 1987 quando Duncan Kennedy tiene a Roma un discorso che lui stesso vuole titolare in apertura del suo intervento: “Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana, ovvero il mio discorso per l’Istituto Gramsci”¹. La Fondazione del PCI aveva infatti promosso in quei giorni un incontro tra “*i nostri amici americani*” – Duncan Kennedy e Morton Horwitz, che aveva parlato il giorno prima – e alcuni giuristi di area, tra cui spicca il nome di Stefano Rodotà. Il convegno si intitola “I modelli giuridici e democratici in USA” ed è ancora interamente ascoltabile grazie al magnifico lavoro di Radio Radicale².

È il primo punto di contatto - perlomeno documentato - tra i Critical Legal Studies e i giuristi “critici” italiani. I primi vengono accolti con curiosità e simpatia dai secondi, che erano reduci di quel movimento nato negli anni ‘70 – esattamente come i CLS – che portava invece il nome di “Uso alternativo del diritto”³.

L’espressione era stata coniata da Pietro Barcellona, promotore di un convegno svoltosi a Catania nel maggio del 1972 a cui parteciparono molti giovani giuristi e magistrati. Il dibattito partiva da una premessa che ci sintetizza lo stesso Barcellona:

Le categorie giuridiche, presentate come elaborazioni concettuali indipendenti dai condizionamenti storici, finiscono con l’essere uno strumento per la “valorizzazione” dei rapporti di potere esistenti,

¹ D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, discorso per l’Istituto Gramsci, in: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Giuristi%20Radicali,%20Intellettuali%20e%20Stato%20Nella%20Cultura%20Americana%20Ovvero%20Il%20Mio%20Discorso%20Per%20L'Istituto%20Gramsci.pdf>.

² Per ascoltare la registrazione integrale del convegno, vedi Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, su <https://www.radioradicale.it/scheda/20639/i-modelli-giuridici-e-democratici-in-usa>

³ N. Lipari, “L’uso alternativo del diritto, oggi”, in *Giustizia civile*, 1, 2018, pp. 75 ss.

finiscono cioè con il valorizzare la realtà così com'è, impedendo di fare qualsiasi critica del modello di sviluppo sociale.⁴

Dunque era necessario promuovere un movimento di “operatori del diritto” che facessero una precisa scelta politica – “*già operata dalla Costituzione repubblicana*”: quella di tutelare le classi subalterne. In che contesto? Chi indicava quello dell'innovazione legislativa, chi l'esercizio delle autonomie locali e dell'autodeterminazione collettiva, chi l'uso del potere giudiziario.

Come ha scritto Lipari⁵, quest'ultima posizione ha rappresentato il supporto culturale alle tesi più estreme di Magistratura Democratica in quella che lui definisce la “*promozione e protezione degli interessi dei ceti marginali*” permessa da un'interpretazione estensiva dell'art. 3 della Costituzione che veniva liberato così “*dai condizionamenti di un procedimento argomentativo di segno esclusivamente logico-analitico*”.

Più in generale, fu quel convegno catanese ad aprire una stagione di scoperta e razionalizzazione della funzione politica del diritto in Italia: perché definire “apolitica” l'operazione interpretativa del diritto voleva dire in realtà che essa fosse solamente conforme all'ordinamento politico prevalente in quel momento.

Rimando al saggio di Lipari, e alla bibliografia ad esso annessa, per un approfondimento di quella stagione; ai fini di questa tesi è necessario quanto detto, e quanto tra poco si dirà, sottolineando però un punto: il dibattito su *l'uso alternativo del diritto* investì soprattutto la sfera del potere giudiziario, dove la domanda centrale era “che cosa può fare un giudice per la lotta di classe?”, tanto da sfociare poi nella critica di un gruppo di giudici al potere

⁴ Pietro Barcellona, nell'introduzione alla pubblicazione degli atti del convegno; cf. N. Lipari, “L'uso alternativo del diritto, oggi”, cit., p.76.

⁵ In N. Lipari, “L'uso alternativo del diritto, oggi”, cit.

legislativo⁶. Come scrive Lipari:

Alla *verità* del legislatore veniva contrapposta la diversa *verità* dell'interprete, e segnatamente del giudice, più sensibile alle speranze e alle attese dei soggetti esclusi⁷.

Questa concezione – che oggi si direbbe rappresentativa di quelle che polemicamente vengono chiamate “toghe rosse”- allora sollevò pesanti critiche; fu il filosofo Uberto Scarpelli a dire:

Il giudice che si svincola dalla legge è il portatore di un potere autocratico (...), un piccolo despota, benché certo nel caso del giudice progressista un despota illuminato.⁸

Certo, come ricorda Lipari, i giuristi marxisti non sono stati i primi a mettere in discussione l'obbligo del giudice di attenersi “letteralmente” alla legge: ad anticiparli erano stati secoli prima quelli cattolici, che osservavano la preminenza del diritto naturale – e quindi divino – sulla legge positiva.

Come vedremo, la critica dei Critical Legal Studies sarà al contrario essenzialmente una critica degli accademici ai giudici stessi – che in *Common Law* sono i veri creatori del diritto – e alle accademie, che sfornano giudici e interpreti allineati al pensiero dominante.

Ma torniamo alla conferenza di Roma⁹. Dopo il discorso di Kennedy, è un intervento dal pubblico a suggerire un parallelo tra le due diverse esperienze

⁶ Espressione più radicale quella di L. Ferrajoli; cf. N. Lipari, “L'uso alternativo del diritto, oggi”, cit.

⁷ N. Lipari, “L'uso alternativo del diritto, oggi”, cit., p. 23.

⁸ U. Scarpelli, “I magistrati e le tre democrazie”, in *Rivista di diritto processuale*, 1970, p. 658.

⁹ I passaggi del convegno che riporterò da qui in avanti, sono tratti da Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, su <https://www.radioradicale.it/scheda/20639/i-modelli-giuridici-e-democratici-in-usa>

“critiche”, ma sottolineando subito una differenza: mentre l’*uso alternativo del diritto* era un tipo di reazione alla dottrina tradizionale, che però cercava di utilizzare lo stesso materiale di quelle dottrine, interpretandolo in modo diverso per difendere categorie sociali diverse, l’esperienza dei CLS si muove come continuazione del precedente “realismo giuridico”, ma andando oltre e promuovendo modelli interpretativi del tutto nuovi. I CLS de-costruiscono i concetti giuridici, e nel “disturberli” ne mettono in luce alcuni schemi costruttivi, che possono servire per la ricostruzione di nuove categorie giuridiche, offrendole poi agli studenti e quindi ai futuri giudici. Dei CLS è da sottolineare questo dato utopistico, che porta la dottrina tradizionale ad un profondo rinnovamento.

Il giovane che interviene dal pubblico è Giovanni Marini¹⁰; egli dice di ammirare il rinnovamento dei CLS e la loro “interdisciplinarietà”, mentre al contrario considera finita e limitata sin dall’inizio l’esperienza critica italiana: “*ci siamo isolati dalle altre branche del sapere, che al contrario nostro sono andate avanti*”.

Nei CLS si crea una nuova formula di interdisciplinarietà: non solo tra diritto ed economia, ma una formula più ampia che coinvolge la filosofia e principi interpretativi fondamentali. E’ vero che noi abbiamo avuto in Italia e in Europa l’idea della scienza giuridica come scienza pratica, che deve risolvere dei problemi, ma così si è ghetizzata. Si pone il problema dell’interlocutore del giurista: io non credo che esso debba essere solo il giudice, ma anche altri intellettuali. Noi ci siamo un po’ isolati, e le altre scienze sono più avanti: già dopo la cosiddetta “rivoluzione dei mille fiori”, cioè dopo la crisi dei metodi tradizionali, esse si stanno già interrogando sul dopo. Noi non ci siamo neanche interrogati sul prima. Da loro forse possono venire delle indicazioni interessanti e un invito a rompere con la “struttura”,

¹⁰ All’epoca uno dei principali promotori dell’incontro. Oggi Professore di Diritto Privato Comparato all’Università di Perugia. Ha tradotto molte opere di Duncan Kennedy in Italiano, tra cui alcune su cui si basa questa tesi. Vedi bibliografia.

ma questo implica un paradosso: non si può rompere con la “struttura” senza rompere anche coi vecchi comportamenti delle persone, con il vecchio modo di vivere la vita accademica¹¹.

Prende così la parola Stefano Rodotà, che dicendosi d'accordo con le parole di Marini, preannuncia un discorso sulla figura dell'intellettuale-giurista in Italia, di cui vuole sottolineare con forza la specificità del lavoro giuridico. Parte però difendendo l'esperienza dell'*uso alternativo* di cui è stato uno dei principali protagonisti:

L'uso alternativo, come altre tendenze emerse in Italia nello stesso periodo, aveva varie caratteristiche: introdurre, attraverso un modo di utilizzare gli strumenti giuridici, un fattore di cambiamento politico e sociale; reinterpretare il sistema esistente in base all'interpretazione dei valori costituzionali; e sul piano del metodo, trasferire in maniera massiccia il metodo marxista nella ricerca giuridica. (...) Perché *l'uso alternativo* è deperito? Da una parte alcuni punti di riferimento, che erano tipici suoi, sono diventati abbastanza diffusi, ad esempio il riferimento ai valori costituzionali: non è più un elemento di novità metodologica e ideologica che differenzia alcuni rispetto ad altri. Certo ci sono diverse interpretazioni dei valori costituzionali, ma questo è un altro problema: prima si negava addirittura la legittimità o l'utilità di questo riferimento. (...) [Dall'altra] una quota del metodo marxista è comunque entrata nella maniera in cui i giuristi – o almeno una parte di essi - studiano, [e] in secondo luogo (...) il marxismo ha subito complessivamente un fortissimo ridimensionamento e ripensamento critico¹².

Venendo al cuore del suo discorso, Rodotà spiega che nell'Europa occidentale c'era nel momento in cui parlava un tentativo forte dei giuristi di cercare un'identità. Mentre in precedenza c'era stata una fase in cui il giurista tendeva a marcare le sue caratteristiche che lo avvicinavano agli

¹¹ Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, cit.

¹² Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, cit.

altri scienziati sociali, mettendo l'accento più sulle somiglianze, ora invece i giuristi ne sottolineavano più le differenze. Rodotà racconta che per esempio lo aveva colpito molto, era la metà del 1985, un annuncio pubblicitario della più grossa casa editrice francese – la *Press Universitaire de France* - che lanciava una collana nuova di manuali di base che riscrivevano tutto il diritto francese, e lanciava anche una nuova rivista – *Droit*. La pubblicità diceva così: “*il potenziale culturale della facoltà di diritto è notevole; un giurista è naturalmente storico, teorico, filosofo, sociologo politologo, etnologo, moralista, etc*”. Veniva presentato dunque il giurista come *scienziato totale*, che può certamente ospitare nella sua facoltà storici, sociologi, e filosofi di professione, ma che non ha veramente bisogno della collaborazione interdisciplinare, perché il suo lavoro realizza già l'interdisciplinarietà. È in questa maniera, con questa interpretazione, che il formalismo che vede il giurista come *mero studioso di forme* viene messo da parte. “*Ma quale identità del giurista si ricostruisce così*”?

Rodotà fa allora un passo indietro, e parlando della situazione su cui si è innestata l'esperienza dell'*uso alternativo del diritto* descrive quella che negli anni '60 era una netta separazione di ruolo tra giuristi e politici: l'uno non interferiva mai nella sfera dell'altro.

I giuristi non si ponevano il problema del loro personale impegno politico, perché nella tradizione italiana c'è sempre stato un forte scambio tra ceti professionali dei giuristi, tra professori universitari e avvocati, e ceto politico. Solo che questo non significava che quegli stessi giuristi che facevano il mestiere di politici fossero consapevoli - dal punto di vista del metodo delle loro ricerche - di [dover] tener conto della dimensione politica; anzi [neanche nella] stessa dimensione fattuale. (...) Non c'era comunicazione tra il mondo della ricerca scientifica e il tipo di attività politica e pratica che lo stesso

intellettuale faceva¹³.

Rodotà osserva che fino a tutto il Settecento e una parte dell'Ottocento una componente forte del pensiero politico era stato il pensiero giuridico. Questo poi fu lasciato da parte, non perché i giuristi non si ponevano il problema del potere politico, ma perché questo problema lo risolvevano in un altro modo: con un potere di ceto, e non un potere di influenza diretta nella società.

Rodotà dice di far riferimento alla descrizione di Max Weber, del giurista inglese come “sacerdote”¹⁴, depositario di tecniche difficilmente conoscibili da altri e per questo depositario di un forte potere politico. Mentre il giurista ha il monopolio dell'interpretazione delle leggi, il politico ha il monopolio del diritto legislativo. La politica legislativa si separa dall'attività interpretativa, ma “*in cambio*”¹⁵ i politici non interferiscono nelle attività proprie dei giuristi: sul loro monopolio interpretativo si costruiva così anche una giustificazione scientifica del carattere “indipendente” della legge.

L'operazione da compiere, per i “critici” italiani negli anni '60 e '70, era invece riaprire un canale di dialogo tra giuristi e politica, pur nell'autonomia dei primi. Serviva cioè “*ridare al giurista un collegamento con altri soggetti operanti nella società, e dare alla azione giuridica una influenza che aveva perduto*”. Il giurista rinunciava al monopolio dell'interpretazione ma in cambio era legittimato a compiere una propria azione politica: i giudici erano chiamati a chiedersi in quegli anni “*che interesse sono chiamato a difendere?*”. Per Rodotà all'epoca occorreva trovare un'area propria dell'azione politica del giurista, “*e questo non venne fatto solo in*

¹³ Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, cit.

¹⁴ Questa metafora weberiana è stata utilizzata molto anche da Roberto Unger; cf. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London, Verso, 2015.

¹⁵ Durante il discorso quest'espressione è sottolineata con molta enfasi da Rodotà.

Italia".

"Oggi invece la situazione è cambiata". Negli anni '80 c'è stata infatti una reazione, che Rodotà ritiene *giustificabile*, da parte di chi riteneva che i giuristi avessero smesso di parlare più prettamente di diritto ma riflettessero solamente i temi delle altre scienze sociali senza filtri di sorta, scrivendo libri dove addirittura venivano fatti meri *collage* di ricerche in altri campi.

In quegli anni si faceva un lavoro critico molto forte, ma si poneva il problema di ricostruire: quali sono gli strumenti giuridici che mettiamo al posto di quelli che abbiamo criticato? Questo richiedeva il recupero della logica giuridica: cosa distingue la costruzione di uno strumento giuridico da uno strumento di interpretazione sociologica, storica, etc... (...) Quando si è posto questo problema ci sono state due reazioni. C'è chi ha detto: "se non produce [nuove] costruzioni, è cattivo anche il metodo critico e allora torniamo al vecchio metodo". Altri hanno detto: "no, in questo metodo [critico] ci sono potenzialità non ancora sviluppate". Sono le due strade che ci sono oggi. Questo però non è solo un problema dei giuristi in Italia, ma c'è una generale e forte ripresa di quelli che noi chiamiamo "gli specialismi". Ciò da una parte è una giustificazione: alcune persone impegnate nel lavoro politico hanno detto "ritorno all'università e alla ricerca specialistica perché è più utile". Ciò non significa rinuncia ad ambizione politica; si fa questo ragionamento: oggi il potere non si esercita solo nei luoghi tradizionali, ma il potere è distribuito in modo diverso, se sono più forte in un ruolo specialistico esercito forse più potere di quanto avrei nel Parlamento. Se sono uno solo dei seicentotrenta deputati, non considerato dal Partito, non esercito nessun potere. Posso invece esercitarlo nella Amministrazione Pubblica, nella Università, come consulente dell'impresa etc...¹⁶

Rodotà conclude affermando che un canale tra diritto e politica deve

¹⁶ Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, cit.

rimanere aperto, ma è attraverso lo specialismo che il giurista mantiene la sua autonomia tecnica – *“l’incontrollabilità del suo lavoro”* - e anzi può estendere il proprio controllo anche sull’area del politico-legislatore.

Oggi è abbastanza acquisito da parte di moltissimi che non si può solo guardare ai concetti giuridici ma anche agli interessi, e che la storia ha un suo ruolo: questo tipo di critica è stata accettata largamente. Però ciò che si sta cercando di fare è: [il nuovo] tipo di figura di giurista è un giurista il quale rivendica il suo specialismo, si separa dagli altri scienziati sociali, e in qualche modo fa un’operazione - senza proclamarla come i francesi – di recupero di una incontrollabilità del suo lavoro. Se il giurista dice che *“sono allo stesso tempo storico sociologo, economista”* dice: *“io giudico anche gli aspetti storici, sociologici, economici nel mio lavoro e nego che questo possa essere controllato dagli specialisti delle altre discipline”*¹⁷.

Un problema è però che l’Università italiana è *“molto indebolita”* e l’autorevolezza del professore universitario non deriva più dalla sua *“figura autonoma”* ma dall’esterno: dalla possibilità di intervenire nei mass media, dall’essere Professore e politico, o Professore e consulente della grande impresa.

C’è stato un forte indebolimento dell’Università come luogo di elaborazione scientifica e comunque del Professore come figura autonoma: il Professore-giurista è in molti casi, o in troppi casi, un avvocato, un consulente della grande industria... Allora il suo potere: deriva di più dall’appartenenza ad una comunità scientifica oppure da questo suo ruolo a ridosso della grande impresa? Qual è oggi la fonte del potere del giurista? (...) Ecco il problema di identità: mentre negli anni ‘60 e ‘70 si cercava di costruirla legandola molto alle caratteristiche del lavoro da giurista, rivisto criticamente, ora la

¹⁷ Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, cit.

legittimazione viene cercata all'esterno¹⁸.

Rodotà parla nascondendo educatamente una lieve seccatura per le frequenti interruzioni ad opera degli interlocutori americani, che intervengono spesso per cercare di capire meglio il contenuto del suo discorso, non risparmiandogli infine qualche commento critico. Il celebre giurista italiano descrive infatti un mondo molto diverso dal loro, e lo fa con una sua tipica attitudine a “ricostruire”: al contrario, l'attitudine dei CLS è “de-costruire”. In particolare, è sulla prospettiva della “specializzazione del giurista” che si leva la critica finale di Morton Horwitz:

La questione teorica è: se ci possono essere posizioni professionali autonome, indipendenti dalla conoscenza professionale specializzata. Nella teoria tradizionale della professione, il potere professionale deriva dalla sua autonomia: se questo è vero, il dilemma dei giuristi è che nel *welfare state* loro devono fare una scelta tra la politica e specializzazioni molto circoscritte (come affermava Rodotà *nda*). [Se scelgono queste ultime], si negano la possibilità di avere un'influenza culturale. Ma forse le posizioni professionali sono più indipendenti dalla conoscenza professionale di quanto la tradizione voglia ammettere. Quindi quando i giuristi partecipano a consulti con le imprese, o nel terreno amministrativo, non hanno bisogno dell'autorità della conoscenza professionale. Hanno un'altra forma di legittimazione: qual è? Noi [professori di diritto, negli USA] decidiamo quali studenti faranno molti soldi. Gli studenti di Harvard nel primo anno di pratica, cominciano con ottantamila dollari all'anno. Noi controlliamo i cancelli del capitalismo. Anche se noi insegniamo la conoscenza specializzata, essa non ha vera rilevanza in quello che noi insegniamo: la fonte della legittimazione forse è che noi [giuristi] siamo molto intelligenti, perché sappiamo come mettere insieme idee diverse: in America si dice “pensare come un avvocato”, ed è spesso una frase di legittimazione. E' una concezione scorporata della tecnica

¹⁸ Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, cit.

giuridica tradizionale. *Puoi insegnare agli studenti a “pensare come un avvocato” anche quando non hai nessuna pretesa di dare sostanza ad una conoscenza specifica* (corsivo mio, *nda*). In alternativa, la forma dominante di legittimazione nelle università è la “Law and Economics”. Non c’è nessuna tradizione di pensiero giuridico di sinistra nelle scuole giuridiche americane che pretende di avere soluzioni per questioni giuridiche, come fa questa [corrente] tecnocratica della “Law and Economics” – e cioè analisi economica della legge. Essa non ha nessuna connessione con il pensiero giuridico tradizionale, infatti è emersa proprio come opposizione ad esso. Quindi penso, ritornando alla questione iniziale, che bisogna avere delle concezioni più complesse della relazione tra conoscenza professionale e il potere della posizione professionale: può essere non corretto [dire] che la fonte del potere professionale derivi da un’autonoma conoscenza professionale¹⁹.

Questo intervento palesa così una grande caratteristica del pensiero dei CLS, e una grande differenza con i loro “lontani corrispettivi” italiani. Se *il diritto è politica* – celebre affermazione dei CLS su cui torneremo più avanti – il giurista allora è un politico, e la lotta è politica anche e soprattutto nelle Università di diritto, non solo al di fuori. Il problema non è che le Università di diritto non rendono autorevolmente “autonomo” il giurista, ma che in esse prevalgono correnti “di centro” o “di destra”, educando veri e propri “azzeccagarbugli” oppure insegnando dottrine tecnocratiche al servizio del Capitale, mentre in tutto questo la “sinistra” rimane minoritaria. Per i CLS, in conclusione, sono le accademie ad essere il campo aperto: è lì che si forma la classe dirigente.

A fine conferenza, un’ultima domanda dal pubblico: *i CLS hanno influenzato le decisioni dei giudici americani in qualche misura?* Risposta di Horwitz:

¹⁹ Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, cit.

La gente che abbiamo influenzato sono gli studenti che poi diventano assistenti giuridici dei giudici: solo attraverso loro si influenzano i giudici²⁰.

1.1 *La terra di Gramsci.*

A questo punto non resta che tornare al discorso di Duncan Kennedy in apertura²¹. Colui che fu tra i principali fondatori dei Critical Legal Studies: il suo discorso vuole essere un paragone tra la figura dell'intellettuale negli Stati Uniti e in Europa, usando categorie gramsciane. Non si tratta di un mero omaggio alla Fondazione che lo ospita: Antonio Gramsci fa parte del background culturale condiviso dei CLS. Vedremo in che maniera.

Kennedy inizia con l'elencare alcuni luoghi comuni:

La cultura americana è considerata: individualista (cowboys), materialista (gangsters) e volgare (filistei). (...) Ritengo che la maggior parte degli intellettuali di sinistra americani ed europei guardino a tali aspetti della cultura americana come ad uno sviluppo interno, anzi una degenerazione, della cultura occidentale nel suo insieme, strettamente collegata alle trasformazioni del capitalismo. Anzi, poiché il capitalismo americano è considerato il più avanzato, prospettiva certo molto meno attuale oggi che venti anni fa, i suoi sviluppi continuano ad offrire indicazioni sui problemi o sui possibili esiti all'interno dei capitalismi meno avanzati dell'Europa occidentale. (...) Individualismo, materialismo e volgarità insieme scatenano la fantasia della massa dei lavoratori i quali credono anche loro che, un giorno, potranno diventare milionari o sottrarsi almeno alla dipendenza economica²².

²⁰ Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, cit.

²¹ D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, cit., nota 1.

²² D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, discorso per l'Istituto Gramsci, in: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Giuristi>

“L’America è in questa prospettiva la terra di Gramsci”. Kennedy intende dire che l’America è la terra in cui si rivela palesemente il concetto gramsciano di egemonia sulle masse. Non solo, ma alla prima frase aggiunge che *“[qui] la società civile non è solo forte, è addirittura forgiata nell’acciaio”*. È Gramsci infatti, quando parla di “classi dominanti”, che introduce un’importante distinzione che Kennedy coglie: mentre le classi dominanti precedenti alla rivoluzione borghese *“erano essenzialmente conservatrici nel senso che non tendevano ad elaborare un passaggio organico dalle altre classi alla loro, ad allargare cioè la loro sfera di classe ‘tecnicamente’ e ideologicamente”*²³, la nuova classe borghese *“pone se stessa come un organismo in continuo movimento, capace di assorbire tutta la società, assimilandola al suo livello culturale ed economico: tutta la funzione dello Stato è trasformata: lo Stato diventa ‘educatore’”*. Dice poi Kennedy:

Il consenso nei confronti del principio capitalistico nella sua forma di scambio fra radicalismo e crescita economica è il profilo caratteristico dell’intera realtà sociale. L’intellettuale organico della classe dirigente realizza tale scambio attraverso i *media*, esercitando un grado di controllo generale impensabile ai tempi delle culture contadine e delle *elites* locali in contatto giornaliero con le masse. L’egemonia è rafforzata attraverso un vecchio trucco: le *elites* politiche statunitensi, sia liberali che conservatrici, rifiutano virtualmente tutto quanto è invece per gli europei il normale discorso politico. Anche all’epoca di Reagan, i *media* devolvono una quantità di tempo e di energia sorprendentemente grande alla denuncia degli opposti estremismi, di destra e di sinistra, come ugualmente nocivi. (...) Il maccartismo si

[%20Radicali,%20Intellettuali%20e%20Stato%20Nella%20Cultura%20Americana%20Ovvero%20Il%20Mio%20Discorso%20Per%20L’Istituto%20Gramsci.pdf](#).

²³ Sono le parole di Antonio Gramsci; cf. T. Gazzolo, “Antonio Gramsci e la teoria del diritto”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2018, p. 341.

annida, ancora, proprio dietro la facciata della vita politica americana²⁴.

Kennedy aggiunge che, secondo “*questo copione*”, le proteste degli ultimi anni sessanta si spiegano solo come un miscuglio di fattori culturalmente retrogradi come il rock’n roll, la droga, l’amore libero, appannaggio dei giovani, a cui si aggiungeva la cosa seria del rifiuto dell’arruolamento alla guerra del Vietnam: finita la guerra però, rimase solo il “*narcisismo decadente*”.

Quale sarebbe il ruolo dell’*intelligentsia* di sinistra in questa America così raccontata? Nessun accesso alla coscienza delle masse tramite i *mass media*, nessuna speranza di partecipare al potere tramite il sistema partitico – perché non esiste un partito della classe operaia, e perché c’è una cultura popolare individualista, materialista e volgare che non li ascolta. “*La nostra più tipica caratteristica è dunque quella di essere dei profeti inascoltati di questo paese*”. Kennedy cita Christopher Lasch tra gli esempi di critici sociali radicali che si sono ritagliati un ruolo nell’Università e che non sperando di esercitare alcuna forma di potere lanciano i loro anatemi contro il capitalismo decadente. Oppure Michael Harrington, che nel suo “pragmatismo” cerca di attirare a sinistra i *managers* democratici. Infine gli attivisti sociali espressione di minoranze o di battaglie marginali.

Diversamente, in Europa si contrappongono partiti con interessi di classe omogenei, fondati su ideali e diverse proposte di organizzazione della società, nei quali l’*intelligentsia* costituisce la struttura, offre il personale di governo ma soprattutto l’analisi e la teoria. “*Ma l’Europa è anche, sia pure in modo differente, la terra di Gramsci*”:

²⁴ D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, discorso per l’Istituto Gramsci, cit.

In Europa c'è un altissimo livello culturale, largamente condiviso, e la multiforme volgarità degli Stati Uniti, signori miei, non è proprio consentita. La cultura è davvero conservatrice, anche qui, ma in modo del tutto differente. Istituzioni come la gerarchia cattolica, il servizio civile e militare e quella parte di *media* che è controllata dagli interessi capitalistici, usa certo il suo prestigio per conseguire e consolidare valori²⁵.

Poi continua sugli intellettuali europei di sinistra:

[Essi] sembrano attratti da tre prospettive di base: la visione del re filosofo, legittimato ad esercitare il potere nella società in virtù del possesso di una giusta teoria (Platone); la visione dell'intellettuale, alleato dell'aristocrazia a favore di un affinamento culturale in risposta alla rozza ed incolta borghesia dalle cui file proviene (Molière); la visione dell'intellettuale di sinistra come detentore della luce della filosofia che si diffonderà nel suolo vergine del proletariato (Marx). (...) *Rispetto ai loro corrispondenti americani, gli intellettuali di sinistra europei, per quanto radicali possano essere, rimangono incredibilmente elitari. All'interno di questo mondo, lo stato rimane lo strumento degli intellettuali per trasformare razionalmente la realtà sociale a favore delle masse. La sola questione che abbia un senso è individuare i possibili modi per impossessarsene e utilizzarlo correttamente per i loro scopi* (corsivo mio, *nda*)²⁶.

A questo punto Duncan Kennedy cambia registro: dice che quanto affermato corrisponde alla visione di America ed Europa nella quale è stato educato, e che d'ora in avanti indicherà i punti sui quali non è d'accordo con questa visione. Punti che – dice - hanno origine da una diversa visione anarco-sindacalista vicina alle idee del Foucault delle “Due Conferenze”.

²⁵ D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, discorso per l'Istituto Gramsci, cit.

²⁶ D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, discorso per l'Istituto Gramsci, cit.

Nel corso degli ultimi quaranta anni, infatti, la cultura occidentale europea si è americanizzata. (...) Una parte veramente cospicua della vostra cultura è semplicemente la nostra, magari scaricata sul vecchio continente attraverso la forza pubblicitaria, ma proprio per questo assorbita molto spesso ingordo e incondizionato. (...) Anche il vecchio quadro della cultura americana sembra oggi leggermente migliorato e dunque meno reazionario.

La realtà politica europea non sembra ormai più ideologica e teorica di quella americana, né l'*intelligentsia* di sinistra europea può coltivare qualche realistica speranza di raggiungere il potere statale attraverso i partiti della sinistra o di utilizzarlo razionalmente allo scopo di trasformare la società nella direzione indicata da ideali utopistici e da una teoria giusta. In questo periodo storico navighiamo nella stessa barca²⁷.

Kennedy spiega così la storica impotenza degli intellettuali di sinistra negli Stati Uniti: non è colpa dell'assenza di cultura o dello strapotere del capitale, ma *all'indipendenza culturale* delle classi sociali più basse e delle minoranze razziali. Tutta la cultura popolare americana riflette la fusione di culture diverse con *“la stupefacente possibilità materiale della rivoluzione industriale del Nuovo Mondo”*: essa è quindi diventata cultura popolare della *“modernità americana”*, che è sempre stata del tutto indipendente da una preesistente *élite* culturale che decidesse cosa fare con tutta quella ricchezza. Magnati, capitalisti, lavoratori della cultura, erano semplicemente *“gente grezza, incapace di imporre una direzione elitaria allo sviluppo anche se avessero voluto farlo”*.

L'egemonia delle vecchie *elites* era ed è molto più forte in Europa, ancora rigidamente gerarchica in confronto con la frammentazione

²⁷ D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, discorso per l'Istituto Gramsci, cit.

americana dove ex-contadini, ora ex-lavoratori di minoranze etniche di tutto il mondo, coesistono al di fuori di qualunque matrice culturale e nazionale. *Il risultato, sul versante americano, è una prorompente vitalità pop che ha fatto sembrare morta la cultura europea* di livello più basso, almeno dall'inizio del diciannovesimo secolo (corsivo mio, *nda*). (...) Lo stesso *Rock'n roll* angloamericano è un altro evento tradizionale che non avrebbe potuto aver luogo, se l'*establishment* culturale non avesse perso il controllo dell'industria discografica a favore di quei barbari²⁸.

Per Kennedy è l'avanguardia che ha esercitato sulla cultura popolare degli stati uniti più influenza di qualunque altra cosa, e l'*intelligentsia* di sinistra è meno influenzata da un'assenza di Europa o dal capitale di quanto si voglia credere.

L'*intelligentsia* di sinistra, e con essa i giuristi radicali, sono stati fortemente influenzati dalle idee della psicoanalisi freudiana e dagli anni '60, da una psicologia umanistica terzaforzista. La vita di tutti i giorni, nella cultura di sinistra, è saturata da processi di *orientamento* (gruppi di autoanalisi, dianetica, migliaia di programmi di formazione a livello universitario per operatori sociali e altri) questi hanno creato un vocabolario, numerosi stili confliggenti, un tipo di coscienza psicologista che non esiste ancora in Europa occidentale, salvo per alcune frange del movimento verde. (...) [Questa evoluzione] è stata capace di rendere più rispettabile per la *middle class* progressista rivolgersi verso l'auto-organizzazione e lo sviluppo dei processi interni al gruppo, piuttosto che verso la partecipazione o la creazione di una organizzazione della classe lavoratrice²⁹.

Anche in quest'ultima parte del discorso Duncan Kennedy usa dei concetti presi a piene mani dai discorsi gramsciani, nei quali si sottolinea che il

²⁸ D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, discorso per l'Istituto Gramsci, cit.

²⁹ D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, discorso per l'Istituto Gramsci, cit.

proletariato – per contrastare gli apparati egemonici borghesi - deve sviluppare una forma alternativa di egemonia, al fine di una “*educazione permanente all’autogoverno*”³⁰. Certo però è a questo punto chiara la capacità – o caratteristica in negativo, se la si guarda da un punto di vista di un marxista ortodosso – delle avanguardie di sinistra americane di utilizzare concetti “che vengono dall’Europa” ma di declinarli creativamente in maniere del tutto nuove.

Infine, ricapitolando: se l’Europa si è americanizzata ed intellettuali americani ed europei sono “sulla stessa barca”, se le classi popolari rimangono indipendenti culturalmente e divise nella società del *melting pot*, se anche l’*intelligentsia* di sinistra americana è indipendente da vincoli gerarchici di sorta e risulta quindi essere più avanguardistica di quella europea, allora è improbabile una strategia che possa guardare alle istituzioni democratiche rappresentative tanto quanto lo è un’azione rivoluzionaria. Non c’è terreno fertile per nessuno dei due contesti, e se è così per gli intellettuali di sinistra americani presto sarà così per quelli di una Europa “americanizzata”.

Gli intellettuali ed i giuristi americani non potrebbero essere mai felici di abbandonare il sogno europeo (quello della conquista del potere statale attraverso i partiti, *nda*). (...) Ma se è vero che è in corso una evoluzione verso una qualche forma di era postindustriale, l’*intelligentsia* europea non ha maggiori possibilità di abbandonare quel sogno, più di quanto mai lo possa avere qui da noi. Lo scolorimento delle distinzioni di classe e della separazione fra stato e società civile finirà per rendere tutto il mondo simile all’America, proprio come Gramsci predisse. Questa evoluzione ha portato al fallimento la versione più ortodossa del marxismo e della teoria

³⁰ Cf. T. Gazzolo, “Antonio Gramsci e la teoria del diritto”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2018, p. 346.

liberale³¹.

La migliore strategia rimane dunque quella della creazione di “*piccole reti autonome radicali nei posti di lavoro ed una base potenzialmente significativa per la diffidenza politica*”. Questo aspetto è centrale nella visione che i Critical Legal Studies hanno del loro operato e del loro ruolo, e la approfondiremo più avanti. Per ora basti sottolineare che questa non è una semplice “trovata” di Kennedy, ma un’idea condivisa all’interno del Movimento – perlomeno dai suoi principali esponenti – ed anzi determinante per la sua nascita.

Le nostre speranze sono dunque riposte non nel regno del filosofo, né veramente in qualche forma di potere statualistico, ma piuttosto nell’organizzazione delle nostre file nella prospettiva di poterci collegare più avanti con altri gruppi organizzati. Per il momento rimaniamo in preda ad una sensazione ambivalente di perdita, da una parte, per aver accantonato la luce della filosofia di acquisto, dall’altra, per poter essere in grado di prendere un the con il borghese gentiluomo³².

Duncan Kennedy conclude così il suo discorso, e permette ora a noi di iniziare a parlare dei Critical Legal Studies con cognizione di *causa*.

2. 1977: nascono i Critical Legal Studies

Sono i primi mesi del 1976 quando David Trubek, tornando da un viaggio a Cambridge, rivela a Mark Tushnet di aver parlato lungamente con Duncan Kennedy³³. I due si erano trovati d’accordo sul fatto che un certo numero di

³¹ D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, discorso per l’Istituto Gramsci, cit.

³² D. Kennedy, *Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana*, discorso per l’Istituto Gramsci, cit.

³³ Cf. M. Tushnet, “Critical Legal Studies: a Political History”, in *The Yale Law Journal*, 100, 1991, p. 1523.

accademici del diritto avessero certe idee in comune su certi temi, e sarebbe stato utile metterli insieme per appurare perlomeno che questa percezione fosse giusta: a quel punto, la questione successiva sarebbe stata quella di trovare il *locus* più utile per un certo tipo di lavoro intellettuale.

All'epoca Mark Tushnet prestava servizio come *Associate Dean*³⁴ all'Università del Wisconsin, e lui stesso racconta di aver avuto un certo tempo libero a disposizione e “*l'anima di un burocrate*”³⁵: due caratteristiche fondamentali che gli permettevano di essere l'anima organizzativa di un futuro movimento e di essere in grado di organizzare la prima conferenza. Fu dunque grazie al suo lavoro certosino – come quello di spedire gli inviti, all'epoca non certo facile come inviare oggi un messaggio ad una *mailing list* – che si tenne la prima “*Conferenza sui Critical Legal Studies*” nel Maggio del 1977 a Madison, proprio in Wisconsin³⁶.

L'invito, inviato a Gennaio – si notino i tempi di convocazione di allora – portava le seguenti firme: Richard Abel, Thomas Heller, Morton Horwitz, Stewart Macaulay, Rand Rosenblatt, Mark Tushnet e Roberto Unger. L'oggetto:

Proposta di una riunione di colleghi che stanno cercando di sviluppare un focus critico per lo studio del Diritto nella società. (...) [Cerchiamo di] descrivere, in via generale, i due tipi di lavoro che noi qualificiamo come “critico”. (...) [Il primo consiste in] una tradizione di ricerca sociale scientifica che deve molto a Max Weber [e cioè che] tutta l'azione giuridica deve intendersi nei termini di categorie e propositi extragiuridici [e che] il diritto in azione è radicalmente distinto dal diritto nei libri. (...) [Il secondo lavoro critico vede il] Diritto come strumento di dominazione sociale,

³⁴ Trad: Preside Associato; ruolo organizzativo all'interno dell'Università.

³⁵ M. Tushnet, “Critical Legal Studies: a Political History”, cit., p. 1523.

³⁶ Cf. J. A. Pérez Lledò, *El movimiento Critical Legal Studies*, tesi di dottorato, Alicante, Universidad de Alicante Facultad de Derecho, 1993, p. 39.

economica e politica, tanto nel senso di favorire gli interessi concreti dei dominatori come nel legittimare l'ordine esistente. Questo tema enfatizza il carattere ideologico della dottrina giuridica, e pertanto si occupa più della sua struttura interna che delle sue funzioni latenti.³⁷

Già dalla lettera di convocazione si possono sintetizzare alcuni aspetti caratteristici dei CLS. Innanzitutto l'adesione a quel tipo di critica portato avanti da Max Weber – citato direttamente – e da Karl Marx, al quale è palese il collegamento quando si parla di diritto come “*strumento di dominazione sociale*”. L'approccio dei CLS a Marx è però influenzato dal marxismo critico della Scuola di Francoforte³⁸, e si vedrà come il contesto culturale estremamente vivace ed eclettico dei CLS li porterà ad enfatizzare più un certo “volontarismo” – la volontà dell'uomo che cambia la Storia – e ad abbandonare sin da subito il determinismo marxiano: anzi, è questo loro carattere che li avvicina ai movimenti per i diritti civili degli anni '70 e li porta a criticare il determinismo della teoria sociale classica che ben scarso ruolo concepiva per questi movimenti³⁹. Per i CLS è possibile che il diritto diventi una forza autonoma per un cambiamento sociale progressista. Infine, con l'affermazione del “*carattere ideologico della dottrina giuridica*” si manifesta nella lettera quella che diventerà una generale percezione dei CLS: quella per cui non c'è una differenza fondamentale tra il discorso legale e l'ordinario discorso morale e politico⁴⁰. Per i CLS “tutto è politica”: “*la società è un artefatto, il prodotto del conflitto umano tra interessi e ideologie*”.⁴¹ Dunque per i critici è necessario trasformare la maniera in cui il diritto è pensato, insegnato e praticato, per trasformarne il ruolo corrente

³⁷ J. A. Pérez Lledò, *El movimiento Critical Legal Studies*, cit., p. 51.

³⁸ A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 18.

³⁹ Cf. M. Tushnet, “Critical Legal Studies: a Political History”, in *The Yale Law Journal*, 100, 1991, p. 1528.

⁴⁰ Cf. M. Tushnet, “Critical Legal Studies: a Political History”, cit., p. 1524.

⁴¹ Parole di A. Altman; cf. C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, in G. Bongiovanni, G. Pino, C. Roversi (a cura di), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 509, nota 23.

di “complicità” rispetto a dinamiche di dominio sociale e discriminazione delle minoranze; le pretese della tipica visione liberale della “rule of law”, della neutralità e uguaglianza del diritto, sono contraddittorie e impossibili da realizzare⁴². Un’attitudine nei confronti del diritto che Kennedy considera “*ambivalente*”:

Da una parte, si insiste sulla sua autonomia relativa e sul suo valore come campo di lotta culturale e politica; dall’altra ci si sforza di dimostrare la sua incoerenza, le sue contraddizioni interne e la sua complicità.⁴³

Ma chi sono i firmatari?

Il primo, Richard Abel, era famoso per essere stato espulso molti anni prima dalla Facoltà di Diritto di Yale, assieme proprio a David Trubek e altri quattro professori: Lee Albert, John Griffiths, Robert Hudec, Larry Simon⁴⁴. Al contrario della versione ufficiale – “l’elevamento degli standard” – questo atto fu visto come una vera e propria “purga” di dissidenti politici e intellettuali da coloro che diventeranno poi membri dei CLS. Un avvenimento che, assieme ad altri simili in quel periodo storico travagliato che va dagli anni ‘60 ai ‘70, fa parte della mitologia comune dei CLS e che influenzerà il modo in cui essi vedranno le Università e il modo con cui ne parleranno: si ricordi, per esempio, quanto detto da Kennedy a Roma sul “*maccartismo che si annida ancora*” in America⁴⁵.

Questa mitologia comune affonda naturalmente le proprie radici nelle convulsioni politiche e sociali di quegli anni, in cui le facoltà non erano

⁴² Cf. C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, cit., p.509.

⁴³ D. Kennedy, “Breve storia dei Critical Legal Studies negli Stati Uniti”, in A. J. Arnaud (a cura di), *Dictionnaire Encyclopediques de Theorie e Sociologie du Droit*, Parigi, L. G. D. J. , 1993, p. 640.

⁴⁴ Cf. C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, cit., p. 40.

⁴⁵ Vedi cap. I, 1.

certo terreno vergine: il periodo della contestazione – specie quella contro il vecchio metodo di insegnamento universitario - il movimento per i diritti civili, le proteste contro la guerra in Vietnam, le azioni delle “Pantere Nere” e i loro pubblici processi – contro cui Mark Tushnet protestava per le palesi mancanze di un “*regular process of the law*”⁴⁶. Le idee più radicali contagiavano facilmente non solo gli studenti, ma anche i professori più giovani - e la differenza di età tra le due categorie spesso non era molta. Questi professori – che erano invisibili agli altri più anziani, persino a quelli di orientamento più progressista - simpatizzavano con le proteste, criticavano il dominante paradigma liberale, e organizzavano seminari connessi: ad esempio quello sui “problemi giuridici relativi al reclutamento obbligatorio” di John Griffiths.

Ancor più radicali Abel e Trubek invece, che aderivano alla scienza sociale classica di Marx e Weber, e organizzarono ad un certo punto un “*reading group* sulla filosofia della scienza sociale”. Fu lì che presero forma alcuni dei principali argomenti dei CLS: nel corso di discussioni che avevano ad oggetto il confronto tra il realismo giuridico, che vedremo tra poco, e la teoria sociale classica. Tra gli studenti che parteciparono spiccano proprio due nomi: Duncan Kennedy e Mark Tushnet. Racconta quest’ultimo, a proposito del fatto che l’iniziativa non fu certo vista bene dai professori più anziani:

I professori più vecchi presero le sembianze di una guarnigione assediata, che difendeva le mura a tutti i costi contro l’assalto dei barbari⁴⁷.

Fu allora che - secondo la narrazione CLS - fu decisa l’espulsione di quei professori; e quel gruppo, capitanato da David Trubek – che solo nel 1973

⁴⁶ Cf. M. Tushnet, “Critical Legal Studies: a Political History”, cit., p. 1534.

⁴⁷ M. Tushnet, “Critical Legal Studies: a Political History”, cit., p. 1531.

andò ad insegnare proprio a Madison in Wisconsin – sarebbe stato conosciuto per un periodo come “la Mafia radicale della Facoltà di Diritto di Yale in esilio”.

Dunque Trubek parlò - in quel lontano 1976 - al suo ex-studente Kennedy, che intanto aveva conseguito una cattedra ad Harvard. Qui si era formato un gruppo, non organizzato formalmente, di professori di sinistra, formato – oltre che da Kennedy stesso e da altri – da Morton Horwitz e Roberto Unger: firmatari di quella prima lettera di convocazione dei CLS. Racconta, a proposito del loro legame, Kennedy:

Quando sono andato alla Harvard Law School, ci sono entrato assieme a Morton Horwitz e Roberto Unger. Eravamo stati tutti assunti nello stesso momento, ed è molto frequente che ciò succeda nelle facoltà di diritto, persone che sono state assunte nello stesso anno formano una sorta di coorte. C'è una sorta di intimità che deriva dall'arrivare allo stesso momento, ma essa si è sviluppata velocemente in una profonda alleanza intellettuale.⁴⁸

Un altro firmatario della lettera, Tom Heller, era collega di Trubek e Abel nel “Law and Development Study Group” a Yale; mentre Rand Rosenblatt conobbe Marck Tushnet quando erano studenti nel loro primo corso di diritto, nella stessa aula di Kennedy. Stewart Macaulay infine, era un collega all'Università del Wisconsin di Tushnet, Heller e Trubek. Insomma tutti i promotori della prima conferenza dei CLS erano tra di loro amici o colleghi, occupavano posizioni di rilievo nelle università americane – soprattutto in quelle più prestigiose come Harvard - ed erano legati dalle stesse idee critiche.

⁴⁸ J. G. Stewart, “Demystifying CLS: a Critical Legal Studies Family Tree”, in *Adel Law Review*, 121, 2020, p. 134.

Per capire meglio queste idee, occorre però fare un passo indietro.

2.1 Il contesto giuridico dei CLS

Negli anni '70 del 1800 gli Stati Uniti uscivano dalla loro "età dell'oro" del diritto, fatta principalmente di richiami al diritto naturale, per entrare nel "periodo classico": Christopher Columbus Langdell fu nominato *Dean* della *Harvard Law School* nel 1870, e un anno prima era nato il *National Reporter system*, con il quale venivano rese pubbliche a tutti gli avvocati del paese tutte le decisioni delle corti d'appello federali, e delle corti statali di suprema istanza.⁴⁹ In un paese di *common law*, questo sforzo di sistematizzazione e razionalizzazione che caratterizzerà tutto il "periodo classico", era una vera e propria rivoluzione.

Come però osserva Pupolizio⁵⁰, gli Stati Uniti si accorsero così che esisteva un cospicuo numero di precedenti "da incubo" (*nightmarish*), che svuotavano il contenuto cardine della *common law*: ovvero lo *stare decisis*. Da qui prendeva le mosse la battaglia di Langdell per un nuovo metodo d'insegnamento del diritto, che si basava sulla selezione dei precedenti più significativi e sull'uso dei *casebooks*, veri e propri manuali che raccoglievano e analizzavano la *ratio decidendi* di questi casi accuratamente selezionati. Si rimediava così ai "precedenti da incubo", con una concezione meccanica, sistematica e scientifica del diritto: era il "formalismo giuridico".

Questa fase durò fino al 1905, quando una sentenza della Corte Suprema

⁴⁹ Cf. I. Pupolizio, "Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2010, pp. 73-104.

⁵⁰ Cf. I. Pupolizio, "Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»", cit., p. 74.

dichiarò incostituzionale una legge dello Stato di New York che imponeva un tetto orario al lavoro dei panettieri⁵¹: secondo la Corte questa legge limitava la legittima libertà di contratto, che secondo il Quattordicesimo Emendamento poteva essere limitata solo da un *due process*, un giusto processo secondo legge. Sottolinea Pupolizio:

Il concettualismo e il formalismo del pensiero giuridico classico mostrarono qui, in maniera evidente, la loro convergenza di fondo sia con gli assunti del pensiero economico classico (e in particolare con la dottrina del *laissez-faire*), sia con gli interessi delle classi sociali dominanti⁵².

E' questa grande evidenza che scatenò una grande reazione, che faceva perno sulla *dissenting opinion* del giudice Holmes che dichiarava: “*general propositions do not decide concrete cases*”. Sulla scia di questa affermazione nasceva per esempio il *movimento sociologico nella giurisprudenza* di Roscoe Pound che spingeva per adeguare le decisioni alle condizioni umane piuttosto che a principi astratti e predeterminati. Vennero poi tanti altri a criticare la “giurisprudenza meccanica” di Langdell, come Dewey e Cardozo. In particolare fu però un gruppo di giovani professori di diritto di Yale e della Columbia che negli anni '20 e '30 mossero le critiche più radicali alla “langdelliana” Harvard e promossero un nuovo sistema di insegnamento: basato non su ciò che i giudici *dicono* ma su ciò che i giudici (realmente) *fanno*⁵³.

Nasceva così il realismo giuridico, che conobbe un grande successo nel periodo tra le due guerre mondiali; almeno fino a che l'esperienza dei

⁵¹ *Lochner v. New York*

⁵² I. Pupolizio, “Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»”, cit., p. 76.

⁵³ La parentesi è una mia aggiunta; cf. I. Pupolizio, “Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»”, cit., p. 77.

totalitarismi e la loro sconfitta non impose una generale riscoperta del “diritto naturale”. I realisti, maggiormente rappresentati da Karl Llewellyn e Jerome Frank, condividevano un’altra frase del giudice Holmes, divenuta celebre: “*il diritto è la previsione di ciò che faranno le corti, nulla di più pretenzioso*”. Questa frase, che inaugura la c.d. “teoria predittiva” del diritto, sintetizza forse al meglio l’esperienza realista e i suoi equivoci. Rimando al saggio di Ivan Pupolizio⁵⁴ per un ulteriore approfondimento; ai fini di questa tesi è solo necessario sottolineare quanto segue.

Per i realisti, la razionalizzazione dell’operato delle corti che il formalismo giuridico tentava di fare, era impossibile: il diritto è *indeterminato* perché sia le regole che i fatti possono essere manipolati nel loro significato dal giudice. Questa concezione, che ai suoi estremi portava a considerare le decisioni come il risultato di fattori psicologici alla fine imponderabili⁵⁵, portò la maggior parte dei realisti a reclamare una più stretta collaborazione tra diritto e scienze sociali: alla vecchia scienza giuridica astratta si doveva sostituire una scienza in grado di considerare il diritto alla luce dei suoi scopi e dei suoi effetti, e in base a quelli giudicarlo. Serviva per i realisti un’interpretazione teleologica delle norme e una valutazione scientifica del loro impatto. Ciò era la base della *sociological jurisprudence* di Pound, come del movimento “Diritto e Società” che nacque negli anni ‘60.

I realisti si occuparono anche di una critica al potere. Se l’opera di sistematizzazione di Langdell – si noti, un lavoro che era puramente *accademico* - portava a concepire certi elementi quali lo Stato, come regno della coercizione, la sfera privata, come regno della libertà individuale intangibile, il mercato, come fenomeno naturale e che si autoregola, i realisti

⁵⁴ I. Pupolizio, “Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»”, cit.

⁵⁵ Così la tesi di Jerome Frank; cf. I. Pupolizio, “Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»”, cit., p. 93.

al contrario dimostravano che:

a) Non è possibile definire astrattamente il diritto di proprietà sulla base del suo valore di mercato, poiché il secondo dipende dalla prima, e non viceversa; b) il diritto di proprietà è costituito da un insieme di relazioni giuridiche né assolute, né immutabili, né deducibili logicamente le une dalle altre; c) il potere economico privato, fondato sulla proprietà, è essenzialmente il frutto di una delega da parte del potere pubblico, e al pari di questo deve dunque essere giustificato sulla base dell'interesse collettivo; d) poiché lo Stato permette la conclusione di *alcune* transazioni, e non di altre, non è possibile stabilire in anticipo e con certezza quali transazioni siano *davvero* libere; e) il mercato è il frutto inevitabile della regolazione statale, che *non può non incidere* sulla distribuzione della ricchezza, e la questione di quali vantaggi spettino a quali individui o gruppi sociali non può essere risolta *a priori* una volta per tutte.⁵⁶

Critiche di questa natura naturalmente non nascevano dal nulla, ma erano figlie di un clima culturale mutato a causa della Presidenza Roosevelt e del *New Deal*, con il quale il realismo avrà un legame noto.

I Critical Legal Studies, come si è già accennato, si innestano su questo tipo di critica realista: ne diventano gli eredi, ma portandola oltre e criticandone alcuni aspetti. Innanzitutto i CLS fanno propria la tesi dell'*indeterminatezza* del diritto nella sua versione più radicale, ma usandola per cogliere la natura intrinsecamente politica di esso: i problemi del potere e del linguaggio non sono distinti; i giudici difendono interessi di parte. Al contrario dei realisti però, i CLS non pensano che la creazione di una nuova scienza giuridica di tipo "sociale" possa risolvere il problema dell'indeterminatezza: non si può tenere il diritto lontano dall'arena politica, e credere quindi in una sua applicazione *neutrale*, senza entrare in contraddizione. In questo senso,

⁵⁶ I. Papolizio, "Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»", cit., p. 102.

come suggerisce Pupolizio chiamandoli “più realisti del re”⁵⁷, i Critici accettano la *pars destruens* del realismo giuridico, ma rifiutano la *pars costruens* dell’approdo ad una scienza sociale positivista - come il ricorso alla *policy analysis* o alle ricerche empiriche sul diritto.

Di questo passaggio concettuale si può fare un chiaro esempio biografico. A Yale, all’epoca dei fatti che si sono raccontati e che portarono poi all’espulsione di quei professori, dominavano proprio gli studi orientati alla “policy analysis” e influenzati ancora dal clima del “New Deal”: quella “giurisprudenza sociologica” di cui si è già detto, era infatti la maniera con cui l’accademia aveva assorbito il realismo giuridico. I nuovi professori erano invece più radicali: fu nel 1961 che David Trubek scrisse un articolo in cui sosteneva che proprio Llewellyn aveva tradito, con i suoi ultimi lavori, i postulati basilari del realismo giuridico. Quest’ultimo infatti avrebbe in un certo senso “fatto entrare il formalismo dalla finestra” affermando che i giuristi fossero una “comunità” dotata di un “senso della situazione” condiviso: era così che si poteva parlare di un’applicazione “corretta” del diritto nel caso concreto, contro i risvolti più radicali della tesi dell’indeterminatezza. Da queste dichiarazioni di Llewellyn era nato il movimento della “Law & Society”⁵⁸: quel “senso della situazione” dei giuristi doveva insomma rimanere aggiornato da studi sociologici, dalla ricerca empirica, e da una *policy analysis* che misuri l’impatto delle leggi sulla società. Molti giovani professori di Yale erano affiliati a questo movimento, ma stavano adottando un’attitudine sempre più critica: tra questi vi era Trubek stesso, che proponeva un ritorno ai classici della teoria sociale come Weber e Marx.

Da questo punto di vista, la rivale di Yale diventerà in seguito la Law

⁵⁷ Cf. I. Pupolizio, “Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»”, cit.

⁵⁸ “Diritto e Società” di cui si è già accennato.

School di Harvard. E' qui che – come si è detto - si forma un nucleo di nuovi critici “di sinistra”, formato da Kennedy, Horwitz e Unger. Questa prestigiosa Università americana diventerà per i CLS una sorta di “microcosmo” e di “quartier generale”; innanzitutto perché gran parte dei principali membri del movimento insegneranno – ed insegnano tutt’ora – ad Harvard. Appare utile quanto Laura Kalman osserva:

[L’Università di] Yale, che negli anni ‘30 abbracciò il realismo giuridico in maniera lungimirante, rifiutò i discendenti del realismo, i Critical Legal Studies, nello stesso tempo in cui la Harvard Law School, che aveva voltato le spalle al realismo, diventò una casa per i figli del realismo e per una scuola che rappresentava la logica estensione dell’attivismo degli anni sessanta.⁵⁹

L’idea che Trubek ebbe, parlando con Kennedy in quel lontano 1976, fu dunque di far incontrare quei “nuovi” critici con l’ala sinistra del “Law and Society Movement”. Questi ultimi furono invitati alla prima conferenza dei CLS a Madison, ma capirono di non essere i benvenuti da coloro che polemicamente ebbero poi a chiamare come “nuovi barbari dottrinari”⁶⁰, e che si opponevano così duramente alla loro “scienza sociale positivista”. Per questo motivo, come suggerisce Pupolizio, la nascita dei CLS si può considerare quasi come una scissione interna del “Law and Society Movement”. Pur considerando che i rapporti tra le due diverse correnti sarebbero continuati, il primo incontro dei CLS si concludeva con la ritirata degli esponenti del movimento “Diritto e Società”, e con la consapevolezza che non sarebbero più tornati, e la convocazione di una seconda conferenza – sempre a Madison, nel Febbraio del 1978. *Erano nati i Critical Legal*

⁵⁹ J. G. Stewart, “Demystifying CLS: a Critical Legal Studies Family Tree”, cit., p. 138.

⁶⁰ Cf. I. Pupolizio, “I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale”, in G. Campanesi, I. Pupolizio, N. Riva (a cura di), *Diritto e teoria sociale: introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo*, Roma, Carocci Editore, 2009, p. 213.

Studies.⁶¹

2.2 *L'albero genealogico dei CLS*

Occorre innanzitutto chiedersi se i Critical Legal Studies siano veramente da considerarsi un “movimento” oppure no. Malgrado i suoi stessi membri si riferiscano ad esso come tale, molti studiosi si domandano infatti se sia più giusto considerarlo una “tendenza”⁶², o una “comunità di intenti”⁶³, riprendendo le parole di Mark Tushnet quando afferma che i CLS sono più un “*luogo politico*” che un movimento – pur sottolineando, a sua volta, che comunque sono “*anche quello*”.

Ritengo che occorra prima chiarirsi su cosa si intende per “movimento”. La parola può avere tre significati applicati al discorso politico/culturale: “movimento come organizzazione”, con statuto, ruoli e obiettivi condivisi e proposte omogenee; “movimento” inteso come “ciò-che-si-muove” - esempio classico il “movimento degli studenti” che protestano contro una riforma, ma senza avere una particolare organizzazione, e spesso senza neanche avere una particolare omogeneità nelle rivendicazioni; oppure “movimento liquido” come una sorta di “via di mezzo” tra i due tipi precedenti, con principi comuni ma eterogeneità delle proposte, senza una struttura organizzativa formale, ma con una certa definizione dei ruoli e con protagonisti chiari – è l'esempio del Futurismo.

I Critical Legal Studies sono da considerarsi un movimento alla luce di quest'ultima sua forma, che è da considerarsi “liquida”, ma molto comune a

⁶¹ Cf. J. A. Pérez Lledò, *El movimiento Critical Legal Studies*, tesi di dottorato, Alicante, Universidad de Alicante Facultad de Derecho, 1993, p. 61.

⁶² Cf. I. Papolizio, “I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale”, cit., p. 209.

⁶³ Cf. C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, cit., p. 509.

tantissimi movimenti – pacificamente considerati tali – nel corso della storia. I CLS hanno dei fondatori: i primi firmatari della lettera di invito, di cui l’oggetto è quasi da considerarsi un piccolo *manifesto*. Hanno addirittura un “responsabile organizzazione”: Mark Tushnet, che nel corso della prima conferenza fu nominato “segretario”⁶⁴ – ruolo che ebbe per quasi dieci anni⁶⁵. Nel corso della loro storia hanno lavorato per perseguire degli obiettivi pratici:

- 1) La formazione di gruppi di sinistra in numerose facoltà;
- 2) la pubblicazione nelle riviste accademiche di una nuova letteratura giuridica;
- 3) l’organizzazione di “colonie estive” (*summer camp*, *nda*), dove una qualche decina di partecipanti discutono le loro ricerche e leggono insieme i “classici”;
- 4) lo svolgimento di grandi conferenze in cui parecchie centinaia di persone assistono ad una molteplicità di presentazioni di ogni genere;
- 5) *la formazione di un gruppo nazionale che sostiene tali attività (corsivo mio, nda)*⁶⁶.

Come abbiamo visto, i CLS hanno un nucleo di principi e valori condivisi (spesso riassunti nello slogan “*law is politics*”), malgrado siano conosciuti per la loro particolare eterogeneità e per aver scritto su tantissimi temi differenti. Li elenca sommariamente Kennedy:

Questa critica (quella dei CLS, *nda*), offerta da una ventina di autori e probabilmente senza equivalenti europei, si caratterizza per un

⁶⁴ Nella tradizione anglosassone, il “segretario” o “segretario generale” delle organizzazioni ha un ruolo meramente organizzativo; è il “presidente” invece ad avere il ruolo politico e di rappresentanza. In quella latina invece il “presidente” ha un ruolo di autorevolezza e garanzia, il “segretario” ha il ruolo di indirizzo politico, e il “responsabile organizzazione” quello organizzativo.

⁶⁵ Cf. J. A. Pérez Lledò, *El movimiento Critical Legal Studies*, cit., p. 57.

⁶⁶ D. Kennedy, “Breve storia dei Critical Legal Studies negli Stati Uniti”, in A. J. Arnaud (a cura di), *Dictionnaire Encyclopediques de Theorie e Sociologie du Droit*, Parigi, L. G. D. J. , 1993, p. 639.

dettagliato attacco a settori giuridici come i contratti (C. Dalton 1985, Mensch, Gordon 1987), quella parte del diritto costituzionale che riguarda la discriminazione razziale (Freeman 1978), il diritto del lavoro (Klare 1978, Stone), la sicurezza sociale (Simon), il diritto penale (Kelman 1981), il diritto di famiglia (Olsen 1983), il diritto amministrativo ed in particolare le organizzazioni locali (G. Frug 1980), il diritto internazionale (Da. Kennedy 1986) ed alle stesse metodologie di cui si servono i giuristi per sostenere e sviluppare questi settori come il positivismo liberale (Unger 1975), la teoria liberale dei diritti della persona (Singer, Gabel 1977), l'analisi economica del diritto (Kelman 1987), il funzionalismo sociologico (Gordon 1984, Trubeck), l'interpretazione del diritto costituzionale (Tushnet 1988, Hutchinson & Peller, Bakan).⁶⁷

Di fronte a questo lungo elenco di aree di intervento differenti, nelle quali i critici prospettano le più varie soluzioni – quando lo fanno – è utile sottolineare quanto osserva Pupolizio, che richiama alcune caratteristiche comuni molto generali:

La vocazione “naturale” per la storiografia giuridica (...), l'insistenza sulla questione decisiva dell'insegnamento del diritto nelle *law schools*, considerato un «allenamento alla gerarchia» (Kennedy, 1983); infine, l'eclettismo teorico e l'interesse per le altre discipline, quali la filosofia, la sociologia del diritto e, in seguito, anche la critica letteraria, in grado di offrire una prospettiva più ampia di quella offerta dalla dogmatica giuridica.⁶⁸

Infine, come ogni movimento che si rispetti, i Critical Legal Studies hanno delle correnti interne – ed esterne! - non esenti da tensioni reciproche, e di cui è possibile comporre una genealogia.

⁶⁷ D. Kennedy, “Breve storia dei Critical Legal Studies negli Stati Uniti”, cit., pp. 639-640.

⁶⁸ I. Pupolizio, “I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale”, cit., p. 210.

James G. Stewart⁶⁹ precisa che la risposta alla domanda “*che cosa sono i Critical Legal Studies*” può variare a seconda del tempo, del luogo, e dei teorici che vi sono associati: ogni combinazione di questi fattori può dare una risposta differente. Inoltre i CLS si possono intendere in senso “largo” e in senso “stretto”: il primo intende *Critical Legal Studies* come descrizione, il secondo come “titolo”; il primo coinvolge tutte quelle determinati correnti di approccio critico alla legge, il secondo indica il nucleo del movimento che abbiamo visto nascere nel Wisconsin. La migliore interpretazione di questo rapporto tra il movimento CLS iniziale e gli “altri critici” intesi in senso largo, a mio avviso la dà Kennedy⁷⁰, quando in “Breve storia dei critical legal studies negli Stati Uniti” descrive una dinamica di progressivo “allargamento” del movimento – che, ricordiamolo, rimane di natura “liquida” e senza iscritti; non è un’organizzazione che incamera le nuove adesioni e le sottopone ad un regolamento interno. Dopo la loro nascita, la critica dei CLS - forse perché riconducibile ad un certo “spirito del tempo” – fa breccia nel dibattito e diventa di “tendenza”: si creano quindi correnti critiche più “tematizzate”, che dialogano con il nucleo iniziale del movimento a cui aderiscono, e con il quale non mancano di polemizzare.

Nei Critical Legal Studies in senso largo troviamo quindi: Critical Race Theory, Feminist Legal Theory, Psychoanalytical Theory, una corrente “Postmodernista”, Law and Literature, Queer Legal Theory, Law and Popular Culture, Cultural Legal Studies, Comics and Law.⁷¹ Gli ultimi tre – il saggio di Stewart è del 2020 - sono considerati “emergenti”.

Abbiamo visto invece la nascita dei “CLS in senso stretto”, nel 1977, e ne abbiamo elencato sommariamente i protagonisti. I “primi critici” dopo la

⁶⁹ Cf. J. G. Stewart, “Demystifying CLS: a Critical Legal Studies Family Tree”, in *Adel Law Review*, 121, 2020, pp. 121-148.

⁷⁰ Cf. D. Kennedy, “Breve storia dei Critical Legal Studies negli Stati Uniti”, cit., p. 642.

⁷¹ Cf. J. G. Stewart, “Demystifying CLS: a Critical Legal Studies Family Tree”, cit., p. 127.

loro nascita si occupano prevalentemente di temi inerenti all'insegnamento del diritto, rivolgendosi a questioni tecniche che preoccupano i metodi dominanti – ciò che riesce loro bene, poiché insegnano prevalentemente materie istituzionali – portando avanti iniziative sindacali all'interno delle Facoltà di diritto. Dice Kennedy:

La grande maggioranza si oppone (1) al carattere reazionario della pedagogia dei loro colleghi, (2) alle procedure ed ai criteri che impediscono l'accesso delle donne e delle minoranze razziali all'ambiente universitario, (3) al rafforzamento operato attraverso l'insegnamento delle gerarchie sociali ed in particolare di quelle professionali, (4) all'esclusione dei problemi di giustizia economica, sociale, razziale e sessuale dai programmi di studio, esclusione che sembra favorire lo *status quo*.⁷²

Secondo Kennedy, dal 1977 al 1983 il movimento subisce una grande fase di espansione; e ciò avviene non senza “scontri”. *“Alle volte, i guardiani dell'ordine intellettuale si decidono a ‘respingere l'orda rossa’. Molti studiosi/e si vedono rifiutare incarichi accademici a causa della loro associazione ai CLS”*. Nello stesso periodo però il movimento – pur venendo considerato “estremista” – inizia ad istituzionalizzarsi; un processo che Mark Tushnet spiega così:

I Critical Legal Studies sono diventati uno degli elementi accettati nell'universo pluralistico della scuola legale. Le Facoltà di diritto credono che è generalmente una buona cosa avere un (ma non più di uno) affiliato dei CLS nell'edificio, benché, com'è usuale nell'assimilazione di un nuovo approccio al diritto, loro trovino frequentemente particolari obiezioni ad ogni specifico affiliato proposto per una carica.⁷³

⁷² D. Kennedy, “Breve storia dei Critical Legal Studies negli Stati Uniti”, cit., p. 641.

⁷³ M. Tushnet, “Critical Legal Studies: a Political History”, in *The Yale Law Journal*, 100, 1991, p. 1519.

I CLS affrontano in quegli anni anche un dibattito interno: tra “razionalisti” e “irrazionalisti”. L’ideale dei primi, che ereditano la tradizione “scientifica” della sinistra, è “*una fusione del sapere nell’azione politica in un modello più europeo che americano*”⁷⁴. I secondi praticano un nuovo metodo influenzato dallo strutturalismo: sono avanguardia culturale di *bohémians*, *beatnicks*, *hippies* e *situazionisti*, oltre che “marxisti d’opposizione”, anarcosindacalisti, esistenzialisti e femministe radicali. Insomma, sono i “CLS in senso largo”, che alla fine hanno la meglio:

La volontà di destabilizzare ha la meglio su quella di formare una scuola su premesse coerenti ed una gerarchia interna. Essi/e accettano i limiti di una politica accademica, e diffidano delle pretese di grandezza nella loro aspirazione alla scientificità ed al potere della *intelligentia* sinistrorsa.

Gli “irrazionalisti” sono responsabili del passaggio dal primo al secondo periodo, segnato dal rapido aumento del numero delle donne, dei membri di minoranze razziali fra la popolazione degli studiosi di diritto e successivamente all’interno del corpo accademico.⁷⁵

Inizia dunque, dopo il 1983, la seconda fase con il dibattito sui “diritti della persona”. Quello che succede negli anni ‘80 fino ai primi anni ‘90, oltre dunque ad un moltiplicarsi delle correnti critiche nel dibattito americano, è la nascita dei Critical Legal Studies in Inghilterra, nel 1984: Peter Fitzpatrick e Alan Hunt sono alcuni dei principali autori. I CLS hanno sempre avuto una certa “proiezione internazionale”, curandosi sia di portare le proprie idee all’estero partecipando a svariate conferenze⁷⁶, sia di tenere rapporti con gli “altri critici” che spesso aprivano vere e proprie “succursali”

⁷⁴ Cf. D. Kennedy, “Breve storia dei Critical Legal Studies negli Stati Uniti”, cit., p. 641. Si tenga inoltre a mente quanto detto a questo proposito da Kennedy nel cap. I, 1.2.

⁷⁵ D. Kennedy, “Breve storia dei Critical Legal Studies negli Stati Uniti”, cit., p. 642.

⁷⁶ La conferenza di Roma che si è descritta all’inizio di questa tesi ne è un esempio.

nei propri paesi – specie in quelli di common law, come il Canada⁷⁷. Come ha scritto Roberto Unger:

Mi sono approcciato ai Critical Legal Studies con un interesse nel futuro del pensiero giuridico di tutto il Mondo, non solamente o principalmente di quello degli Stati Uniti⁷⁸.

Già nel 1981, a Londra, era nata la *European Conference on Critical Legal Studies (ECCLS)* per iniziativa di un gruppo di critici britannici: l’obiettivo della nuova organizzazione era tenere migliori rapporti tra i “critici” dei vari paesi del vecchio continente, e “*superare l’isolamento degli accademici e dei pratici socialisti e radicali*”⁷⁹. La seconda riunione del ECCLS ebbe luogo a Copenhagen, con partecipanti provenienti dalla Danimarca, Norvegia, Portogallo, Belgio e naturalmente Gran Bretagna. La terza riunione ancora in Inghilterra, a Canterbury, alla presenza di 130 partecipanti provenienti da ben dieci paesi: fu qui che, per iniziativa di Alan Hunt, si decise di fondare la *Critical Legal Conference* britannica – nel 1984, appunto. Inizialmente pare non ci fosse una gran differenza di idee con il nucleo iniziale dei CLS americani. La nascita dei critici britannici si potrebbe quasi considerare come una sorta di apertura di una “filiale esterna”, se non fosse che in seguito determinate differenze intellettuali si metteranno in evidenza⁸⁰: per esempio i britannici, al contrario degli americani, sono dominati da una corrente marxista – o “neomarxista” – e parlano apertamente di socialismo. La differenza più grande tra i critici dei due diversi continenti è però che di quelli americani si è dichiarata la morte.

⁷⁷ Cf. J. A. Pérez Lledò, *El movimiento Critical Legal Studies*, cit., p. 76.

⁷⁸ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London, Verso, 2015, p. 54.

⁷⁹ Cf. J. A. Pérez Lledò, *El movimiento Critical Legal Studies*, cit., p. 78.

⁸⁰ Per un maggior approfondimento, J. G. Stewart, “Demystifyng CLS: a Critical Legal Studies Family Tree”, cit., p. 129.

Sulla morte dei CLS si è scritto tanto, perché innanzitutto occorre stabilire se veramente siano “morti”, e quando. Il fatto è che i loro principali esponenti sono ancora vivi: Duncan Kennedy, Morton Horwitz e Roberto Unger, per esempio, sono stimati professori di Harvard e non hanno mai smesso di scrivere e di pubblicare riflessioni della stessa natura critica di mezzo secolo prima. Continua dunque ancor oggi una produzione CLS, e questa stessa tesi si basa su contributi molto recenti⁸¹. Per questo Stewart parla di una “prima morte”, e di un secondo filone CLS per identificare i lavori postumi⁸².

La prima morte dei Critical Legal Studies sarebbe da stabilirsi il primo dicembre 1995, data in cui esce un articolo della Harvard Law Record – un giornale studentesco – che si interroga sul silenzio dei CLS su alcuni temi, in particolare sul non essere intervenuti contro il nuovo piano universitario del nuovo *Dean*, Robert Clark, che era affiliato al movimento rivale “law and economics”⁸³. L’articolo è un’intervista a Kennedy e Horwitz, i quali entrambi si riferiscono ai CLS come “morti”, e una piccola risposta del *Dean Clark* che chiariva: “*non li ho uccisi io!*”. Dunque non si può ignorare questa data se i principali critici stessi dichiarano la morte del loro movimento, lo fanno ad Harvard e cioè nel “quartier generale” dei suoi principali protagonisti, e lo fanno di fronte ad una battaglia che sembra persa: suona proprio come una resa.

Bisogna dire che dopo l’esaurimento della stagione di protesta degli anni ‘70 i CLS avevano certamente perso un importante fattore propulsivo, e con

⁸¹ Vedi bibliografia.

⁸² Per la verità Stewart lo identifica col nome di “CLS3” perché considera il filone britannico con la denominazione “CLS2”; ai fini di questa tesi, che non parla del filone britannico, ho considerato opportuno non riportare tale denominazione per una maggior chiarezza espositiva.

⁸³ Si veda cap. I, 1., dove Horwitz parla dell’antagonismo tra CLS e il “Law and Economics”.

l'elezione di Ronald Reagan nel 1980 il clima culturale era radicalmente mutato. Assieme al neoliberismo avanzava nelle Università di diritto la “*law and economics school*”: il nemico più acerrimo per i critici, perché se per questi *il diritto è politica*, per i primi *il diritto è economia*⁸⁴. I CLS iniziarono a vacillare ad Harvard: basti pensare che nel 1987 furono rifiutati dei posti a David Trubek e Clare Dalton, membri storici dei CLS; cosa che fu vissuta come un attacco diretto⁸⁵. Che lo fosse o meno, i CLS subirono certamente una strategia di indebolimento nella quale, se da una parte gli si sbarravano le porte per non dare loro eccessivo potere nelle accademie, dall'altra venivano istituzionalizzati. Questo meccanismo è stato già descritto con le parole di Mark Tushnet, che aggiunge a riguardo:

Le accademie di diritto hanno accettato la nostra scuola in una forma indebolita, e con ciò ci hanno dato il senso di portare avanti un lavoro che incontra criteri di merito. Nel darci finora questo livello di legittimazione, l'accademia nello stesso tempo disinnescava l'esplosività politica delle posizioni che pensavamo di aver preso: essa rinforza la sua definizione di merito e ci dà un interesse nel mantenimento del sistema così com'è.⁸⁶

Per l'ex- segretario del movimento, i CLS alla luce di ciò sono destinati a rimanere un elemento nell'universo pluralistico delle università di diritto, “*ma nulla di più*”. Ammettendo che, in un certo senso, ciò mostra il successo del loro progetto: sviluppare un “luogo politico” a supporto della Sinistra nelle accademie di diritto. Forse questa sorta di “missione compiuta” ha tolto definitivamente ogni nuovo impulso al movimento, considerando anche quanto scriveva Kennedy già nel 1992:

⁸⁴ Come osserva acutamente Carrino in A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 23.

⁸⁵ Cf. J. G. Stewart, “Demystifying CLS: a Critical Legal Studies Family Tree”, cit., p. 143.

⁸⁶ M. Tushnet, “Critical Legal Studies: a Political History”, cit., p. 1540.

[Un periodo questo di] divisione e dissoluzione del vecchio nucleo, di cui una importante minoranza rifiuta al tempo stesso sia il postmoderno che le preoccupazioni degli “altri” di appartenenza multiculturale, preferendo alla vita talvolta troppo litigiosa del réseau lo sviluppo delle loro idee sulle riviste giuridiche accademiche.⁸⁷

Il vecchio gruppo che si attesta sulle proprie posizioni istituzionali, che polemizza con alcune nuove correnti critiche, che si divide e che vive l’isolamento di alcuni suoi membri storici, ma soprattutto che non produce alcun particolare concetto nuovo rispetto agli anni passati, giustifica sicuramente la dichiarazione della “prima morte” fatta da Kennedy e Horwitz nel 1995.

Da allora, nessuna “seconda morte” è intervenuta. Pur senza quella grande vitalità iniziale, e comprensibilmente immersi nel mito dei “bei tempi”, i “vecchi critici” continuano il loro lavoro intellettuale, anche con pubblicazioni importanti e particolarmente prolisse, cariche di proposte e di analisi approfondite. A titolo esemplificativo faccio l’esempio dei lavori di Roberto Unger, e in particolare la pubblicazione di “*False Necessity*” nel 2001, e della riedizione commentata di “*The Critical Legal Studies Movement*” nel 2015, dove – come vedremo – si spinge a lanciare alcuni “nuovi obiettivi” per il movimento.

Dopo la prima morte, non si può che augurare ai Critical Legal Studies lunga vita! Del resto, il compito di questa tesi è di dimostrare come essi abbiano ancora qualcosa da dire nella nostra più puntuale contemporaneità.

⁸⁷ D. Kennedy, “Breve storia dei Critical Legal Studies negli Stati Uniti”, cit., p. 642.

II. LE RAGIONI DI UNA CRITICA E LE PROSPETTIVE DELLA “IMMAGINAZIONE ISTITUZIONALE”

1. Tre critiche dei CLS. 1.1 La critica al legalismo liberale. 1.2 La critica ai giudici. 1.3 La critica totale 2. Il diritto come coscienza e la sua *mutua costitutività* con la società. 2.1 Il problema della democrazia e la immaginazione istituzionale.

1. Tre critiche dei CLS

1.1 *La critica al legalismo liberale*

Come si è già detto, i Critical Legal Studies concepiscono il proprio ruolo all'interno delle accademie alla luce della teoria per cui il diritto – che è *politica* - contribuisce alla costruzione della società e quindi può anche servire come leva di trasformazione di essa. “*Il mondo sociale è interamente costruito*” scriverà Tushnet⁸⁸. Si è sottolineato che in questo abbracciano un approccio di tipo volontarista, abbandonando il determinismo della teoria marxiana, di cui però condividono la visione del diritto come espressione di una classe dominante. Avendo a mente il discorso di Kennedy e Horwitz a Roma, si può anche capire come il campo di battaglia privilegiato, per una strategia “di sinistra”, diventino così le scuole di diritto: è qui che si forma la classe dirigente, è qui che si formano gli operatori giuridici che il diritto lo interpreteranno e lo faranno rispettare, è qui insomma che si forma veramente il diritto; specie in un paese di *common law*.

Non ci si deve dunque stupire se il lavoro dei CLS abbraccia così tante branche del sapere e vuole trattare i temi più disparati in maniera decisamente rivoluzionaria: loro operano dove “il sistema” viene concepito, dove “il sistema” riproduce se stesso⁸⁹, e dove quindi anche l’opera di un

⁸⁸ Cf. A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 39, nota 37.

⁸⁹ Si ricordi l’espressione usata da Horwitz nel cap. I, 1.: “*noi controlliamo i cancelli del Capitalismo*”.

Professore di diritto può innescare il cambiamento. Non ci si deve dunque stupire, in definitiva, se l'analisi dei CLS porta così a concepire una destrutturazione totale del “sistema dominante”, e ad immaginare metodi e meriti differenti.

Ma che cosa rappresenta “il sistema” per i Critical Legal Studies? Certamente il “legalismo liberale”.

Valentini ha giustamente posto la questione di *quale liberalismo* è considerato antagonisticamente dai CLS⁹⁰. Del resto la parola “liberalismo” può coprire significati differenti, e inoltre gran parte degli autori Critici non si presenta certamente come detrattrice totale del pensiero liberale, tanto magari da indicare prospettive sovietiche – che, ricordiamolo, in quegli anni erano proprie di una buona metà del Mondo. Anzi, da un punto di vista politico e valoriale i CLS si presentano costantemente come fautori di una sorta di “terza via”: attaccando le contraddizioni liberali da una parte, ma occupandosi anche di quelle del diritto sovietico⁹¹. Del resto i Critici concepiscono se stessi come “sinistra” di un sistema che vogliono rivoluzionare, ma per rendere effettive parole d'ordine del sistema stesso quali democrazia, uguaglianza, partecipazione, e libertà⁹².

All'interno dei CLS, chi si è occupato più di tutti del liberalismo e della sua critica, e lo vedremo meglio, è sicuramente Roberto Unger:

Il liberalismo va visto tutto d'un pezzo, non solo come una serie di dottrine sulla distribuzione del potere e della ricchezza, ma come una concezione metafisica della mente e della società. Solo così la sua

⁹⁰ Cf. C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, in G. Bongiovanni, G. Pino, C. Roversi (a cura di), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 511 ss.

⁹¹ Si veda per esempio il capitolo appositamente dedicato alla critica del sistema comunista in R. M. Unger, *Knowledge & politics*, New York, The Free Press, 1975, pp. 189 ss.

⁹² Si veda per esempio il concetto di “Empowered Democracy” in R. M. Unger, *False Necessity*, London, Verso, 2001.

vera natura può essere compresa, e il suo impero nascosto sovvertito⁹³.

Unger tenta continuamente nei suoi scritti di ricostruire l'integralità della dottrina liberale, per capire le relazioni di tutte le sue parti, per poi tentare di de-costruirla e prospettare un vero e proprio nuovo ordine ontologico⁹⁴. Sembrerebbe dunque che il "liberalismo" per i CLS sia sostanzialmente "la modernità", intesa come ideologia. È lo stesso Unger a chiarire che non è esattamente così: innanzitutto perché molte cose nel pensiero moderno sono irconciliabili con i principi liberali, poi perché nessun intellettuale – dice – *"accetta la teoria liberale nella sua integralità come la presento io (...) tanto che mi si può obiettare che io discuto una visione che nessuno ha mai sostenuto"*, infine perché le moderne scienze sociali sono andate ben oltre le idee liberali iniziali⁹⁵.

Sembrerebbe a questo punto che la critica al liberalismo dei CLS – che in Unger, come vedremo, diviene "critica totale" – sia una critica ai mulini a vento: la battaglia contro un nemico appositamente immaginato come tale, ma che nella realtà non esiste. Questo tipo di "critica ai Critici" infatti non è stata risparmiata⁹⁶, ma quello che i CLS veramente fanno – nel loro lavoro decostruttivo – è andare a scovare le premesse metafisiche e ontologiche di ogni istituto giuridico, e queste premesse affondano le loro radici nelle varie declinazioni dell'ideologia liberale. L'operazione che compie Unger nei suoi lavori è mettere insieme tutte queste premesse per ri-costruire una sua unicità da criticare poi *totalmente*, ma quello che tutti i Critici fanno è proprio indagare quella che viene chiamata la "struttura profonda" del diritto, che è di natura ideologica. Trovano in essa il loro nemico: è agendo su questa che si può cambiare il diritto, e dunque la società.

⁹³ R. M. Unger, *Knowledge & politics*, cit., p. 6.

⁹⁴ Sull'ontologia dei CLS, cf. C. Valentini, "I Critical Legal Studies", cit.

⁹⁵ Cf. R. M. Unger, *Knowledge & politics*, New York, The Free Press, 1975, p. 8.

⁹⁶ Cf. I. Pupolizio, "I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale", cit., p. 241-245. E cf. anche C. Valentini, "I Critical Legal Studies", cit., p. 514-515.

Per “legalismo liberale” i Critical Legal Studies dunque intendono quel particolare “costrutto intellettuale” che è composto da un insieme di concezioni interconnesse:

L’idea che il diritto possa essere *isolato* da altre forme o strumenti di controllo sociale; l’idea che esso sia costituito da regole che determinano la propria sfera applicativa e sono il prodotto di meccanismi di produzione normativa *legittimi* e *imparziali*; l’idea che, date tali premesse, si possa garantire la *certezza del diritto* e il governo delle leggi (*rule of law*)⁹⁷.

Il liberalismo qui è presentato proprio come una “struttura profonda”, fatta di idee mainstream che si sono sedimentate nel corso della storia e che appartengono a pensatori come Locke, Hume, Rousseau, Spinoza; questa “struttura profonda” pretende di tenere insieme – in chiave individualista - aspetti della realtà che spesso sono in conflitto, creando così irrimediabili contraddizioni e paradossi. Per esempio, quelli che si generano pretendendo di tenere insieme il concetto di autonomia dell’individuo e i vincoli sociali. Anzi, su questo esempio è possibile per i Critici individuare una vera e propria “contraddizione fondamentale”, che si può spiegare in tre modi:

[La contraddizione] 1) tra l’accettazione di regole rigide meccanicamente applicabili quale forma più appropriata per la risoluzione delle controversie (un meccanismo giuridico strettamente connesso, nel pensiero giuridico tradizionale, con l’individualismo e l’idea della “fiducia in se stessi”) e l’accettazione di *standards* attenti alla situazione concreta (Kennedy) 2) tra l’idea secondo cui i valori o desideri sono arbitrari, soggettivi, individuali (mentre i fatti o la “ragione” sono oggettivi e universali) e l’idea secondo cui non possiamo conoscere oggettivamente verità sociali ed etiche (Unger) 3) tra un discorso intenzionalistico, nel quale l’azione umana è

⁹⁷ Corsivo mio; C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, cit., p. 512.

considerata come il prodotto della volontà individuale che si autodetermina, e un discorso deterministico nel quale l'attività dei singoli non merita né rispetto né condanna perché essa non è altro che il risultato della struttura esistente⁹⁸.

Il risultato del ragionamento lo spiega Valentini:

Il principale limite di questa visione, per i Critici, starebbe nel fatto che ci restituisce un'immagine della realtà sociale costruita solo intorno a due elementi – l'individuo e le regole che lo vincolano – ma trascura lo sfondo su cui prendono forma le azioni e le scelte individuali, dalle inter-relazioni tra i diversi ambiti della realtà sociale alle varie forme di coscienza pratica condivisa, dalle entità alla intenzionalità sovraindividuali⁹⁹.

Insomma, alla fine il liberalismo – per i CLS - finisce per negare la realtà, sovrapponendo il suo “velo di Maya” di finzioni, da squarciare con la decostruzione critica. Come in buona parte si è già accennato, i CLS portano avanti la loro opera attingendo da concetti che prendono dal realismo giuridico, dalla teoria marxista della Scuola di Francoforte, da Max Weber a Gramsci e allo strutturalismo, fino al costruzionismo sociale, Foucault e Derrida¹⁰⁰.

Un esempio concreto, e radicale, di critica al legalismo liberale lo riporta Carrino citando la critica di Karl Klare al “sistema dei diritti”¹⁰¹. Esso è una sorta di “patologia” della pratica politica liberale per tre motivi. Innanzitutto i diritti operano unicamente attraverso la “coscienza dei diritti”: l'individuo deve essere consapevole di averli, e deve conoscerli nel loro contenuto,

⁹⁸ A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 20-21.

⁹⁹ C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, cit., p. 514.

¹⁰⁰ Per un approfondimento, cf. C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, cit., p. 516.

¹⁰¹ Cf. A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, cit., pp. 48-49.

avendo a mente quello che può-e-non-può fare, ma acquisendo così una determinata “coscienza” sociale. Torneremo più avanti su questo concetto; per ora va sottolineato che – ed è il secondo punto – questa coscienza “imprigiona” le relazioni intersoggettive nei precisi confini di questi diritti. Di questo meccanismo voglio offrire un esempio e una contraddizione liberale.

Esempio: il matrimonio – il “diritto di sposarsi” – non solo varia a seconda degli ordinamenti giuridici, facendo variare il tipo di relazioni intersoggettive che i cittadini possono avere tra loro (ci si può sposare solo ad una certa età, non ci si può sposare con persone dello stesso sesso, o quando ciò è permesso le coppie omosessuali non hanno le stesse possibilità delle altre), ma a ben pensarci il concetto stesso di “matrimonio” vincola le persone in una determinata relazione intersoggettiva: presuppone un legame di due sole persone, presuppone che esse vogliano essersi “reciprocamente fedeli” e che vogliano costituire un nucleo familiare, e se vogliono farlo pretende che queste persone decidano ad un certo punto della loro vita di dichiararsi “amore eterno” di fronte allo Stato. Ecco ora la contraddizione: il legalismo liberale presuppone l’individuo come completamente libero nella sua autonomia privata, ma dall’altra parte concepisce il “sistema dei diritti” secondo il quale la libertà dell’individuo dipende unicamente dall’*avere* questi diritti: e chi glieli dà? Al contrario di quanto l’ideologia liberale voglia far credere, i diritti sono di fatto un sistema chiuso e determinato di “concessioni” che lo Stato fa all’individuo, e storicamente quasi sempre dopo una certa contrattazione collettiva. Eppure, è proprio questa dimensione comunitaria ad essere esclusa da un sistema che invece viene sempre declinato solo in maniera individualista:

[O] i diritti esistono allo scopo di proteggere l’individuo dall’esercizio illegittimo del potere, [oppure, in una concezione del *Welfare State*] i

diritti sono intesi come autorizzazioni a partecipare ai vantaggi che scaturiscono dall'esercizio [di questo] potere. [Ciò che è escluso] è la possibilità di concepire la libertà umana come auto-espressione e crescita di sé attraverso la comunità¹⁰².

Una concezione che, sempre per Klare, porta a concepire la libertà solamente come “o la fuga dalla comunità o come la partecipazione prudente, limitata, alla comunità al solo fine di raggiungere degli obiettivi”.¹⁰³ Per i CLS infatti l'esperienza dei diritti è sempre un'esperienza di antagonismo (Stato-cittadino) e mai di cooperazione e solidarietà: allontanano gli uomini e le donne tra di loro, e legittimano lo *status quo*. Carrino riporta a tal proposito un brano di Peter Gabel e Paul Harris che merita di essere citato per intero:

L'appello ai diritti afferma che la fonte del potere sociale risiede nello Stato piuttosto che nella gente (...). Concedendo nuovi diritti che sembrano difendere le pretese degli individui e dei gruppi che li affermano, lo Stato può riuscire nel tempo a cooptare le richieste più radicali dei movimenti “rilegittimando” lo *status quo* attraverso l'artificiosa manipolazione della dottrina giuridica (...). Il punto non è solo che la *right-consciousness* implica in sé la necessità dell'antagonismo sociale (in quanto i diritti vengono di norma affermati contro altri). Il punto è che questo stesso modo di pensare sulla gente implica una bizzarra astrazione delle esperienze che ognuno fa degli altri come soggetti esistenti qui e ora nel mondo. Un approccio alternativo alla politica basata sulla risoluzione dei contrasti attraverso la compassione e l'empatia presupporrebbe che la gente può impegnarsi nella discussione e nell'azione politica fondata su un mancato riconoscimento reciproco come esseri umani, invece di concepire il regno politico come contesto dove un astratto “soggetto giuridico” si confronta con un altro¹⁰⁴.

¹⁰² A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, cit., p. 49.

¹⁰³ A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, cit., pp. 48-49.

¹⁰⁴ A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, cit., p. 49.

In conclusione, Carrino osserva che per i CLS tutte queste “contraddizioni” del legalismo liberale pervadono capillarmente tutte le controversie giuridiche, e non esiste un caso “semplice” da decidere, perché ogni caso porta con sé delle premesse contraddittorie, e perché ogni caso è coinvolto nel perenne conflitto dei gruppi sociali tra loro. Come ebbe a dire Kennedy: “*gruppi sociali organizzati creano diritto per tutto il tempo, in lotta con altri gruppi sociali organizzati*”¹⁰⁵. È allora contro i giudici che si sposta la critica al legalismo liberale, e in particolare contro la loro pretesa di essere *imparziali*. Vediamola meglio.

1.2 *La critica ai giudici*

Indagheremo questo aspetto ancora dal punto di vista di Duncan Kennedy. Abbiamo visto come egli sia tra i principali fondatori del movimento – anzi forse “il principale”, considerando anche che il contenuto della prima lettera di convocazione fu proprio lui a scriverlo¹⁰⁶. I suoi interventi sono la miglior dimostrazione dello spirito con cui i CLS si approcciavano al dibattito: in maniera provocatoria, utilizzando l’ironia come espediente retorico, e con grande creatività. Questo atteggiamento, comune ai Critici ma ben visibile negli scritti di Kennedy, costò a loro l’accusa – proveniente dagli altri ambienti accademici - di essere dei “barbari dottrinari”¹⁰⁷ e dei “nichilisti”¹⁰⁸: non solo nel contenuto, ma anche nella forma erano lontani anni luce dalla normale pratica accademica. Ma mentre il suo collega Roberto Unger, come vedremo tra poco, nei suoi scritti insegue grandi ambizioni filosofiche, e lo fa con un linguaggio molto evocativo e ridondante, Kennedy è interessato a questioni più pratiche, e le affronta con

¹⁰⁵ Cf. A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, cit., pp. 21-22.

¹⁰⁶ Cf. J. A. Pérez Lledò, *El movimiento Critical Legal Studies*, cit., p. 51, nota 44.

¹⁰⁷ Si veda cap. I, 2.1.

¹⁰⁸ Cf. I. Papolizio, “I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale”, cit., p. 206.

un linguaggio molto diretto e a tratti addirittura scherzoso.

Un accenno doveroso si deve al lavoro di Kennedy che è più citato nelle fonti sui CLS¹⁰⁹, e cioè quello che apparve tra le pagine della “Harvard Law Review” nel 1976: *Form and Substance in Private Law Adjudication*¹¹⁰. La tesi è la seguente: nel discutere la “realizzabilità formale” delle norme giuridiche, e cioè il grado di regolarità con il quale esse vengono applicate a prescindere dai loro scopi, se ne distinguono di due tipi: le regole e gli standard. Le prime sono quelle che offrono nei destinatari una maggiore certezza (es: obbligo di fermarsi col rosso), ma in alcuni casi saranno difficilmente adattabili al caso concreto non adempiendo al loro scopo (es: un’ambulanza passa col rosso). I secondi favoriscono una maggiore aderenza al caso concreto, e incoraggiano un rispetto sostanziale della legge e non solo formale (es: “una misura di incertezza su quando un giudice troverà una rappresentazione fraudolenta, o su quando la dichiarerà tale, può incoraggiare la franchezza e l’onestà¹¹¹). Il problema degli standards è però che concedono al giudice una grande discrezionalità, che può sconfinare nell’arbitrio, e restituisce una grande incertezza delle leggi. Anche a livello di approccio accademico *regole* e *standars* sono contrapposti: le prime presuppongono una visione scientifica del diritto (in senso puramente normativo), i secondi fanno appello alla sociologia.¹¹²

Per Kennedy però la scelta dei due strumenti giuridici non è neutrale, ma la coinvolge uno scontro “*ad un più profondo livello di contraddizione (...) tra irrinconciliabili visioni dell’umanità e della società*”: lo scontro tra

¹⁰⁹ Lo fanno tutte le fonti sui “CLS in generale” riportate in questa tesi.

¹¹⁰ Ne fa una sintesi Pupolizio, in I. Pupolizio, “I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale”, cit., p. 229.

¹¹¹ Sono le parole di Kennedy; cf. I. Pupolizio, “I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale”, cit., p. 230, nota 48.

¹¹² Lo osserva Carrino in A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p.127.

individualismo e altruismo. Mentre le regole *tendenzialmente* difendono una visione individualista, gli standards *tendenzialmente* guardano all'altruismo. Le prime si basano sulla concezione individualista secondo cui "*la gente dovrebbe voler accettare le conseguenze delle sue proprie azioni*": le regole per definizione sono conoscibili in anticipo, e chi non le rispetta se ne assume la responsabilità individuale. Esse si basano sul principio della soggettività dei valori. Gli standards invece si basano sui valori condivisi da una comunità (si pensi al concetto di *buon padre di famiglia*¹¹³), guardando allo "scopo sostanziale" della regola, e possono *bilanciare* le regole nella protezione di un interesse concreto e sociale (attraverso l'*equità* o la *buona fede*): un testamento redatto da una certa persona di proprio pugno, è sempre il suo testamento, anche se manca la regolare firma. Osserva però Pupolizio:

Che si tratti per l'individualista di trovare un contenuto alla libertà che vada oltre la mera "razionalizzazione dell'indifferenza", o per l'altruista di spiegare come il superamento della soggettività dei valori possa non condurre alla tirannia, entrambe le posizioni contengono al loro interno dei "punti di arresto"¹¹⁴.

Kennedy infatti pensa che non sia possibile trovare una "via d'uscita" tra il conflitto delle due posizioni – come del resto lo è il conflitto tra individualismo e altruismo all'interno di ogni persona. Quello che egli intendeva fare è dimostrare come gli standards servissero a mitigare le regole, generalmente riconducibili all'individualismo liberale, promuovendone l'utilizzo pratico.

Debitamente omaggiato questo famoso contributo di Kennedy al dibattito,

¹¹³ Il quale sarebbe criticato dai Critici in quanto concetto di impostazione patriarcale, ma che in quanto *standard* diventa obsoleto nel momento in cui tale concetto "valoriale" non è più condiviso nella società. Un esempio di come non sempre i "valori comuni" sono progressisti.

¹¹⁴ I. Pupolizio, "I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale", cit., p. 233.

voglio ora riportare il contenuto di un altro suo saggio, che presenta le note stilistiche descritte prima e che rappresenta una critica a tutto tondo sull'operato dei giudici: *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*¹¹⁵. Qui Kennedy indaga come l'ideologia politica sia destinata irrimediabilmente ad influenzare le sentenze, volendo però dimostrare che “un'attività giuridica orientata ideologicamente è in realtà diversa da un'attività legislativa orientata ideologicamente”¹¹⁶.

Egli parte precisando che certamente i giudici alle volte possono essere costretti a decidere delle sentenze contrarie alle loro idee di politica del diritto, perché vincolati dai fatti o dalla legge, eppure essi puntano sempre *retoricamente* a considerare le loro decisioni come delle *necessità giuridiche*, che prescindono dall'ideologia. Perché? Kennedy vuole spiegarlo, dimostrando invece che i giudici sono davvero degli “attori ideologici” e vuole chiedersi come ciò incida sulla legge.

Definisco ideologia il progetto universalizzante di un'intelligenza che si considera come agente “per” un gruppo i cui interessi sono in conflitto con quelli di altri gruppi. *Liberalism* e *conservatorism*¹¹⁷ sono degli esempi fondamentali dell'ideologia americana. Un dato importante è che hanno una struttura generale e argomentazioni molto simili, tanto che la loro differenza consiste nel modo in cui i loro elementi caratteristici vengono spiegati o “comunicati” in merito a una serie di problemi¹¹⁸.

¹¹⁵ D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, su: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Comportamenti%20Strategici%20nell'Interpretazione%20del%20Diritto.pdf>

¹¹⁶ Le sottolineature sono le mie; vorrei sottolineare come quest'osservazione si colleghi molto bene al discorso fatto da Rodotà nel cap. I, 1.

¹¹⁷ Il traduttore del brano, Jean-Pierre Bouerdick, ha evidentemente voluto mantenere i termini in inglese perché Kennedy qui si riferisce espressamente ai “conservatori-e-liberali” dei due principali partiti USA: il Partito Repubblicano e il Partito Democratico.

¹¹⁸ D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, cit., p. 230.

I giudici, come si sa, svolgono il loro lavoro colmando con l'interpretazione le lacune e le ambiguità della struttura delle norme giuridiche esistenti, giustificando le proprie soluzioni con tutto un repertorio di argomenti giuridici; ma innanzitutto l'ideologia influenza le decisioni giudiziarie tramite la compenetrazione tra il linguaggio di questa specifica attività tecnica-retorica e la comune retorica politica. E che cos'è la politica se non una lotta tra parti¹¹⁹? Ebbene: se gli avvocati ritengono legittimo sviluppare le loro risorse tecniche-retoriche a favore dei loro clienti, perché invece le risorse tecniche-retoriche dei giudici - si dice - difendono null'altro che la "giustizia" imparziale? Si dirà che, certo, la legge del legislatore - di creazione politica - è una legge *di parte*, e che il giudice ha il compito di applicare una legge di parte *imparzialmente*; ma Kennedy nel suo saggio vuole dimostrare che "*è sempre possibile per il giudice adottare un atteggiamento strategico nei confronti dei fatti, cercando di dar loro un diverso significato*". Per "atteggiamento strategico" si intende proprio un atteggiamento volto ad una strategia ideologica, di parte. Ma subito una precisazione:

Non è *mai necessario* che il giudice faccia questo, e *mai certo* che riesca nel suo tentativo. Infine, *non è normalmente possibile* sapere se una particolare decisione si sarebbe rivelata diversa, come esito di una particolare strategia di lavoro adottata dal giudice, se avesse prescelto quale altra strategia. (...) Per quanto sia sempre possibile manipolare, si può fallire l'obiettivo che si vuole raggiungere¹²⁰.

Per Kennedy però, questi "casi di riuscita del comportamento strategico" sono frequenti, e descrive tre tipi di "agende ideologiche" che i giudici perseguono strategicamente.

¹¹⁹ Organizzata, appunto, in *partiti*.

¹²⁰ D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, cit., p. 234.

La prima è quella del *giudice attivista vincolato*:

Questo giudice non ha alcuna intenzione di disobbedire al diritto. Ciò che lo rende un attivista vincolato è che investe buona parte del suo tempo e della sua energia nell'elaborare un'interpretazione giuridica diversa da quella che per prima sembrava essere la migliore. Egli opera in tal modo ogniqualvolta il diritto gli appaia "*tropo liberal*"¹²¹.

Si tratta di un giudice mosso da un movente extra-giuridico, che lavora per stabilire una soluzione che egli preferirebbe se fosse il legislatore.

A tal fine il giudice è stato tutto fuorché neutrale, per quanto riguarda l'utilizzo delle sue risorse: ha speso molto tempo per inventare una strategia, a scartabellare nei libri, a esaminare tutta la disparata varietà di dati che gli potessero tornare utili nella costruzione dei suoi argomenti¹²².

Kennedy però non descrive un giudice "disonesto intellettualmente": questi nel suo lavoro prende di continuo in considerazione le obiezioni contrarie, e accetta in buona fede il "rischio" di persuadersi di un'altra posizione, e in quel caso sarebbe ben contento di stilare una conclusione che spieghi come il diritto "*esiga*" una tal conclusione, benché lontana dalle sue convinzioni. Questo giudice però ha comunque un "progetto" preciso, e l'applicazione di una regola opposta sarebbe una sconfitta dal suo punto di vista. Dunque il saggio, sottolineando che "*molti giudici sono attivisti vincolati*", precisa che essi compiono un importante lavoro di produzione del diritto, e che i risultati a cui pervengono i giudici *attivisti vincolati* di tendenza conservatrice, sono diversi da quelli di tendenza *liberal*: perché è diverso il

¹²¹ D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, cit., p. 235.

¹²² D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, cit., p. 236.

modo in cui essi utilizzano le energie interpretative.

Il secondo tipo di giudice è il *giudice mediatore*:

Il giudice mediatore è interessato più alla struttura della regola che alle singole parti in causa. Ciò che io intendo con l'espressione "mediare fra posizioni diverse" è la scelta di privilegiare una formulazione della regola, una interpretazione (e non una delle parti in causa) che è "moderata" dal punto di vista ideologico¹²³.

Il mediatore "è controllato dall'ideologia", proprio perché si impegna ad astenersi da qualsiasi impegno ideologico, mediando tra le posizioni ideologiche "di altri", e venendo così guidato indirettamente da queste, attraverso la formulazione di proposte che lui rifiuta proprio perché vuole categoricamente trovare una soluzione intermedia.

Il terzo tipo è invece il *giudice bi-polare*, che possiede entrambi i tratti degli altri due:

In alcuni casi egli lavora duramente al fine di sviluppare una posizione *liberal* forte, assomigliando così a un attivista vincolato. In circostanze diverse egli adotta una posizione altrettanto forte in senso conservatore, ancora come un attivista vincolato, ma di preferenze opposte al primo. (...) Ciò che rende bi-polare questo giudice è che ha una coerente tendenza ad alternare le ideologie nel corso del tempo. Immaginiamo, banalmente, che un avvocato si presenti (in giudizio) davanti a lui con una causa piena di contenuti ideologici, nel momento in cui il giudice ha assunto in una serie ininterrotta di casi una posizione *liberal*. Vi sono molte più probabilità che in questo caso il giudice sostenga un'interpretazione d'ispirazione conservatrice¹²⁴.

¹²³ D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, cit., p. 238.

¹²⁴ D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, cit., p. 239.

Questo giudice si vuole costruire un'immagine di mediatore *indipendente*, ma invece di trovare sempre la soluzione intermedia tra due ideologie come fa il *giudice mediatore*, il giudice *bi-polare* le alterna consapevolmente: “*l'indipendenza finisce per essere un'altra forma di compromesso*”.

A questo punto Kennedy si ferma, e spiega le idee fondamentali che derivano dalla descrizione che ha compiuto:

a) che un cambiamento ideologicamente motivato del sistema legislativo è moderato, tutte le volte che il sistema debba essere elaborato giudizialmente dalla reciproca opposizione di attivisti vincolati, di mediatori e bi-polari; b) che gruppi dell'intelligenza *liberal* e conservatrice sono messi in condizioni, attraverso *l'adjudication*, di incidere su parti della struttura della regola giuridica con un'influenza che quei gruppi non potrebbero esercitare attraverso il potere legislativo, e che c) il rinnegamento della presenza dell'ideologia nell'*adjudication* produce un diffuso effetto legittimizzante¹²⁵.

Benché egli abbia affidato questi suoi tre punti ad una nota, li cito perché li considero importantissimi per il discorso di questa tesi. Qui Kennedy accenna al “problema democratico” che approfondiremo nelle prossime pagine: non importa chi fa le leggi, se il sistema rimane così com'è, qualsiasi contenuto legislativo può essere gravemente depotenziato e sviato; chi interpreta le leggi e le fa rispettare ha potenzialmente un potere maggiore di chi le crea; in definitiva, anche la legge più rivoluzionaria non sortirebbe gli effetti sperati in un sistema che rimane tale. Qui si coglie la caratteristica forse più intrinseca del “legalismo liberale”: il mantenimento dello *status quo*, che passa da una sua legittimazione proprio negando che il

¹²⁵ D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, cit., p. 241, nota 3.

lavoro di *adjudication* possa avere un qualsiasi contenuto ideologico.

Anzi, Kennedy usa più precisamente il termine “rinneamento”, facendo esplicito riferimento alle teorie di Freud¹²⁶, volendo dare ai comportamenti dei giudici – che spesso sono “in buona fede” - una vera e propria spiegazione psicologica:

Ho avuto modo di conversare, per così dire in privato, con tre raffinati giudici attivisti vincolati, due dei quali *liberal* e uno conservatore. I due *liberal* rinnegavano, alla maniera di Cardozo, che l’ideologia giocasse un qualche ruolo nelle loro decisioni, sebbene fossero completamente d’accordo che i ragionamenti tecnici sono spesso indeterminati, che la politica esercita costantemente il suo influsso, che essi stessi sono percepiti come giudici *liberal* e spesso come “faziosi” e che i *liberal*, e non i conservatori, avevano appoggiato le loro più importanti iniziative giudiziali. Entrambi dicevano di aver cercato di modellare il diritto “in risposta allo sviluppo della società”. Essi pensavano che risposte *liberal* a problemi socio-giuridici – quali la responsabilità per danni da prodotti o i rapporti proprietari-locatari – corrispondessero meglio ai “bisogni” sociali di quanto non fossero quelle dei conservatori, e perciò avevano scelto quelle risposte, riconoscendo umilmente che potevano aver torto¹²⁷.

Kennedy osserva che tale dichiarazione può essere solo espressione di malafede, o di rinneamento psicologico, perché quanto affermato dal giudice fa parte delle normali operazioni politiche di *liberal* e conservatori, che appunto si impegnano a creare regole che considerano rispondenti proprio alla “evoluzione della società e dei suoi bisogni”:

¹²⁶ In particolare, ampi spazi nel saggio sono dedicati ad Anna Freud. Si ricordi quanto affermato da Kennedy nel suo discorso descritto nel cap. I, 1.1, sulle influenze “freudiane” della sinistra americana.

¹²⁷ D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell’interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, cit., pp. 252-253.

Ciò che li divide, ideologicamente, è che possiedono interpretazioni differenziate molto nettamente su “società”, “evoluzione”, e “bisogni”¹²⁸.

Dunque i giudici sono in un “*vicolo cieco*”. Hanno un senso di giustizia che – come dimostrato – non può che essere ideologico: il termine stesso di “giustizia” assume un significato che solo l’ideologia gli può dare. Qual è allora la via di uscita? Per Kennedy, l’unica sarebbe la “decisione casuale”, che viola la definizione di “giustizia secondo diritto” ancor di più di una “giustizia secondo ideologia”. Il rinnegamento rimane allora l’unico rifugio, per i giudici stessi e per la società, che vuole credere ai “giudizi scevri di ideologia” perché altrimenti ciò “*provocherebbe un’ansia dovuta alla centralità dei giudici nel sistema politico*” e perché scardinerebbe completamente le sicurezze del vivere sociale.

Dove vuole andare a parare allora Kennedy? Ancora una volta, al ruolo dei critici:

Penso in verità che noi critici dovremmo affermare orgogliosamente l’analogia tra le nostre analisi dell’ideologia nell’*adjudication* e la tradizione freudiana che scova moventi sessuali laddove la maggior parte della gente si preoccupa di celarli¹²⁹.

Effettivamente, queste teorie freudiane sono oggi famose: quasi tutti sono d’accordo nel dire che esse riflettano la “natura umana”, e che gli impulsi sessuali sono tra i principali moventi delle nostre azioni. Eppure ciò non viene continuamente tenuto in considerazione nella vita di tutti i giorni: come si potrebbe fare diversamente?

¹²⁸ D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell’interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, cit., p. 253.

¹²⁹ D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell’interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, cit., p. 274.

1.3 *La critica totale*

Veniamo ora al pensiero critico di colui che si potrebbe definire come “il più radicale” dei CLS: Roberto Mangabeira Unger. Per “radicale” intendo quella sua attitudine ad affrontare le questioni alla loro radice, e cioè indagandone l’aspetto filosofico - in senso molto lato - fino a ricomprendere questioni di metafisica e addirittura di religione. Tutto questo Unger lo fa con una creatività e una capacità di “pensiero laterale” che io giudico affascinanti, e che sicuramente non possono non catturare l’attenzione del lettore. Le sue opere, soprattutto libri – e di una certa lunghezza – sono un continuo inno all’immaginazione giuridica; quella che lui stesso definisce come “immaginazione istituzionale”¹³⁰: la capacità, come vedremo meglio, di immaginare un assetto giuridico diverso all’esistente.

Unger infatti è quello che nei CLS tenta continuamente di dare un risvolto politico-pratico alla critica: è quello che si preoccupa di più di disegnare prospettive sociali a tutto tondo, dalla forma Stato alla concezione ontologica del sé, dalle prospettive comunitarie ai meccanismi di mercato, e tutto questo passando spesso da una lunga analisi storica. In questa maniera Unger non si risparmierebbe delle critiche: perché un filosofo che ha l’ambizione di disegnare teorie-totali al pari di Marx, Weber, Kant, e gli altri più grandi, è così scarsamente considerato nel dibattito filosofico? Se lo chiese, per esempio, William Ewald sullo *Yale Law Journal*¹³¹, in un articolo di critica senza esclusione di colpi alle teorie di Unger, che sarebbero – detta in italiano – “tanto fumo e poco arrosto”. Ewald dice che il filosofo dei CLS è addirittura paragonato, dai suoi seguaci, a Spinoza, Dante e Virgilio: e le rivendicazioni di Unger stesso non sono mai state particolarmente modeste,

¹³⁰ Cf. per esempio R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London, Verso, 2015.

¹³¹ Cf. W. Ewald, “Unger's Philosophy: a Critical Legal Study”, in *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 5, April 1988, pp. 665-756.

eppure nessun studente di filosofia ha mai preso seriamente le sue teorie. Questo perché – dice Ewald – sono piene di grandi difetti, a cominciare dalla critica ad una visione del liberalismo costruita “ad hoc”, ma che non corrisponderebbe al reale. A riprova di una certa superficialità, ci sarebbe anche il fatto nel 1975 Unger scriveva il suo primo libro – *Knowledge and Politics*¹³²- concentrandolo tutto sulla critica al liberalismo, mentre anni dopo, pur rimanendo nel solco delle sue teorie, egli definisce il suo programma “super-liberalista”¹³³.

Si è già spiegato poc’anzi come il “liberalismo” nei CLS sia quella “struttura profonda” che essi mirano a portare alla luce: non è un “nemico costruito” ma un “nemico rivelato”. Se un certo evolversi del pensiero liberale ha sedimentato nella coscienza collettiva determinate idee, il ruolo dei Critici è contestarle: quello di Unger prospettare di nuove. E queste nuove idee, come pure si è osservato, vogliono alla fin fine rendere effettivi alcuni principi del liberalismo. Lungi da me fare un paragone troppo azzardato, vorrei considerare che un’operazione del genere non è nuova nella storia del pensiero: i principi del “Socialismo liberale” di Carlo Rosselli – enunciati nell’omonimo libro¹³⁴ – rappresentano un esempio di come si può considerare la critica “di sinistra” al liberalismo un modo per rendere effettivi i principi del liberalismo stesso.

Si è visto infatti come i CLS riescano a demolire la falsa immagine dei giudici imparziali e della “*rule of law*”, ma a questa immagine essi non propongono certamente di sostituire quella dei tribunali del popolo... Questa palese mancanza di una valida proposta alternativa permette di fare

¹³² R. M. Unger, *Knowledge & politics*, New York, The Free Press, 1975.

¹³³ Cf. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit., cap. 5.

¹³⁴ “*Il Socialismo è Liberalismo in azione*” è l’estrema sintesi del pensiero di Rosselli in C. Rosselli, *Socialismo Liberale*, Liber Liber, 2008.

ai Critical Legal Studies una domanda mortale: *il legalismo liberale è contraddittorio, e allora*¹³⁵? Forse è proprio la sua estrema adattabilità ad ogni caso concreto ad essere il suo punto di forza: tanto che qualsiasi alternativa è peggiore. Come ho detto, il lavoro di Unger sembra principalmente rivolto a dimostrare che non è vero che “*non esiste alternativa*”; e penso che si debba valutare l’importanza del suo contributo specialmente da questo punto di vista. Un contributo che nasce da quello che io definirei un singolare “approccio mentale” alle questioni: egli cerca di rompere “le catene” di un certo sistema concettuale-mentale, cercando di trascendere dal contesto in cui siamo immersi, per immaginare soluzioni percorribili che prima non si sarebbero considerate. Mi si permetta di fare un paragone audace, ma quanto mai efficace: è un po’ come quando la fine di un amore con una persona ne mette in luce i difetti; difetti che prima non si vedevano, o si faceva finta di non vedere. Il precedente sistema concettuale-mentale rispetto a quella persona si è rotto, e così fioriscono nuove idee (e un nuovo sistema). In un certo senso, la fine di una relazione è proprio il risultato di una “critica totale”. Questo meccanismo Unger lo descrive nell’introduzione di *Knowledge and politics*:

Nella sua idea del sé e della società, come in tutti gli altri suoi sforzi, la mente va dalla padronanza alla schiavitù. Da un movimento irresistibile, che imita l’attrazione esercitata dalla morte sulla vita, il pensiero usa ripetutamente gli strumenti della propria libertà per legarsi in catene. Ma ogni volta che la mente rompe le sue catene, la libertà che ottiene è maggiore di quella che aveva perso, e lo splendore del suo trionfo supera la miseria della sua precedente sottomissione. (...) La padronanza del pensiero è il segno di periodi in cui una nuova serie di idee è introdotta da uomini incapaci di risolvere particolari problemi nei differenti campi della conoscenza. Essi hanno scoperto che questi problemi sono connessi l’uno all’altro. Quindi

¹³⁵ Su questo tema per esempio si è mosso Hunt; cf. I. Pupolizio, “I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale”, cit., pp. 141 ss.

trovano la fonte del loro sconcerto nelle premesse che sono alla base delle discipline entro cui confini hanno lavorato. Alla fine, stabiliscono un nuovo sistema di pensiero che spazza via le difficoltà che hanno affrontato. (...)

C'è così una stretta relazione tra le due caratteristiche dell'era delle scienze specializzate: la revisione delle idee classiche e il continuo ritorno ad esse. Le scienze sono semplicemente critiche parziali alla teoria classica. È questa parzialità della loro critica, più che la critica di per sé, che separa le scienze tra di loro e le schiavizza alla teoria da cui esse si immaginano già libere. Il completamento di ciascuna delle critiche parziali richiede una critica totale al pensiero classico. La critica totale deve iniziare con uno sforzo per riportare alla luce quel sistema. (...)

La critica totale nasce dall'incapacità delle critiche parziali di raggiungere i loro obiettivi e dal desiderio di affrontare le difficoltà che le stesse critiche parziali producono. È in questa maniera che questo lavoro (*Knowledge and Politics*, nda) è stato concepito. Avendo rivolto la mia mente a certe questioni di giurisprudenza a me familiari, ho scoperto presto che queste erano così strettamente legate le une con le altre che la risposta a qualsiasi di essa avrebbe dato la risposta di tutte¹³⁶.

In Unger dunque la critica al liberalismo si fa “totale”¹³⁷, e diviene un importante punto di riferimento per gli altri critici che sul solco dei suoi temi svilupperanno poi i loro. Egli del liberalismo critica innanzitutto la tesi epistemologica: la separazione tra teoria e fatto. Poi la “psicologia liberale”: quel dualismo della personalità nel suo antagonismo tra ragione e desideri, e l'arbitrarietà di questi ultimi. Infine la conseguente teoria della società: la distinzione tra norme (ragione) e valori (desideri). In *Knowledge and*

¹³⁶ R. M. Unger, *Knowledge & politics*, cit., pp. 1-3.

¹³⁷ Per una sintesi di questo tema, cf. I. Pupolizio, “I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale”, cit.

Politics Unger stesso sintetizza così il percorso della sua critica, in un passo che merita di essere riportato per intero perché fa meglio comprendere la portata delle sue teorie:

In primo luogo, un gran numero di punti di vista sulla conoscenza – l’epistemologia, la natura umana (psicologia in senso stretto) e la morale (etica) – che condividiamo nella nostra esperienza quotidiana e utilizziamo nei nostri studi sociali, possono essere spiegati da un numero molto più piccolo di principi, premesse, o postulati di quanto comunemente si pensi. Li tratterò sotto il nome di “psicologia liberale”. In secondo luogo, questi principi della psicologia (o della teoria della conoscenza) dipendono ognuno dall’altro. Se uno di loro è falso, gli altri non possono essere veri, e la verità di uno implica la verità degli altri. (...) Terzo, questi principi di psicologia portano ad un’antinomia nella nostra concezione della relazione tra ragione e desiderio nella vita morale, (...). Quarto, l’elucidazione delle nostre convinzioni morali, di molte delle nostre idee politiche, e specialmente di quelle più basilari della dottrina liberale, può essere ridotta ad un piccolo numero di postulati. Quinto, questi postulati hanno bisogno l’uno dell’altro allo stesso modo della psicologia liberale. Sesto, la teoria politica liberale, come il sistema di questi principi, genera un’antinomia nella concezione della relazione tra i fini pubblici e quelli privati. (...) Settimo, i principi della dottrina politica e psicologica ne presuppongono un altro. Compresi appieno, essi costituiscono un singolo corpo di pensiero. Ottavo, questo sistema di idee è inadeguato. Esso è fatto di basici e irrisolvibili paradossi (...). Nonno, uno può iniziare ad immaginare i rudimenti di una migliore alternativa alla dottrina liberale, ma *questa alternativa non deve essere confusa con una prospettiva liberale semplicemente capovolta* (corsivo mio, *nda*)¹³⁸. Decimo, una concezione particolare della relazione tra le parti e il tutto nella conoscenza e nella società gioca un ruolo centrale nel pensiero liberale, e deve essere risolta in una teoria superiore della “mente” e della politica. Undicesimo, per risolvere le

¹³⁸ A riprova di quanto detto sopra: i CLS criticano il liberalismo, ma non da un punto di vista opposto.

antinomie del pensiero liberale, ridefinire il modo di vedere le parti e il tutto, e lavorare per un sistema diverso delle idee psicologiche e politiche, noi dobbiamo abbandonare la maniera con cui le scuole concepiscono la relazione tra l'universale e il particolare¹³⁹.

Su questi undici punti Unger costruisce la “critica totale”, che infatti solo “totale” potrebbe essere: tutti i punti della “struttura profonda” sono irrimediabilmente collegati tra loro; non si può criticarne uno senza criticarli tutti. Così parte criticando la concezione moderna della scienza, che da una parte nega qualsiasi classificazione predeterminata del mondo e quindi distingue il fatto dalla teoria (che media i fatti), e dall'altra concepisce la possibilità di fare una *scelta razionale* tra le varie teorie sui fatti. Ma se esiste una *ragione*, perché non può esistere una *verità* che coincida con un fatto?

La psicologia liberale si fonda poi sullo stesso tipo di distinzione: separa radicalmente la ragione e i desideri. Secondo questo principio, mentre la ragione umana è una, i desideri sono diversi: sono questi che distinguono gli uomini tra loro; essi vogliono cose differenti anche se hanno la stessa comprensione del mondo. I desideri sono arbitrari (e, come insegna Freud, addirittura *inconsci*), e non dipendono quindi dalla comprensione del mondo, che è appannaggio della ragione, la quale può approcciarsi ai desideri difendendoli o reprimendoli. Questo meccanismo crea infatti due tipi di moralità: quella del desiderio e quella della ragione. La prima definisce il *bene* come ciò che può soddisfare i desideri (es. ho fame: è *bene* che mangi); il suo compito è il continuo progresso verso la *felicità*. La seconda definisce il *giusto* in base a degli standard di buona condotta (es. ho fame, ma se c'è una sola cosa da mangiare è *giusto* che la mangi mio figlio piccolo); il suo compito è stabilire il comportamento giusto a prescindere

¹³⁹ R. M. Unger, *Knowledge & politics*, cit., pp. 6-7.

dai fini individuali. Questi due tipi di moralità sono in antinomia tra loro, e riflettono ciò che sarebbe un continuo conflitto interiore all'uomo: tra quello che *vuole* e quello che *pensa*.

Questa divisione della psicologia liberale si realizza così anche nell'idea liberale della società, divisa dal conflitto tra *norme* e *valori*, dove questi ultimi sono sempre soggettivi. Come il dissidio interno all'individuo, così al di fuori si assiste allo scontro tra individui e Stato: tra quello che gli individui *vogliono*, e quello che gli individui *devono*. Qui per Unger non c'è spazio per una soluzione ai problemi dell'ordine e della libertà: se in questa visione la sola misura del *bene* è la volontà degli individui, non c'è alcun modo di stabilire un *ordine* che sia giusto per tutti, perché le leggi – che incarnano sempre determinati valori, che sono sempre *soggettivi* e mai *giusti* – non sono mai neutrali. Il generale impegno della teoria politica liberale alla neutralità è quindi compromesso: le regole favoriscono per forza alcune concezioni del *bene* a scapito di altre.

Come risolvere il dilemma? Abbandonando il regime di “giustizia formale”, fatto di impossibili “regole neutrali”, e abbracciare quello di “giustizia sostanziale”¹⁴⁰: esso si basa sui *valori condivisi* di una comunità; grazie ad essi possono avere origine norme veramente “uguali per tutti”. Per rendere effettiva la continua condivisione dei valori, e quindi una comune percezione del *bene*, Unger si occupa di delineare una complessa architettura istituzionale fatta di piccole comunità, tra loro federate, impegnate in un continuo esercizio di “democrazia dei fini”: nella continua condivisione di questi sta la risoluzione alla contraddizione individualista del liberalismo.

L'alternativa è una comunità egalitaria o aperta, in cui l'esercizio del

¹⁴⁰ Cf. R. M. Unger, *Knowledge & politics*, cit., p.101.

potere è subordinato alla condizione della democrazia interna. I valori condivisi di ogni gruppo sono considerati come indicazioni del *bene* solo nella misura in cui, l'universalità e la stabilità con cui sono mantenuti in altri gruppi, e le circostanze democratiche in cui sono modellati, ci permettono di prenderli per espressioni della natura umana ad un certo momento del suo sviluppo¹⁴¹.

Una prospettiva comunitaria di questo tipo non è certo nuova, ma può vantare una grande tradizione che nel corso della storia; tradizione che ha abbracciato diverse dottrine politiche – specie quelle che nascono dal Socialismo e dall'Anarchismo. Occorre poi tenere a mente che *Knowledge and Politics* veniva scritto negli anni '70, e diverse declinazioni del comunitarismo – basti pensare a quella *hippie* – avevano acquistato un certo fascino nel pensiero di una sinistra che cercava continuamente alternative all'influenza ingombrante dello “Stato socialista”. Come vedremo, il fascino della “comunità” come risposta al sistema attuale – di cui i sostenitori ancora vantano l'assenza di alternative – è tornato, e il discorso dei *beni comuni* ne rappresenta una declinazione.

Unger nel 1976 arriva invece alla “comunità” come soluzione perché si preoccupa di avere una democrazia sostanziale: è la democrazia – che permette di condividere i *valori soggettivi* - ad essere la vera risposta alle contraddizioni del legalismo liberale; e le comunità sono un mezzo. Un mezzo per una “democratizzazione totale”. Unger delinea questa prospettiva addirittura sostenendo una rotazione dei ruoli lavorativi per permettere all'identità personale di emanciparsi dal ruolo sociale, ma non la ripete nei suoi lavori successivi. In *False Necessity*¹⁴², nel 2001, preferisce parlare di “democrazia potenziata”, così come in *The Critical Legal Studies*

¹⁴¹ R. M. Unger, *Knowledge & politics*, cit., p. 188.

¹⁴² R. M. Unger, *False Necessity*, London, Verso, 2001.

movement: another time, a greater task, nel 2015¹⁴³. In queste opere, così come in tante altre non citate in questa tesi, Unger offre panorami sempre diversi, pur rimanendo nel solco della “critica totale” e certamente riprendendo molte sue idee fin qui descritte. Come dicevo, è nella capacità di delineare sistemi diversi dall’attuale – e, si badi, non certo lasciandosi andare alla pura fantasia – che sta l’importanza del contributo di Unger. Oltre a questo aspetto, del più radicale dei Critici va apprezzata la capacità di analisi, e l’elaborazione di concetti interessanti come quello di “immaginazione istituzionale” di cui ora finalmente andremo a parlare.

2. Il diritto come coscienza e la sua mutua costitutività con la società

Tutta l’analisi fin qui illustrata, si basa su una concezione fondamentale: quella della società come “artefatto”¹⁴⁴. Essa è essenzialmente un costrutto umano, il risultato di conflitti ideologici le cui dinamiche si possono analizzare storicamente e addirittura prevedere. Il materialismo storico marxiano fa questo, e si è detto come i CLS facciano proprio questo approccio all’analisi giuridica pur rigettandone il determinismo che ne scaturisce.

Per capire come i CLS interpretano storicamente il proprio lavoro, è ancora utile riprendere le parole di Unger, che in *The Critical Legal Studies movement: another time, a greater task*¹⁴⁵ divide in tre i periodi del pensiero giuridico moderno. Anzi, egli si riferisce a questi tre periodi proprio come ad un “ritmo” che si ripete nella storia del pensiero giuridico, che però non è auspicabile che continui, invocando qui dunque il ruolo storico dei Critici.

¹⁴³ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London, Verso, 2015.

¹⁴⁴ Lo osserva Valentini, in C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, cit., pp. 519 ss.

¹⁴⁵ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London, cit., cap. 1.

Il primo periodo è quello della “*rifondazione*”: qui l’assetto istituzionale e ideologico viene reimmaginato e ri-costruito. Si fanno riforme radicali, innescate da guerre o rovinose crisi, che agiscono da motori del cambiamento. Per Unger questo momento negli USA è corrispondente all’instaurazione della Repubblica, alla Ricostruzione dopo la Guerra Civile, e al periodo del New Deal, che sarebbe la forma americana del periodo social-democratico vissuto da quasi tutti i paesi nord atlantici. In questo periodo è la *legge* ad esprimere le riforme radicali e gli assetti istituzionali della società, in relazione agli ideali e agli interessi che dominano.

Il secondo momento sarebbe quello della “*normalizzazione*”. La crisi è passata, e dunque i nuovi assetti istituzionali che erano stati delineati devono ora essere tradotti in un sistema definitivo e indivisibile. Unger insiste sul fatto che la sua indivisibilità è solo una velleità: questi nuovi sistemi, che normalizzano la fase precedente, sono “*costruzioni sgangherate*” certamente divisibili, e di cui le parti nel tempo cambiano; la società dunque continua ad evolversi, pur a pezzi. In questa fase i giuristi stanno a lato di chi detiene il potere (mentre prima erano coloro che ridisegnavano gli assetti di questo potere)¹⁴⁶; essi si limitano a rappresentarlo e a rinforzare l’autorità di un sistema di cui sono custodi. Questo periodo – che per Unger corrisponde negli USA alla fase che va dalla fine della Seconda Guerra Mondiale agli anni ‘70 - rappresenta l’apogeo per la dottrina.

Il terzo infine è “*il periodo dell’oscurità*”¹⁴⁷: l’assetto ideologico-

¹⁴⁶ Non posso non segnalare a questo punto una certa convergenza col discorso sulla figura del giurista fatto da Rodotà e illustrato nel cap. I, 1.

¹⁴⁷ “*The period of darkening*”, che tradotto letteralmente sarebbe “il periodo dell’oscuramento”, ma avendo a riguardo del tenore degli scritti di Unger – che usa linguaggi molto evocativi – mi è sembrato più appropriato tradurre con “il periodo dell’oscurità”.

istituzionale viene contestato e ritorna indietro. Unger fa riferimento alle contestazioni che il New Deal e le socialdemocrazie ricevono dalle tendenze neoliberali (siamo quindi dagli anni '70 e '80 in poi), che “malgrado tutto” non sono più in grado di rispondere ai problemi della nuova fase. Qui però c'è un'assenza di eventi politici in grado di muovere un cambiamento radicale (come nella prima fase): “è più probabile che il risultato sia il declino della fede, che lo sviluppo di una nuova”. I giuristi guardano al proprio interesse personale, cercando soddisfazioni professionali e disinteressandosi della politica: sono diventati “dei preti che, con imbarazzo fastidioso, stanno in piedi di fronte a freddi altari”. Mentre il sistema perde autorità e chiarezza, è la teoria – nella cultura giuridica – che prende il sopravvento, integrando la guida che il sistema non riesce più a dare: le scuole di diritto si rivaleggiano nell'offrire il terreno al vocabolario giuridico e nel dare senso e visione al sistema legale esistente.

Per Unger i CLS sono nati nel periodo tra la normalizzazione e l'oscurità, con un preciso obiettivo, ancora valido:

Quelli che, come noi, si trovano in un'epoca di *oscurità* non dovrebbero aver bisogno di aspettare la prossima era di guerra e rovina per vivere la prossima opportunità di *rifondazione*, specialmente se la parte migliore della nostra vita cade in tale intervallo¹⁴⁸.

Se i critici possono pretendere di avere un ruolo così attivo nella storia, è dunque perché guardano ai giuristi come coloro che possono disegnare e ridisegnare la società-artefatto. Un approccio che Valentini osserva essere collegato allo strutturalismo¹⁴⁹: la spiegazione della realtà sociale secondo l'idea che essa sia articolata in “strutture”, e cioè in assetti più o meno

¹⁴⁸ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London, cit., cap. 1.

¹⁴⁹ Lo osserva Valentini, in C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, cit., p. 520.

stabili tra cose e/o individui, che si creano e si modellano a seconda delle interazioni tra questi. Una struttura sociale è costituita dagli attori sociali, dalle loro credenze e dalle loro pratiche: sono queste a modellare sia le strutture, sia ad orientare le azioni degli attori stessi. Nel caso dei CLS, l'attenzione principale – come si è visto – è ai “contesti formativi”: tutti quei contesti, materiali, istituzionali, culturali, che danno vita a schemi culturali, norme sociali, vincoli ideologici...Questi contesti esercitano una forte influenza sugli individui, perché modellano le loro coscienze e orientano le loro azioni, ma questi ultimi possono sempre esercitare una certa resistenza rispetto ad essi, e trasformarli: non tutti obbediscono ai vincoli sociali, e questi stessi vincoli cambiano nel tempo proprio grazie all'opera di chi non ne è totalmente vincolato.

Questi vincoli, dunque, non sono solo regole in senso stretto, ma sono tutti quei fattori con cui *inconsiamente* si forma la coscienza di un individuo. L'ideologia, per esempio, ha un ruolo fondamentale; come osserva Valentini:

[Essa è] un sistema di credenze condivise che scaturisce dalle interazioni sociali e, al contempo, contribuisce a “strutturarle” – modellando processi mentali e attitudini individuali – attraverso la produzione di norme cui spesso gli individui aderiscono in base a meccanismi inconsapevoli. (...) Ad un livello profondo [l'ideologia] modella il modo in cui gli individui percepiscono la realtà e agiscono, senza che ne siano consapevoli: definisce una sorta di sfondo, sul quale gli individui ragionano e agiscono¹⁵⁰.

Se quindi la società-artefatto è creata anche, e soprattutto, dall'ideologia-coscienza, si capisce allora come per i Critici “*tutto è politica*”. Valentini osserva come questa visione sia del tutto antitetica all'ontologia liberale, che

¹⁵⁰ C. Valentini, “I Critical Legal Studies”, cit., p. 523.

è incentrata sull'individuo, il quale è in base ai suoi pensieri e le sue azioni individuali che modella il proprio rapporto con la società: nessuna forma di coscienza sovra-individuale quindi. Un'impostazione liberale che porta a concepire l'individuo come "essere impermeabile", completamente "altro" dal proprio ambiente sociale (che sarebbe una mera somma di individui) e in antagonismo ad esso. Questo tipo di individualismo, per i CLS, non è niente di corrispondente a natura, bensì solo una forma di ideologia dominante.

Rispetto a quanto detto, che ruolo ha esattamente il diritto? Si è più volte sottolineato come per i critici esso abbia un ruolo fondamentale nella strutturazione della società, in quanto strumento ideologico; qui essi pongono un'altra differenza netta rispetto la teoria marxista – da cui pur sono influenzati – perché concepiscono il diritto non come mera sovrastruttura. Esso non è semplicemente e meccanicamente determinato dalle relazioni economiche, ma è una struttura che *come le altre* contribuisce a costruire la coscienza sociale, da cui *a sua volta* è costituito.

Questo nesso tra diritto e società assume il connotato di una *mutua costitutività*¹⁵¹: il primo costituisce la seconda, ma al contempo ne è costituito. Un pensiero questo, fortemente influenzato dalla Scuola di Francoforte che ha reinterpretato il marxismo, ma che trova un'impostazione affine già in Gramsci. Per il filosofo italiano – che gioca un ruolo importante nella cultura di sinistra americana - è sul terreno della sovrastruttura, e quindi dell'ideologia, che gli uomini prendono coscienza dei loro compiti sociali. E per quanto il diritto possa alla fin fine essere determinato dai rapporti materiali di produzione (la struttura), non esiste propriamente una "attività economica" senza una sua regolamentazione giuridica: "*anche il liberismo deve essere introdotto per legge*".¹⁵² A questa

¹⁵¹ Il termine è usato da Valentini, in C. Valentini, "I Critical Legal Studies", cit., p. 527.

¹⁵² Cf. T. Gazzolo, "Antonio Gramsci e la teoria del diritto", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2018, p. 333.

concezione gramsciana fa eco R. W. Gordon quando dice che:

L'economia non è più "reale" delle idee giuridiche. È un assemblaggio di convenzioni di cui "idee giuridiche" come la proprietà, i contratti, le obbligazioni promissorie e fiduciarie, per non parlare del denaro stesso, sono elementi indispensabili e ne consentono la riproduzione.¹⁵³

Se per Gramsci dunque è attraverso il diritto che la classe dominante esercita la propria egemonia, allora ci può essere una lotta di classe anche *nel* diritto. Il diritto può essere trasformato "molecolarmente": ossia con trasformazioni che *"modificano progressivamente la composizione precedente delle forze e quindi diventano matrice di nuove modificazioni"*. Per Gramsci però, al contrario di quanto possa sembrare, non c'è alcuna prospettiva di "riformismo giuridico": la sua è una strategia di rottura che si compierà solo con l'estinzione del diritto borghese, che si compie, diventa costume (e quindi sistema di regole espressione di tutta la società, e non solo di una classe dominante), e non viene sostituito da altro diritto. Fin qui i CLS non si spingono. Approfondisce invece la loro visione di diritto e società Valentini, in un passo che voglio riportare per intero:

Le relazioni sociali si articolano ed "esistono" grazie al diritto, che non si limita a soddisfare interessi pre-esistenti ma li crea. In secondo luogo, il diritto non concorre soltanto a creare l'ordine sociale, ma lo "oggettifica", svolgendo rispetto ad esso una funzione legittimante. Questa funzione è resa possibile da meccanismi di reificazione, ossia meccanismi in virtù dei quali proprietà e status umani, relazioni tra individui o cose, processi sociali, concetti, sono convertiti in *res*, cioè in cose dotate di un'esistenza (apparentemente) autonoma rispetto all'individuo¹⁵⁴.

¹⁵³ A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, cit., p. 106, nota 3.

¹⁵⁴ C. Valentini, "I Critical Legal Studies", cit., p. 527.

Su questa funzione del diritto è utile citare un esempio che fa Gordon: il diritto elabora a fini regolativi il concetto di “città”, ma questa definizione coincide con la città realmente vissuta dai cittadini? “*La verità è che i cittadini finiscono col vivere una città così come essa viene determinata giuridicamente, cioè diventando i rappresentanti di un concetto giuridico*”¹⁵⁵. La conseguenza è non essere in grado di percepire altre forme e farne uso, a causa di queste limitazioni concettuali operate ideologicamente dal diritto¹⁵⁶. Un altro esempio di come le forme giuridiche siano *strutture* vincolanti lo può offrire Karl Klare, che si scaglia contro la visione liberale legalistica del diritto del lavoro, nella quale:

I diritti si muovono attorno al potere contrattuale piuttosto che ai bisogni umani (...); nella quale i sindacati se ne vanno in giro a vendere la forza lavoro ma devono lasciare alla direzione [aziendale] le decisioni di importanza generale relative all’uso delle risorse della società.¹⁵⁷

Per Klare il sistema della contrattazione collettiva, proprio perché ruota attorno a istituti giuridici così come concepiti dal liberalismo (il contratto), non permette in nessun modo un uso diverso delle risorse in modalità di autogoverno collettivo; anzi esso sgretola innanzitutto qualsiasi unione comunitaria: il contratto è per definizione tra *parti*, definisce prestazioni e controprestazioni e lascia fuori i *terzi*, anche se dal contenuto di quel contratto sono enormemente influenzati. Il contratto incanala l’antagonismo sociale in un gioco con regole non neutre e che prediligono la forma alla sostanza.

¹⁵⁵ Cf. A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, cit., p. 76.

¹⁵⁶ È utile sottolineare come quindi il concetto di città, e la sua percezione, non sia solo materia per urbanisti; a maggior ragione nel momento in cui la legislazione italiana si sta occupando di delineare e diffondere il concetto giuridico di “città metropolitana”.

¹⁵⁷ A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, cit., pp. 131-132.

Il diritto ha dunque una fondamentale funzione di legittimazione: tutte le classi sociali sono portate a considerarlo come un fenomeno indiscutibile, rendendolo così particolarmente resistente al mutamento sociale. È soprattutto tramite questo meccanismo che, secondo i Critici, il sistema liberale viene rappresentato come inevitabile e “senza alternative”. Si comprende allora ancor di più come i CLS possano concepire il proprio lavoro di giuristi in senso “rivoluzionario”, se consideriamo dunque che per essi il diritto è una “forza di costruzione sociale”. “*I CLS prendono la dottrina seriamente*” e la studiano in relazione all’azione sociale, come osserva David Trubek; per loro le scuole di diritto possono veramente essere al centro di un’azione politica trasformativa:

[Negli USA] c’è una lunga tradizione di radicalismo strumentale nelle scuole di diritto; gli studenti in legge che simpatizzano con determinati movimenti sociali (sindacati, neri, o donne) hanno contribuito a promuovere gli obiettivi di questi movimenti prestando il loro talento giuridico a lotte specifiche¹⁵⁸.

I CLS abbracciano questo approccio, ma si occupano più del diritto come coscienza, perché è tramite la trasformazione della *coscienza giuridica* che ambiscono a trasformare la società. È Alan Hunt¹⁵⁹ a specificare due definizioni di *coscienza giuridica*: una stretta e una ampia. La prima è la coscienza dei professionisti del diritto (insegnanti, avvocati, giudici...). La seconda è la coscienza giuridica diffusa nella società: tramite coloro che sono a contatto con le istituzioni giuridiche e ne sono influenzati. Dunque cambiando la prima, si cambia la seconda e si cambia la coscienza sociale. Continua Trubek:

[I CLS] danno alla società ciò che è più fondamentale: significato. I

¹⁵⁸ D. M. Trubek, “Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism”, in *Stanford Law Review*, v. 36:575, 1984, p. 591.

¹⁵⁹ Cf. A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, cit., p. 107.

mondi di significato che costruiamo a loro volta modellano e canalizzano ciò che facciamo e non facciamo. In questa prospettiva, le relazioni sociali e le visioni del mondo diventano inseparabili. Questo è il motivo per cui gli studiosi Critici a volte dicono che la coscienza costituisce la società, piuttosto che semplicemente rispecchiare o distorcere le relazioni sociali. (...) La coscienza giuridica di una società è la maniera in cui quella società integra la comprensione dell'ordinamento giuridico con le altre idee che danno significato al suo mondo sociale. (...) Se la società è in un certo senso costituita dalle visioni del mondo che danno significato all'interazione sociale, allora cambiare la coscienza è cambiare la società stessa.¹⁶⁰

Criticare allora serve. La critica giuridica ha un importante senso strategico perché può “*minare il potere del pensiero liberale sulle nostre menti*”¹⁶¹. Dimostrare le contraddizioni *interne* al sistema è una maniera per indebolirne le strutture innanzitutto nel loro ruolo ideologico. Basta la sola critica ad allentare i vincoli ideologici sulla coscienza sociale, e creare i margini per un cambiamento. Ma quali sono gli strumenti per questo cambiamento?

2.1 *Il problema della democrazia e la immaginazione istituzionale*

Unger mette in chiaro che ad ogni forma di coscienza sociale è connessa una determinata forma di ordine sociale¹⁶². Essa organizza le relazioni tra gli individui e tra i gruppi in maniera simile all'immagine che dipinge un certo tipo di coscienza sociale dominante. Dunque quando parliamo di ordine sociale oggi, avendo a mente l'analisi dell'ideologia liberale fin qui fatta, ci riferiamo certamente allo stato liberale: una società capitalistica, basata sulla

¹⁶⁰ D. M. Trubek, “Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism”, cit., p. 592.

¹⁶¹ Cf. D. M. Trubek, “Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism”, cit., p. 595.

¹⁶² Cf. per esempio Unger, Roberto Mangabeira, *Knowledge & politics*, New York, The Free Press, 1975.

proprietà privata, dove vige il principio di uguaglianza formale dei cittadini.

Questa società, come la descrive Unger, è essenzialmente individualista: gli individui sono concepiti in concorrenza tra di loro, pur se questo loro antagonismo *naturale* è talvolta temperato da una reciproca tolleranza e collaborazione. I legami sociali sono visti come temporanei, perché sempre precaria è la condivisione di valori e di fini. Ognuno nella società ha un ruolo: il proprio lavoro; l'identità degli individui e la loro posizione sociale sono collegati ad esso.

La tipicità di questo ordine sociale – se i cittadini sono formalmente tutti uguali - è che il potere deve sempre essere giustificato; motivo per cui innanzitutto le leggi devono essere composte da regole impersonali. Ma come giustificare, in linea di massima, il potere di un uomo su un altro, in una società dove individui formalmente uguali sono in concorrenza tra loro? Col principio del merito. Se è col lavoro che gli individui guadagnano posizioni sociali, il merito è concepito come la capacità di portare a termine questo lavoro: “*la capacità di interpretare un ruolo*”. È per questo motivo che nello stato liberale è concepita la burocrazia: una forma istituzionale che usa regole impersonali, la cui gerarchia si basa su standard di merito. Unger – che deve molto a Weber - ne parla come qualcosa di onnipotente:

L'organizzazione burocratica appare dappertutto nello stato liberale. Essa è nella corporazione, nella grande impresa, e nell'associazione privata tanto quanto nel servizio governativo. Ogni membro di un'organizzazione simile è, in questo senso, un burocrate¹⁶³.

Tramite questo tipo di organizzazione burocratica – che spesso tende a riprodurre una sorta di stato liberale “*in miniatura*”¹⁶⁴ - si riesce ad esercitare il potere giustificato dal merito. Ma mentre in origine le

¹⁶³ R. M. Unger, *Knowledge & Politics*, cit., p. 171.

burocrazie erano controllate dal potere politico centrale, ora proprio grazie ad elementi quali la gerarchia, gli standard di merito, ed un certo sistema di regole, i burocrati hanno acquistato una legittimità propria per il loro potere. Anzi, spesso per il senso comune il loro merito ad esercitarlo è addirittura rafforzato dalla loro “neutralità” rispetto alla politica: quel concetto puramente ideologico di neutralità che, come abbiamo visto, i Critici tentano continuamente di dimostrare come illusorio.

Questa pervasività della burocrazia porta Unger a definire lo stadio contemporaneo delle società capitalistiche come un “*welfare-corporate state*”: uno Stato sociale-corporativo¹⁶⁵. Esso è innanzitutto uno stato dove il governo generalmente si assume la responsabilità di redistribuire i vantaggi economici e sociali, come complemento o come limite al mercato. Questo lo rende uno “stato sociale”. In secondo luogo è uno stato nel quale i corpi intermedi – corporazioni¹⁶⁶, sindacati, associazioni – hanno raggiunto un grande potere nella società. Ciò lo rende uno “stato corporativo”. A questo punto secondo Unger la burocrazia viene universalizzata come modello istituzionale:

Le istituzioni private si assumono sempre più responsabilità che prima erano affidate al governo o, senza assumersi le sue responsabilità, iniziano ad assomigliare alla sua organizzazione e ad imitarne il potere. (...) Allo stesso tempo, nasce un patrimonio di enti pubblici che sono solo pericolosamente connessi tra loro e che sono vicini, per

¹⁶⁴ Si pensi per esempio a come gli statuti delle associazioni private o delle società tendano a riflettere le stesse distinzioni tra potere legislativo-esecutivo-giudiziario che compongono lo Stato: grandi assemblee con ampi poteri di indirizzo, organismi esecutivi, organismi di controllo indipendenti con componenti “imparziali”.

¹⁶⁵ Questa definizione ha certamente influenzato le analisi degli altri CLS; si pensi all’intervento di Horwitz nel cap I, 1., il quale si serve della stessa definizione.

¹⁶⁶ *Corporations* in inglese è un termine largo che può significare compagnie commerciali, società di capitali, grandi aziende. Ho voluto lasciare la dicitura italiana “corporazione” per lasciare il termine ampio, e anche perché Unger parla delle società di capitali come burocrazie che intermediano con lo stato: insomma corporazioni (in senso italiano) a tutti gli effetti.

interesse, prospettiva o modalità di organizzazione, alle istituzioni private come lo sono alle agenzie tradizionali di governo. Insieme, lo stato sociale e la tendenza corporativista, abbattono la distinzione tra Stato e società civile.¹⁶⁷

Con questo moltiplicarsi di organizzazioni burocratiche – pubbliche e private - che amministrano il potere grazie al merito come giustificazione, è la “classe burocratica” a governare veramente: i professionisti, i tecnici, i *managers* che dirigono le attività dello stato sociale a nome del governo, e amministrano le organizzazioni corporative. Per tornare ad una categoria illustrata nei precedenti paragrafi: sono loro che disegnano la *struttura* e influenzano la coscienza sociale. La democrazia viene così compromessa.

La democrazia intesa come governo del popolo, il quale nella sua sovranità ha il potere di porre una direzione al sistema, risulta un’illusione: la politica non è normalmente in grado di imporre una direzione diversa, non è veramente in grado di “cambiare le cose”. Unger definisce questa prima concezione della democrazia “idealistica”, mentre una concezione “cinica” è quella per cui la democrazia sarebbe una mera competizione tra élite che solo occasionalmente hanno bisogno del sostegno delle masse. Da qualsiasi approccio la si voglia vedere, egli identifica comunque un nucleo minimo dell’ideale democratico: il governo non deve cadere permanentemente in ostaggio di una fazione¹⁶⁸. Osserva però:

Innanzitutto, le forme stabilite di organizzazione economica e politica consentono a gruppi relativamente piccoli di persone di controllare i termini di base della prosperità collettiva prendendo cruciali decisioni di investimento. Per ragioni che andranno esplorate di seguito, lo stile delle sistemazioni costituzionali rende difficile conquistare il potere

¹⁶⁷ R. M. Unger, *Knowledge & Politics*, cit., p. 176.

¹⁶⁸ Cf. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London, Verso, 2015, cap. 5.

del governo al fine di qualsiasi trasformazione seria, come l'impegno a cambiare la forma istituzionale del mercato (...). Inoltre, anche la più lontana minaccia di riforma può incontrare la risposta immediata del disinvestimento e della fuga di capitali, seguiti da crisi economica e impopolarità elettorale¹⁶⁹.

Per qualsiasi fazione non ci sarebbe scampo insomma: ci sono altri poteri a cui rispondere, che non sono soggetti ad alcun principio di alternanza. In secondo luogo, per Unger la maggior parte delle "aree sociali" dove le persone vivono e si sviluppano sono luoghi dove il potere – di una persona su un'altra - non viene esercitato secondo una effettiva responsabilità democratica: fabbriche, uffici, ospedali, scuole¹⁷⁰, sono "*cittadelle del potere privato*" che rimangono in larga misura isolate dai rischi del conflitto politico. In questi contesti, dove la *coscienza sociale* si forma, la politica rimane fuori. Infine Unger osserva che tutti questi interessi organizzati, al di fuori del potere strettamente politico-governativo, possono tuttavia influenzare la politica, pur dalla loro posizione di relativo isolamento: per esempio attraverso la loro influenza sui mezzi di comunicazione o tramite il finanziamento ai partiti.

Se dunque la democrazia è ostaggio degli investitori, dei lobbisti, e ha quasi completamente isolato dall'intervento politico aree importanti della società, questo spiega come mai "*la politica nelle democrazie consolidate è tipicamente ossessionata da (solo) un piccolo numero di opzioni per l'attività governativa*"¹⁷¹. Si dirà che *volendo* non c'è contesto dove il potere

¹⁶⁹ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit., cap. 5.

¹⁷⁰ Ho riportato gli stessi esempi che riporta Unger, ma devo puntualizzare come probabilmente esistano differenze tra USA e Italia su come vengono amministrati e concepiti contesti come scuole e ospedali. Tuttavia ritengo che il concetto di fondo sia chiaro, e che il lettore possa fare i dovuti distinguo. Penso inoltre che l'esempio sia ancor più vero se si pensa a scuole e ospedali privati, o alle larghe autonomie che ultimamente si sono date a quelli pubblici.

¹⁷¹ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit., cap. 5.

statuale non possa agire, ma Unger tenta di dimostrare proprio che *anche volendo* i vincoli al potere statale – o meglio, a chi è chiamato ad esercitarlo – sono talmente fitti e spesso *esterni* al potere statale stesso, che chi si ritrova a governare può fare poco: o muoversi entro paletti stretti, o fallire qualsiasi proposito minimamente rivoluzionario. Mi si permetta una battuta: il Presidente del Consiglio potrebbe essere perfino Karl Marx in persona, ma ci sarebbe comunque poco che potrebbe fare. Secondo Unger governare veramente la società è impossibile per i politici, se oltre a quanto detto si considera anche l’assetto delle varie garanzie costituzionali che limitano il potere governativo, che “*incoraggiano i rinvii, le resistenze e gli impasse*”. Un partito al governo prima di poter lasciare un’impronta è subito licenziato: o dalle elezioni o dalle difficoltà avverse. I riformisti possono solo accontentarsi di costruire lo stato sociale all’interno delle forme già stabilite, invece che pretendere di riorganizzare l’economia e lo stato.

La politica è vissuta come una serie di seconde-migliori soluzioni a problemi intrattabili. I puristi di ogni campo possono plausibilmente affermare che le loro idee non sono mai state sperimentate. I cinici possono consigliarci di affrontare la realtà arrendendoci all’esistente¹⁷².

E allora per i Critici bisogna dare alle fazioni politiche la possibilità di detenere un potere totale? Certi loro ragionamenti potrebbero dare questa parvenza, tant’è che non a caso Agostino Carrino osservò polemicamente che i CLS si permettono fin troppo di “scherzare col fuoco”, criticando le istituzioni e le garanzie dello Stato di Diritto, solo perché negli Stati Uniti non hanno mai avuto esperienza dei totalitarismi europei¹⁷³. E neanche al lettore sarà sfuggito il cuore della questione: ovvero che ogni tentativo di

¹⁷² R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit., cap. 5.

¹⁷³ Cf. A. Carrino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, cap. 6.

rivedere le disposizioni istituzionali che preservano la struttura esistente sembra minare le restrizioni al potere che assicurano la libertà. Per questo Unger mette bene in chiaro che si tratta di trovare una soluzione soddisfacente a questo dilemma preservando la libertà, ma restituendo alla politica il proprio potenziale trasformativo. È possibile?

Innanzitutto, come abbiamo già visto, per lui l'obiettivo è proprio "potenziare la democrazia": dalla prospettiva di democrazia comunitaria di *Knowledge and Politics* ad un programma di moltiplicazione e democratizzazione del numero dei rami governativi sostenuto in *False Necessity*¹⁷⁴ – "per trasferire alle relazioni tra istituzioni governative lo stesso meccanismo con cui la politica di massa allenta l'effetto oligarchico: lo sforzo di ottenere un crescente sostegno di massa"¹⁷⁵. Rimando alla lettura dei suoi testi l'approfondimento di questo aspetto; è interessante invece capire – al di là delle sue singole proposte – quale prospettiva egli delinea in generale per un movimento di cambiamento sociale.

Si tratta di mettere in campo un'ampia azione strategica, che innanzitutto dia un contributo in termini di idee alla ricostruzione democratica della vita sociale. Abbiamo già visto come il campo delle idee per i Critici sia molto importante, e come anche solo la critica in sé – portata avanti in determinati ambienti - può essere utile, ma Unger invita ad andare oltre e a convogliare le energie in un'attività più pratica¹⁷⁶. Egli propone un'autentica strategia di riformismo rivoluzionario: che possa essere una via di mezzo tra le "riforme conservative" e le velleità "da manuale" di una rivoluzione armata. Un'opera di graduale sostituzione di elementi della struttura esistente con

¹⁷⁴ Cf. anche R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit.

¹⁷⁵ R. M. Unger, *False Necessity*, London, Verso, 2001, p. 450.

¹⁷⁶ "Le opportunità offerte dall'espansione della dottrina potrebbero non essere percepite", così Unger in R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit., cap. 8.

altri dotati di “effetto trasformativo”. Effetto che può essere diretto o indiretto: diretto se questi nuovi elementi provocano un cambiamento istituzionale, indiretto se aiutano ad ispirare contro-immagini alle sistemazioni esistenti.

Ulteriore contesto per l’attività trasformativa, oltre quello accademico¹⁷⁷ e politico, è l’esercizio della tecnica professionale:

Per noi, la pratica giuridica dovrebbe essere, e in una certa misura è sempre, la difesa legale degli interessi individuali o di gruppo con metodi che rivelano la specificità del regime istituzionale e immaginativo sottostante, che lo sottopongono ad una serie di piccoli disturbi in grado di intensificarsi in qualsiasi momento, e che suggeriscano modi alternativi di definire interessi collettivi, identità collettive e ipotesi sul possibile. Gli stessi appunti potrebbero essere fatti, con opportuni adattamenti, a tutte le forme di esperienza professionale¹⁷⁸.

Insomma, il pensiero giuridico deve diventare una pratica di “immaginazione istituzionale”¹⁷⁹: la capacità di immaginare sistemazioni efficaci diverse dall’esistente, e di metterle in atto tramite azioni trasformative del diritto.

Spezzando l’incantesimo lanciato da sistemi così idealizzati, il pensiero giuridico può riconoscere la legge per la realtà contraddittoria che è e arruolare la contraddizione al servizio dell’intuizione e pratica trasformativa. Diventare pratica di immaginazione istituzionale che coinvolga, attraverso i dettagli della

¹⁷⁷ “Il contesto più immediato della nostra attività di trasformazione”, così Unger in R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit., cap. 8.

¹⁷⁸ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit., cap. 8.

¹⁷⁹ Unger definisce questa “*institutional imagination*” come, in definitiva, l’idea centrale e più duratura dei CLS. Cf. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit., cap. 1.

legge, il regime della società così com'è ed esplori ciò in cui possiamo e dobbiamo trasformarla¹⁸⁰.

Per Unger, in definitiva, i giuristi si devono trasformare “*da preti a profeti*”: considerando i profeti non come quelli che banalmente predicano il futuro, ma come quelli che hanno la capacità di individuare un futuro accessibile, vedendolo prefigurato negli aspetti dell'esperienza presente.

¹⁸⁰ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit., cap. 2.

III. COSA SI INTENDE PER BENI COMUNI?

1. Beni comuni: guida al dibattito. 1.1 Il Comune di Hardt e Negri 1.2 La Commissione Rodotà 1.3 Il premio Nobel di Elinor Ostrom. 2. Il Re è nudo: una lettura critica alla proprietà. 2.1 Proprietà vs beni comuni?

1. Beni comuni: guida al dibattito

È il 1968 quando sulla rivista americana *Science* esce un articolo firmato dal biologo Garrett Hardin intitolato “*The Tragedy of the Commons*”: la tragedia dei beni comuni. Il discorso è sul problema della sovrappopolazione globale in relazione alla scarsità delle risorse del pianeta, in cui l’autore mette in scena un esempio destinato a rimanere famoso: egli immagina un pascolo aperto a tutti e condiviso da un certo numero di pastori; un “bene comune”. Ad un certo punto uno dei pastori – da perfetto *homo economicus* – pensa di aumentare il proprio gregge di una unità: guadagnerebbe così un +1 di utilità mentre il costo del sovra-sfruttamento del pascolo sarebbe sostenuto tra tutti i pastori quindi risulterebbe solo una frazione di -1; un’azione di indubbio tornaconto economico quindi. Talmente indubbio che l’azione sarebbe destinata a ripetersi, ancora e ancora, fino alla “tragedia” appunto: la rovina del bene comune. L’unica soluzione a questa tragedia, per Hardin, è la limitazione dell’accesso a quel bene: ovvero il regime della proprietà (pubblica o privata che sia).

Che ne fosse consapevole o meno, l’articolo di Hardin fu un vero e proprio *big bang* per il dibattito contemporaneo sui beni comuni. Un dibattito che certamente può vantare una lunga tradizione, addirittura antica: dalla *Repubblica* di Platone al giusnaturalismo moderno, con Rousseau e Kant, fino a tutta quella particolare narrazione filosofica che più in generale vuole descrivere il passaggio da una certa “proprietà comune” alla proprietà

privata – si pensi a Locke o al celebre discorso di Marx sulle *enclosures*¹⁸¹; una narrazione che poteva vantare molti esempi storici, come il grido di rivolta “*omnia sunt communia*” dei contadini del 1525 guidati da Thomas Muntzer¹⁸².

Dunque perché un *big bang*? Dal biologo americano niente di nuovo, potrebbe sembrare, eppure non è così: quello che Hardin fa – probabilmente contro la sua volontà – è aprire sui beni comuni un dibattito scientifico, immerso nell’attualità e anzi sul futuro del pianeta. Dopo Hardin non si parla più di beni comuni solo in senso vagamente storiografico, o squisitamente utopistico, ma appunto in senso scientifico, economico, giuridico, politico... i beni comuni diventano un programma, anzi più programmi. *Una bibliografia imponente*¹⁸³. Tutti contro Hardin.

Il dibattito è vasto, soprattutto se si considera che è nato in una dimensione internazionale. Ai fini di questa tesi illustrerò solo alcune delle posizioni più autorevoli e le esperienze più famose, che per buona parte degli studiosi italiani, a partire da Luca Nivarra, sono sostanzialmente tre – escluso Hardin¹⁸⁴. Sul piano della teoria economica vedremo il lavoro di Elinor Ostrom dei primi anni ‘90, che le valse il Premio Nobel nel 2009. Sul piano della teoria sociale e politica si collocano Michael Hardt e Antonio (Toni) Negri che nel 2009 scrivono “*Commonwealth*” (tradotto in italiano con “*Comune*”, al singolare), incontrando un largo seguito e interesse. Infine non può mancare Stefano Rodotà e l’istituzione dell’omonima Commissione

¹⁸¹ Il meccanismo delle *enclosures* veniva già denunciato nel XVI secolo da Tommaso Moro in *Utopia*.

¹⁸² Cf. L. Coccoli, “*Communitas e beni comuni*”, in E. Ostrom, G. Sapelli, Giulio, e L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, goWare, 2019.

¹⁸³ Cf. L. Nivarra, “*Quattro usi di beni comuni per una buona discussione*”, in *Rivista critica del diritto privato*, XXXIV, 2016, p. 43.

¹⁸⁴ Cf. L. Nivarra, “*Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*”, in M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, Ombre Corte, 2012, pp. 69-87.

che tra il 2007 e il 2008 - finché durò il Governo Prodi II - presentò una proposta di modifica del Codice Civile al fine di introdurre proprio la definizione di “beni comuni” nel nostro ordinamento giuridico.

Ma perché questo dibattito è importante?

Tutti i sostenitori dei beni comuni, pur divisi dalle differenze metodologiche e programmatiche che tra poco vedremo, sostengono una certa portata rivoluzionaria delle loro teorie. Come osserva con dono di sintesi Veronica Pecile:

La nozione di beni comuni si è affermata nell’ultimo decennio come formula capace di comprendere un ampio spettro di teorie e pratiche che hanno cercato di costruire alternative alle politiche neoliberali. (...) Il movimento per i beni comuni non è solo *contro* le conseguenze sociali delle politiche neoliberali; è anche *per* la creazione di nuove forme di organizzazione sociale fondate sulla solidarietà, la condivisione, la cooperazione, il rispetto per l’ambiente (...) ¹⁸⁵.

Insomma il ritorno della *comunità* come via di fuga dalle contraddizioni del capitalismo moderno. Come ho già avuto modo di sottolineare, è ad una forma di democrazia comunitaria che approda Roberto Unger; e sulla scia di una tradizione autorevole e romantica – chi ha mai dimenticato la *Commune* di Parigi? - sembra che quasi tutte le idee di alternativa sociale, vecchie e nuove, facciano perno sul concetto di “comunità” variamente definito. La comunità sembra insomma essere la cartina tornasole di gran parte dei pensatori rivoluzionari. È Giulio Sapelli ad ammonire che questo concetto va invece maneggiato con cura, e che bisogna partire dal fondamentale saggio di F. Tönnies:

¹⁸⁵ V. Pecile, “Beni comuni e il discorso della legalità: il caso di Palermo”, in *Sociologia del diritto*, 3, 2019, p. 139.

Dove la comunità era l'immediata relazionalità tra soggetti [mentre] la società la divisione tra ruoli che quei soggetti annichilivano¹⁸⁶. Ma la comunità poteva risorgere con l'associazione. E con il paradigma fondamentale dell'associazione in economia e nei mercati: la cooperazione, impresa in cui il principio comunitario sovradeterminava le regole della gestione e della distribuzione della ricchezza prodotta¹⁸⁷.

Per Sapelli, la società, e quindi l'economia capitalistica, non esclude di per sé l'emergere dell'associazione, della cooperazione, dei beni comuni e quindi della comunità. C'è spazio per l'emersione di un nuovo "socialismo neo-comunitario", come auspica Sapelli, che tratta – lo vedremo – anche di beni comuni. C'è quindi un grande margine per quel tipo di azione trasformativa definita da Unger. Su questo concetto si tornerà; è il passaggio chiave di questa tesi: per ora rimanga chiaro quanto il dibattito sui beni comuni sia di così ampia portata.

Eppure che cos'è esattamente un bene comune non si può dirlo senza inquadrare il termine in una delle relative teorie. Più in generale possiamo dire che si tratta di un bene, materiale (come un fondo rustico o come gli *urban commons*¹⁸⁸) o immateriale (come un'opera dell'ingegno), che è *comune*: a chi? Qui le teorie divergono. Per alcuni si tratta di individuare piccole comunità di utilizzatori, per altri *comune* equivale a *tutti*. Non solo, ma pure la parola *comune* acquista significati diversi a seconda degli autori¹⁸⁹. Nel caso di Rodotà, la parola denota gli attributi posseduti da un

¹⁸⁶ Interessante notare come questa definizione coincide con l'approccio di Unger alla comunità, concepita proprio come luogo dove l'individuo può sviluppare la propria vera identità, al contrario del contesto del suo ruolo sociale. Per questo motivo egli prefigurava una rotazione dei lavori: affinché il ruolo non annichilisse l'individuo.

¹⁸⁷ G. Sapelli, *Oltre il capitalismo. Macchine, lavoro, proprietà*, Milano, Guerini Associati, 2018, p. 152.

¹⁸⁸ Cf. V. Pecile, "Beni comuni e il discorso della legalità: il caso di Palermo", cit., p. 142.

¹⁸⁹ Cf. M. Fioravanti, E. I. Mineo, L. Nivarra, "Dai beni comuni al comune", in *Storia del pensiero politico*, Rivista il Mulino, 1, 2016, pp. 89-114.

bene, e che ne giustificano l'assoggettamento ad una regolamentazione giuridica limitativa del diritto di proprietà: il *comune* qui è riferito ad una classe di cose essenziali per la tutela degli interessi collettivi. Per la teoria di Ostrom invece il *comune* ha una dimensione istituzionale, e cioè l'insieme di procedure che una collettività adotta per gestire determinati beni. Per Hardt e Negri, infine, *comune* è un concetto più ampio che mira a superare radicalmente i concetti di *pubblico* e *privato*.

Naturalmente l'evocatività della parola *comune* non può non prestare il fianco a diversi significati, spesso romantici, e spesso consapevolmente o inconsapevolmente travisati dalla comune retorica politica. Altre volte è proprio nella comune retorica politica che gli stessi studiosi vedono moti rivoluzionari che invece non sussistono. Per esempio trovo incomprensibile come mai, in diverse fonti italiane sui beni comuni, si continui a citare lo striscione "*il lavoro è un bene comune*" con cui la FIOM aprì un suo corteo milanese prima della battaglia referendaria sull'acqua del 2011. Per Ugo Mattei questo sarebbe un esempio di come:

i beni comuni stavano abbandonando le scrivanie di un numero circoscritto di studiosi, per lo più economisti negli Stati Uniti (Ostrom e altri) e giuristi in Italia (Commissione Rodotà), ponendo le premesse, tradotte in quesiti referendari, per divenire importante categoria del dibattito politico, capace di infliggere una delle sue pochissime sconfitte al modello neoliberale trionfante dalla caduta del Muro di Berlino¹⁹⁰.

Se così fosse, considerando che ancor oggi l'acqua è fonte di profitto in Italia¹⁹¹ e che addirittura "*Italia bene comune*" fu lo slogan della coalizione

¹⁹⁰ U. Mattei, *Il benecomunismo e i suoi nemici*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2015, cap. 2.

¹⁹¹ Basti pensare che i privati sono ancora presenti nella gestione dei servizi idrici, le bollette in molti casi aumentano, e ricchi dividendi continuano ad essere distribuiti.

di Bersani nel 2013 che per ironia del destino fu di fatto sconfitta, si può affermare a distanza di anni che il *benecomunismo*¹⁹² è stato totalmente annichilito e che i beni comuni sono tornati su quelle scrivanie di pochi studiosi.

Ritengo si debba rigorosamente distinguere tra l'uso puramente retorico che si può fare dell'espressione *bene comune* e invece l'uso scientifico (di scienza politica, economica, giuridica...) che appartiene al dibattito di cui stiamo ragionando. In questo senso è molto più di aiuto l'inglese, che con *common goods* – termine che si colloca nel linguaggio della scienza economica - intende esattamente il secondo tipo di significato. Non basta scrivere su uno striscione “bene comune” per essere automaticamente arruolati tra le fila di chi dei beni comuni persegue la portata veramente rivoluzionaria. Certo, oggi si parla di “vaccino bene comune” o di “dati bene comune”¹⁹³, ed è positivo che slogan di questo tipo mantengano un loro fascino intriso di una carica politica non estranea ai discorsi sui beni comuni, ma qui dichiaro che non è questo il tempo delle magre consolazioni.

Anzi, la principale preoccupazione di chi sostiene i beni comuni oggi dovrebbe essere la mancanza di collegamento tra questi slogan del dibattito politico e una solida teoria trasformativa. Una questione su cui torneremo, e che innanzitutto ci ricollega al discorso sul ruolo degli intellettuali fatto dai CLS e descritto nei primi paragrafi del Capitolo uno di questa tesi. Intanto cerchiamo di capire cosa si intende esattamente per “beni comuni”.

1.1 *Il Comune di Hardt e Negri*

¹⁹² Termine coniato da Mattei; cf. U. Mattei, *Il benecomunismo e i suoi nemici*, cit.

¹⁹³ Cf. www.datibenecomune.it

Come osserva Luca Nivarra, le teorie di Negri e Hardt sui beni comuni sono quelle che si collocano più agli antipodi di Hardin¹⁹⁴. Se quest'ultimo voleva dimostrare l'inevitabilità della proprietà privata e del capitalismo, i due autori elaborano una definizione di *comune*, inserito in una più ampia lettura della post-modernità, che invece viene concepito in modo nettamente antagonista alla proprietà stessa: sia pubblica che privata.

L'alternativa apparentemente esclusiva tra privato e pubblico corrisponde all'alternativa politica altrettanto perniciosa tra capitalismo e socialismo. Il progetto politico di istituire il comune, che sviluppiamo in questo libro, taglia diagonalmente queste false alternative - né privato né pubblico, né capitalismo né socialismo - aprendo così un nuovo spazio per la politica¹⁹⁵.

Commonwealth, l'opera che Hardt e Negri scrivono nel 2009, non ha niente da invidiare alle "grandi sistemazioni" di Unger, per come si sono commentate: opere prolisse, linguaggio evocativo, e una certa attitudine alla "teoria totale". Basti pensare che l'intermezzo del libro è dedicato alla "*forza di combattere il male*". Anche l'approccio all'ideologia ricorda le teorie di Unger e dei CLS sulla critica totale e la coscienza sociale:

Con i paraocchi delle odierne ideologie dominanti, comunque, è difficile vedere il comune, anche se ci circonda.¹⁹⁶

Il *comune* di Negri e Hardt corrisponde ad una sorta di "stato naturale" di cose che invece sono continuamente oggetto di espropriazione da parte dell'accumulazione capitalista; ha dunque due definizioni: quella più ampia indica i beni naturali (petrolio, le terre, l'acqua...) e i servizi pubblici

¹⁹⁴ Cf. L. Nivarra, "Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune", in M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, Ombre Corte, 2012, pp. 69-87.

¹⁹⁵ M. Hardt, A. Negri, *Commonwealth*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. ix.

¹⁹⁶ M. Hardt, A. Negri, *Commonwealth*, cit., p. viii.

(servizi idrici, trasporti, sanità, istruzione...) che sono oggetto di una continua privatizzazione, che altro non sarebbe che quella “accumulazione originaria” che Marx descrive e che per i due autori riappare costantemente nella storia e coesiste con la produzione capitalistica. La seconda definizione di *comune* riguarda invece il “*lavoro biopolitico*”, che sempre più ormai sarebbe autonomamente produttivo di valore senza il bisogno dell’intermediazione capitalista: il lavoro cognitivo e il lavoro affettivo.

Come osserva Coccoli¹⁹⁷, la riflessione post-operaista è la seguente: se è il sapere il principale fattore produttivo, i meccanismi tradizionali con cui si estrae il plusvalore entrano in crisi. Il capitale non solo deve valorizzare il lavoro-vivo dell’operaio, ma anche l’insieme immateriale e intangibile delle sue conoscenze, oggi alla base del cosiddetto “capitalismo cognitivo”. Ma per i due autori c’è un problema: la conoscenza, i beni immateriali, non sono soggetti a scarsità. Una volta progettato un nuovo software, ad esempio, il costo per riprodurlo tende a zero.

Il risultato è che, indipendentemente dal suo valore d’uso, il valore di scambio della conoscenza (potenzialmente disponibile in quantità illimitate) tenderà a zero. Come può allora il capitale valorizzare una merce tanto poco docile? L’unica soluzione è, appunto, creare artificialmente la scarsità. Nuove recinzioni, siano esse ottenute con strumenti legali o extralegali, consentono al capitale di *appropriarsi* della conoscenza, impedendo quindi che essa diventi bene comune¹⁹⁸.

Il ragionamento dei due autori – per Nivarra¹⁹⁹ - converge nel settore della proprietà intellettuale: invenzioni, idee, conoscenze, che vengono continuamente espropriate dai capitalisti e attraverso le regole sui brevetti

¹⁹⁷ Cf. L. Coccoli, “Communitas e beni comuni”, in E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, goWare, 2019.

¹⁹⁸ L. Coccoli, “Communitas e beni comuni”, in E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, cit.

¹⁹⁹ Cf. L. Nivarra, “Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune”, cit., pp. 81 ss.

sono oggi la maniera per continuare ad estrarre plusvalore. Quest'attenzione rivolta all'*economia della conoscenza* di Hardt e Negri è in linea con il più recente dibattito sui *commons* (si pensi al fenomeno dell'Open Source, dei Creative Commons etc.), e proprio su quest'argomento Roberto Unger ha scritto uno dei suoi più recenti libri: "*The Knowledge Economy*"²⁰⁰. Osserva Nivarra:

Proprio la disciplina della proprietà intellettuale ha storicamente rappresentato, attraverso il premio riconosciuto all'editore dell'opera collettiva (...) un incunabolo dei processi descritti da Hardt e Negri, caratterizzati, come si è visto, dall'esproprio capitalistico della ricchezza sociale generata attraverso forme di cooperazione produttiva autonoma. La *ratio* giustificatrice di tale soluzione risiede, come è noto, nell'investimento inizialmente effettuato dal capitalista; ed essa, sviluppata all'ennesima potenza, spiega il *trend* ormai ventennale di sistematica estensione della tutela d'autore ad artefatti (*software*, banche dati, disegno industriale) che nulla hanno a che vedere con le opere dell'ingegno tradizionalmente intese²⁰¹.

Per Hardt e Negri anche la *corporation* – la società d'impresa – è un luogo dove si trova il *comune* che poi viene espropriato:

[L'impresa]²⁰² è un'altra forma in cui il comune è sia generato che danneggiato. La produzione capitalistica in generale è un enorme apparato col fine di sviluppare reti comuni di cooperazione sociale e catturarne i risultati come accumulazione privata. (...) Ciò che è buono per la società, dicono i ritornelli ideologici, fa bene a tutti noi. È vero, e uno non dovrebbe negare il fatto, che il lavoro nella società capitalistica coinvolge il comune e fornisce un luogo per la cooperazione sociale e produttiva - in vari gradi, di naturalmente, e spesso molto meno ai livelli inferiori della forza lavoro. Come

²⁰⁰ R. M. Unger, *The Knowledge Economy*, London, Verso, 2019.

²⁰¹ L. Nivarra, "Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune", cit., p. 83.

²⁰² In tal modo mi sembra più opportuno tradurre *corporation* in questo contesto.

abbiamo già ampiamente spiegato, però, il comune generato e impiegato nella produzione non è solo espropriato, ma anche incatenato e corrotto attraverso l'imposizione della gerarchia e del controllo²⁰³.

Nell'impresa tutti partecipano alla produzione della ricchezza, col loro lavoro *comune*, ma questa viene espropriata dal capitalista – per il solo motivo di possedere il capitale - e la mal-redistribuisce per accrescere il proprio profitto. Le imprese, da luogo di possibile cooperazione sociale, diventano luogo di subordinazione e coercizione. Insomma:

La chiave per comprendere la produzione economica oggi è il comune, sia come forza produttiva che come forma in cui viene prodotta la ricchezza. Ma la proprietà privata ci ha resi stupidi, come dice Marx, così stupidi che siamo ciechi al comune! Sembra che economisti e politici possano vedere il mondo solo come diviso tra privato e pubblico, di proprietà dei capitalisti o controllato dallo Stato, come se il comune non esistesse. Gli economisti riconoscono il comune, infatti, ma lo considerano generalmente al di fuori delle relazioni propriamente economiche, come "economie esterne" o semplicemente "esternalità".²⁰⁴

Mentre i modelli di Rodotà e Ostrom, che vedremo, consacrano rispettivamente il primato della *disciplina* e della *gestione*, quello di Negri e Hardt consacrerebbero il primato della *prassi*. All'interno di questo modello essi agirebbero sul piano della teoria, come altri due autori altrettanto famosi in quest'ambito: Dardot e Laval, che scrissero nel 2014 un'opera anch'essa intitolata – ma in francese – “*Commun. Essai sur la Révolution au XXI siècle*”²⁰⁵. Mentre le occupazioni di beni pubblici e privati susseguite in Italia tra il 2010 e il 2014 rappresenterebbero l'atto pratico di

²⁰³ M. Hardt, A. Negri, *Commonwealth*, cit., p. 162.

²⁰⁴ M. Hardt, A. Negri, *Commonwealth*, cit., p. 281.

²⁰⁵ M. Fioravanti, E. I. Mineo, L. Nivarra, “Dai beni comuni al comune”, in *Storia del pensiero politico*, Rivista il Mulino, 1, 2016, pp. 89-114.

questa riflessione teorica.

Il *comune* è allora il realizzarsi di un nuovo ordine sociale, in una prospettiva post-operaista che rinnova le categorie marxiane. Allo spettro del comunismo viene sostituito “*lo spettro del comune*”²⁰⁶. E al “proletariato” come classe sociale rivoluzionaria viene sostituita la classe dei “poveri” - che vivono nelle metropoli; definiti, però, non come coloro che semplicemente “non hanno nulla”, ma come la grandissima moltitudine di quelli che, nella “Repubblica proprietaria” - che si fonda cioè sulla proprietà capitalistica - sono inseriti nei meccanismi di produzione sociale. In poche parole, i “poveri” di Negri e Hardt non sono i ricchi: questi ultimi sono i capitalisti che vivono di rendita e che espropriano ciò che è comune – dagli spazi alle conoscenze – per creare plusvalore e far profitto²⁰⁷.

La moltitudine contro i pochi, è questo il messaggio finale di Negri e Hardt. È tramite l’antagonismo della moltitudine che si può liberare il *comune* dai vincoli di un capitalismo ormai nella sua fase terminale.

1.2 *La Commissione Rodotà*

Riprendiamo qui il discorso fatto agli inizi di questa tesi. Avevamo lasciato Stefano Rodotà negli anni ‘80, mentre commentava a Roma la fine dell’esperienza dell’*uso alternativo del diritto*. Per una più puntuale analisi di quegli anni, e di quella che si può definire “la scuola gius-marxista italiana”, rimando al libro di Luca Nivarra: “*La grande illusione*”²⁰⁸. Da questo punto in poi, finita l’esperienza iniziata a Catania nel 1972, e monca del suo principale referente politico-progettuale – il PCI, che entrava negli

²⁰⁶ Cf. M. Hardt, A. Negri, *Commonwealth*, cit., p. 153.

²⁰⁷ Affermazioni che fanno eco a quel “*we are 99%*” di Occupy Wall Street e che ha certamente inaugurato una nuova stagione di antagonismo sociale.

²⁰⁸ L. Nivarra, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015.

anni di Berlinguer in crisi di identità oltre che elettorale poi – la scuola dei giuristi marxisti si andò estinguendo, e i suoi componenti si rinchiusero nel perimetro del tecnicismo, mentre il ruolo della cultura universitaria subiva un generale ridimensionamento²⁰⁹.

Per lungo tempo scompare, nell'orizzonte della cultura giuridica nostrana, qualsiasi traccia di critica di sistema soppiantata dall'assunzione come indiscutibile del paradigma del mercato concorrenziale che, anche sotto la spinta del processo di integrazione europea, diviene l'alfa e l'omega dei giuristi (...)²¹⁰

Insomma i giuristi italiani vivevano una fase che Unger definirebbe come “il periodo dell'oscurità” - e del resto la stessa fase la vivevano i CLS negli Stati Uniti, sotto l'avanzamento delle scuole neoliberiste. Un panorama che in Italia è cambiato, secondo Nivarra, almeno in parte, con l'irruzione del tema dei beni comuni.

Come osserva anche Pecile²¹¹, è dopo il 2007 che essi diventano oggetto sia di una riflessione teorica innovativa sia della pratica politica di un ampio movimento sociale. Partendo dal dibattito teorico, il suo punto più alto è stato certamente l'istituzione della Commissione Rodotà, incaricata nel 2007 dal Ministero della Giustizia di riformare il regime dei beni pubblici del Codice Civile del 1942. Questo regime, più volte criticato dalla dottrina come anacronistico, è basato tutt'oggi su tre categorie: *demanio*, *patrimonio indisponibile*, e *patrimonio disponibile*. Andava invece inserita la più moderna definizione di “beni comuni”. Fecero parte della Commissione:

²⁰⁹ Questa spiegazione è di Nivarra, ma tutto torna con il discorso fatto da Rodotà e che abbiamo descritto. Cf. L. Nivarra, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, cit., p. 87.

²¹⁰ L. Nivarra, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, cit., p. 88.

²¹¹ Cf. V. Pecile, “Beni comuni e il discorso della legalità: il caso di Palermo”, in *Sociologia del diritto*, 3, 2019, pp. 139-155.

Stefano Rodotà (Presidente), Ugo Mattei (Vicepresidente), Alfonso Amatucci, Felice Casucci, Marco D'Alberti, Daniela di Sabato, Antonio Gambaro, Alberto Lucarelli, Luca Nivarra, Paolo Piccoli, Mauro Renna, Francesco Saverio Marini, Luigi Salvato, Giacomo Vaciago. La Segreteria Scientifica coordinata da Edoardo Reviglio. La definizione di beni comuni a cui arrivò infine la Commissione fu la seguente:

Le cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. 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 (corsivo mio, nda).

Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe.

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.

La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. 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 reversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle

azioni suddette saranno definite dal decreto delegato.²¹²

Questa lunga definizione, pur non essendo mai diventata norma – a causa dell'improvvisa caduta del Governo Prodi e del disinteresse politico che ne è seguito – ha comunque rappresentato un punto di riferimento per il dibattito. Possiamo isolarne tre elementi importanti. Il primo è la definizione di beni comuni legata all'esercizio dei *diritti fondamentali* della persona e al suo *libero sviluppo*. Questa definizione “aperta” del termine, fu anche una delle sue principali criticità: un giudice avrebbe così il potere di ampliare la classe dei beni comuni oltre i confini immaginati dal legislatore, e questo è sicuramente problematico se il compito della Commissione era comunque quello di riformare il regime dei beni pubblici, che per sua natura necessita di essere definito con una certa chiarezza. Tale sistemazione accennava anche profili di incostituzionalità²¹³. In ogni caso una tale sistemazione con l'uso di “*diritti fondamentali*” e “*libero sviluppo*” si ricollega proprio al dettato costituzionale, e non è estranea al grande tema della funzione sociale della proprietà. Come osserva Nivarra: che l'appartenenza di un bene ad un soggetto - pubblico o privato – possa non essere d'ostacolo alla sua fruizione collettiva, trova nell'art. 42 della Costituzione il riferimento normativo più ovvio. Il secondo elemento della definizione è infatti che, a prescindere da chi ne sia il titolare, la *fruizione collettiva* ne deve essere garantita: una sorta di “proprietà attenuata”, come quella che oggi è propria della disciplina dei beni culturali, paesaggistici e naturali²¹⁴. Il terzo elemento degno di sottolineatura è il riconoscimento del ruolo dello Stato quale garante di ultima istanza dei meccanismi di accesso al bene: esso definisce con legge modalità e limiti della fruizione, è legittimato in via

²¹² L. Nivarra, “Quattro usi di beni comuni per una buona discussione”, in *Rivista critica del diritto privato*, XXXIV, 2016, p. 42.

²¹³ Cf. L. Nivarra, “Quattro usi di beni comuni per una buona discussione”, cit., p. 43.

²¹⁴ Nella quale vengono limitate le prerogative rispetto al bene del proprietario, che non può danneggiarlo, alienarlo, mutarne la destinazione, etc.

esclusiva all'azione di danni e a quella di reversione degli utili²¹⁵.

Questo modello, che Nivarra definisce “eco-riformista” e “filocostituzionale”, sarà poi criticato da quell'orientamento più radicale, che invece vuole il superamento della dicotomia pubblico/privato tramite i beni comuni; o meglio tramite il “comune”: dai sostenitori del modello di Negri e Hardt, tra cui si inserisce lo stesso Nivarra²¹⁶ – che pur ha fatto parte della Commissione – fino ad intellettuali come Ugo Mattei²¹⁷ – che fu addirittura Vicepresidente della Commissione.

È tramite questo “antagonismo del *comune*”, e i relativi tentativi di incanalarlo in prospettive istituzionali come quella della Commissione o di specifici Regolamenti comunali²¹⁸, che vengono letti i movimenti di protesta che ebbero vita proprio contestualmente alla nascita del dibattito sui beni comuni. Della campagna referendaria del 2011 si è già accennato, ma più in generale ci si riferisce ad una serie di iniziative – specie occupazioni di immobili – che si moltiplicarono in tutta Italia. Nello stesso anno divenne famoso, per esempio, il caso del Teatro Valle: artisti e lavoratori precari dello spettacolo ne occuparono lo storico edificio nel centro di Roma, che stava per essere ceduto dal Ministero della Cultura al Comune di Roma per poi essere messo sul mercato. Spiega Pecile:

Sin dall'inizio dell'occupazione, gli occupanti del Valle godono dell'expertise di un gruppo di giuristi che li supportano nel legittimare il proprio claim al Teatro Valle “bene comune”: il riferimento è all'Articolo 43 della Costituzione sul trasferimento di imprese con

²¹⁵ Cioè la restituzione coattiva degli utili guadagnati illecitamente.

²¹⁶ Che comunque non si pente di aver fatto parte della Commissione, anzi ne rivendica l'esperienza. Cf. L. Nivarra, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, cit., p. 104.

²¹⁷ Cf. U. Mattei, *Il benecomunismo e i suoi nemici*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2015.

²¹⁸ Si veda lo specifico caso raccontato in V. Pecile, “Beni comuni e il discorso della legalità: il caso di Palermo”, cit.

carattere di interesse generale a comunità di lavoratori o di utenti. Sostenuta da questa riflessione, la comunità del Valle due anni dopo arriva a darsi uno status giuridico, costituendosi nella Fondazione Teatro Valle Bene Comune²¹⁹.

Emerge allora con evidenza lo stretto legame tra il diritto e il movimento italiano per i beni comuni; ne emerge in particolare l'utilizzo controegemonico degli strumenti giuridici. Proprio quello che hanno lungamente teorizzato i Critical Legal Studies.

1.3 *Il premio Nobel di Elinor Ostrom*

Studiosa di stretta osservanza neoistituzionalista – come la definisce Nivarra²²⁰ - Elinor Ostrom è colei che ha dato il contributo forse più alto al dibattito che prese le mosse da quel famoso articolo di Garret Hardin. Di quest'ultimo Ostrom seguì le lezioni, all'Università dell'Indiana, entrando in contatto con quelle teorie malthusiane contro cui maturò sin da subito un'avversione: *“nella mia mente Hardin divenne un totalitario”*²²¹. Iniziarono così per lei anni di ricerche e di attività saggistica sui beni comuni, che le fecero mettere in piedi una critica puntuale ed efficace alla “tragedia” paventata da Hardin, e che alla fine le valsero il Premio Nobel per l'Economia il 10 Dicembre 2009. Il premio più ambito dalla comunità scientifica internazionale veniva dato a colei che aveva confutato le teorie di Hardin e aveva dedicato i propri studi alle prospettive dei beni comuni.

Ostrom, come abbiamo già accennato, pone al centro della sua analisi il

²¹⁹ V. Pecile, “Beni comuni e il discorso della legalità: il caso di Palermo”, in *Sociologia del diritto*, 3, 2019, p. 144.

²²⁰ Cf. L. Nivarra, “Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune”, in Maria Rosaria Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, Ombre Corte, 2012, p. 77.

²²¹ Parole sue nel corso dell'intervista rilasciata a Margaret Levi; cf. E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, goWare, 2019, cap. “Il metodo Ostrom”.

governo dei *commons*; le forme di gestione comune. Da queste dipende l'avveramento o meno del modello di Hardin, che si realizza solo in determinate situazioni dove fondamentalmente c'è assenza di informazioni, scarsa fiducia reciproca, e incapacità di cooperare. Le ricerche di Ostrom si basano sullo studio di situazioni – in tutto il Mondo – dove invece non è così: dove emerge un governo *democratico* delle risorse, che può essere riassunto in otto “principi di progettazione” sempre validi. Un vero e proprio “algoritmo ostromiano”.

Quali sono quindi, per Ostrom, i beni comuni? Non c'è un elenco definito: qualsiasi bene, materiale o immateriale, gestito in maniera comunitaria – secondo i principi che vedremo – è un bene comune. L'acqua non è un bene comune di per sé: può esserlo. Così i terreni agricoli, gli immobili, le cose mobili... Risorse comuni gestite in modo comune. C'è però un attributo che una risorsa deve avere, per essere effettivamente gestita come bene comune: la sua scarsità.

Se le unità di risorsa sono relativamente abbondanti, gli appropriatori avranno scarsi motivi per investire, dati gli alti costi in termini di tempo e sforzo necessari per l'organizzazione. Qualora invece la risorsa sia già stata abbondantemente distrutta, gli alti costi necessari per l'organizzazione non genereranno benefici consistenti. Quindi, è probabile che l'autorganizzazione si verifichi soltanto se gli appropriatori riscontrano una sostanziale scarsità della risorsa²²².

Ostrom sottolinea però come qualsiasi discorso teorico sui costi/benefici rischi continuamente di essere invalidato da variabili imprevedibili, e che vanno studiate sul campo. Ostrom studia e riporta modelli diversi di gestione di beni comuni, basandosi su ricerche sul campo svolte in tutto il

²²² E. Ostrom, “Ripensare i beni comuni”, in E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, cit.

Mondo; ad esempio il modello dei contadini del Nepal:

In Nepal la maggior parte dei contadini è proprietaria del terreno, però possiede appezzamenti piccoli, di meno di un ettaro. (...) gli agricoltori hanno da tempo l'autorità di creare le proprie associazioni idriche, costruire e mantenere le installazioni e monitorare e far applicare il rispetto delle norme²²³.

Rispettavano cioè, gli otto “principi di progettazione”. Vediamoli²²⁴.

1) *Limiti chiaramente definiti*. I singoli o le famiglie aventi il diritto di attingere unità di risorsa da una risorsa comune e i limiti della risorsa comune stessa sono ben definiti²²⁵.

È necessario il possesso di regole che definiscano chiaramente l'entità dell'oggetto che si utilizza e l'identità del soggetto utilizzatore. Ostrom sottolinea poi che per una gestione più efficace le risorse devono poter essere monitorate a costi bassi e i tassi di variazione delle risorse e degli utilizzatori devono essere moderati.

2) *Congruenza*. A. La distribuzione dei benefici in base a regole di appropriazione è grossolanamente proporzionata ai costi imposti dalle regole di approvvigionamento. B. Le regole di appropriazione che limitino il tempo, il luogo, le tecnologie e/o le quantità di unità di risorsa sono connesse con le condizioni locali²²⁶.

Le regole devono essere considerate eque e legittime dai partecipanti stessi, innanzitutto perché i costi e i benefici di queste regole

²²³ E. Ostrom, “Ripensare i beni comuni”, in E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, cit.

²²⁴ Sono così illustrati da Ostrom nel suo saggio “Ripensare i beni comuni”; il corsivo è mio; cf. E. Ostrom, “Ripensare i beni comuni”, in E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *BENI COMUNI, diversità, sostenibilità, governance*, goWare, 2019.

²²⁵ E. Ostrom, “Ripensare i beni comuni”, cit.

²²⁶ E. Ostrom, “Ripensare i beni comuni”, cit.

sono proporzionati.

3) *Accordi di scelta collettiva*. La maggior parte degli individui cointeressati alle regole operative può partecipare alla modifica delle regole stesse²²⁷.

La regola utilizzata per cambiare le disposizioni però può variare a seconda dei contesti: dal rispetto delle decisioni di uno o più leader, alle procedure di voto, fino al consenso unanime o quasi unanime. Qui del resto si realizza una sorta di “principio democratico” di *governance*, che deve essere effettivo, affinché le informazioni sui costi/benefici non siano percepite in maniera distorta dagli altri partecipanti, e che quindi le condizioni informative nuove vengano prese effettivamente in considerazione dalla massa degli utilizzatori. Le risorse vengono gestite meglio se le comunità di utilizzatori sono caratterizzate da una comunicazione frequente e una fitta rete di relazioni sociali.

4) *Monitoraggio*. I controllori, che monitorano attivamente le condizioni della risorsa comune e il comportamento degli appropriatori, rendono conto agli appropriatori e/o sono gli appropriatori stessi.

5) *Sanzioni graduate*. Gli appropriatori che violino le regole operative possono ricevere sanzioni graduate (a seconda della gravità e del contesto della violazione) da parte degli altri appropriatori, di funzionari responsabili nei confronti di detti appropriatori, o di entrambi²²⁸.

Dunque un sistema di autocontrollo, che possa sanzionare in modo proporzionale le eventuali condotte truffaldine di alcuni utilizzatori, e di

²²⁷ E. Ostrom, “Ripensare i beni comuni”, cit.

²²⁸ E. Ostrom, “Ripensare i beni comuni”, cit.

disincentivare future condotte dannose. Anche gli estranei devono poter essere esclusi, a costi relativamente bassi.

6) *Meccanismi di risoluzione dei conflitti*. Gli appropriatori e i funzionari che ad essi fanno capo hanno rapido accesso a istituzioni locali a basso costo ove risolvere i conflitti tra gli appropriatori o tra gli appropriatori e i funzionari²²⁹.

I disaccordi devono essere dunque risolti in modo ordinato e a basso costo, altrimenti gli appropriatori perderanno la voglia di conformarsi alle regole, considerando che le questioni interpretative possono favorire una parte o un'altra.

7) *Riconoscimento minimo del diritto a organizzare*. Il diritto degli appropriatori di concepire le proprie istituzioni non può essere messo in discussione da autorità governative esterne²³⁰.

Questo punto ha a che fare con l'autonomia di queste istituzioni e, ancora, con l'abbattimento dei costi (di transazione). Solo se queste sono riconosciute dai governi nazionali, regionali e locali, la legittimità delle loro regole sarà messa meno in discussione in tribunali o in ambiti amministrativi e legislativi.

8) *Imprese nidificate*. Le attività di appropriazione, approvvigionamento, monitoraggio, imposizione, risoluzione dei conflitti e governance sono organizzate su strati multipli in imprese nidificate²³¹.

Qui Ostrom chiarisce che in caso di risorse vaste e con un numero di partecipanti alto, la configurazione di *governance* migliore è quella di una

²²⁹ E. Ostrom, "Ripensare i beni comuni", cit.

²³⁰ E. Ostrom, "Ripensare i beni comuni", cit.

²³¹ E. Ostrom, "Ripensare i beni comuni", cit.

serie di imprese nidificate (ovvero imprese che contengano al loro interno altre imprese²³²), che consentano agli appropriatori di risolvere problemi diversi connessi ad economie di scala diverse. È per esempio ricorrendo ad istituzioni più piccole che la comunicazione interpersonale può essere più facile, consentendo di risolvere più facilmente i problemi quotidiani.

Emerge qui il problema della dimensione dei beni comuni, perché Ostrom riconosce che *“è più probabile che le strategie cooperative nascano e perseverino in gruppi piccoli piuttosto che grandi”*²³³. Su questo punto si sono levate alcune critiche alle sue teorie, poiché esse riguarderebbero – nella maggior parte dei casi – comunità che non superano le 15.000 unità²³⁴. Ritengo però che, anche volendo prestare il fianco a questo tipo di critica, essa non diminuisca la portata rivoluzionaria delle teorie di Ostrom: sia perché è il punto otto a delineare un modo organizzativo in contesti più grandi, sia perché una buona parte delle risorse che possono effettivamente diventare beni comuni sono comunque risorse di riferimento per comunità medio-piccole. Un parco, una fonte d’acqua, una fabbrica... Per esempio, come è lei stessa a sottolineare, si stima che il 90% dei pescatori di tutto il mondo pescano più della metà del pesce consumato ogni anno da zone di pesca di piccola dimensione²³⁵. Se tutte le risorse del mondo fossero amministrate come beni comuni da piccole comunità, sarebbe certamente una rivoluzione globale senza precedenti.

²³² O associazioni federate ad altre associazioni, a loro volta sotto “ombrello” di altre più grandi.

²³³ E. Ostrom, “Ripensare i beni comuni”, cit.

²³⁴ Osservazione fatta da Nivarra; cf. L. Nivarra, “Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune”, in M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, Ombre Corte, 2012, p. 77.

²³⁵ Elinor Ostrom nel corso dell’intervista rilasciata a Margaret Levi; cf. E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, goWare, 2019, cap. “Il metodo Ostrom”.

2. Il re è nudo: una lettura critica alla proprietà

Ci avviciniamo alle conclusioni di questa tesi, dopo aver lungamente delineato la genesi di tutti gli elementi che ci servivano, e non prima di aver ricordato la “morale” di una favola che viene spesso citata sia in politica che in filosofia. La racconta proprio il grande Hans C. Andersen²³⁶, ed era in origine intitolata “*I vestiti nuovi dell'imperatore*”, ma conosciuta oggi con l'espressione “*il re è nudo!*”.

In breve, c'era una volta un re molto vanitoso e in grado di spendere un intero capitale per dei bei vestiti. Un giorno due imbroglioni si presentarono alle porte del regno, e sparsero subito la voce di aver fama di essere grandi stilisti. Il re, incontrandoli, volle subito da loro i migliori vestiti che potessero fare, e loro risposero che – in cambio di tutto l'oro di cui disponeva - non solo avrebbero fatto il più bel vestito di sempre, ma che questo vestito sarebbe stato anche magico: fatto di un tessuto così magnifico, sottile e leggero, che solo gli stupidi e gli indegni non avrebbero potuto vederlo. Siccome questa voce si era sparsa per tutto il regno, nessuno aveva il coraggio di affermare che non vedeva alcun vestito, perché così si sarebbe mostrato stupido agli occhi degli altri: dunque neanche i suoi funzionari ebbero il coraggio di avvertire il re mentre “indossava” con estrema contentezza il pregiato e costosissimo vestito invisibile che i due imbroglioni gli avevano confezionato. Il re volle procedere in parata: tutti gli abitanti assistevano alla sfilata del re con applausi e complimenti, non volendo passare anch'essi da stupidi e indegni di vedere un così pregiato vestito, finché ad un certo punto fu un bambino a gridare... *il re è nudo!* Una frase epifanica che fu in grado di spezzare la “magia”: sentendola, tutti si accorsero che beh, effettivamente, il re era nudo! Così si misero, tra risate

²³⁶ Autore di grandi successi come “La sirenetta”, “La principessa sul pisello”, “Il brutto anatroccolo”, “La piccola fiammiferaia”.

e grida, a prendere in giro il re, che - imbarazzato – continuò tuttavia la sua parata cercando di convincersi che se i suoi sudditi lo prendevano in giro era perché, al contrario suo, non erano così intelligenti e degni da vedere il suo bellissimo vestito.

Questa fiaba può essere utilizzata come metafora di molte cose: del potere, della pressione sociale, della credulità collettiva... È per esempio citata nell'*incipit* del libro di Enrico Pattaro, dall'eloquente titolo: "*Opinio Iuris. Il diritto è un'opinione: chi ne ha i mezzi ce la impone*"²³⁷. Che il diritto sia un'opinione, imposta da chi ne ha i mezzi, è esattamente la concezione del diritto sviluppata dai Critical Legal Studies, che trova nella favola citata un'efficace rappresentazione. Chi ha il potere di influenzare la coscienza sociale (i due imbrogliatori all'inizio ma soprattutto il re che li ha legittimati) ha creato, per dirla con Pattaro, "*una possente e operante realtà psichica*" che non è messa in discussione proprio perché sostenuta in maniera incalzante da chi ha quel potere. Del resto criticare la misteriosa realtà oggettiva invisibile significherebbe non capirla, rispetto ai "dotti" che tutto vedono e sanno. Così come i giudici con la loro "imparzialità", i docenti con la "dottrina", e gli altri operatori del diritto preservano l'astratta struttura giuridica, che a sua volta preserva determinati rapporti di potere: "*il diritto è politica*" dei CLS risuona così come quel "*il re è nudo!*"; l'ambizioso obiettivo epifanico della loro critica.

Se questo movente è evidente per la critica totale, lo stesso è per molte delle critiche "particolari" dei CLS, specie per quelle fatte alla proprietà. Che la proprietà sia un istituto giuridico "*nudo*", e cioè privo di quella struttura definita, definitiva e assoluta, che certo pensiero liberale invece gli assegna, è uno dei cavalli di battaglia dei Critici. Del resto gli Stati Uniti fondano la

²³⁷ E. Pattaro, *Opinio Iuris. Il diritto è un'opinione: chi ne ha i mezzi ce la impone*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011.

propria Costituzione federale sui concetti di *liberty* e *property*, che hanno dato il La a tutta una certa impostazione dottrinale e giurisprudenziale di cui i Critici si fanno degni nemici.

Morton Horwitz, in “*The Trasformation of American Law*”²³⁸ - un libro importante per tutta la letteratura Critica e non solo – dedica un intero capitolo alla trasformazione del concetto di proprietà nel diritto americano; l’intento è proprio quello di metterne in crisi “*l’ortodossia legale*”²³⁹.

Il problema fondamentale dei giuristi dopo la Guerra Civile fu come articolare una concezione della proprietà che potesse venir incontro all’enorme espansione delle varietà di forme di proprietà generata da una società industriale dinamica. (...) Nuove varietà di interessi legali, diversi da quelli terrieri, cominciavano ad imporsi sempre di più all’attenzione dei tribunali²⁴⁰.

Nessun diritto naturale e predefinito quindi, ma una concezione che cambia a seconda del contesto economico e sociale. All’epoca di cui parla inizialmente Horwitz, la risposta alle nuove esigenze fu l’astrazione del concetto di proprietà²⁴¹, che doveva adattarsi non più solo alla terra, ma a qualsiasi cosa che nella nuova società industriale avesse un *valore*. Tanto che il dibattito più intenso attorno alla proprietà fu quello che prese le mosse dal 1920 sulla determinazione dell’*equo valore* in base al quale compensare un esproprio per pubblica utilità.

[Ma] se l’astrazione minacciava di “appropriarsi” dell’intero mondo delle relazioni legali, incoraggiava anche i primi sforzi per minare e

²³⁸ M. Horwitz, *The Trasformation of American Law*, New York, Oxford University Press, 1992, pp. 145 ss.

²³⁹ “*The Crisis of Legal Orthodoxy*” è il sottotitolo.

²⁴⁰ M. Horwitz, *The Trasformation of American Law*, cit., p.145.

²⁴¹ Del resto iniziavano gli anni del formalismo giuridico. Vedi cap. I.

sovertire l'estremo concettualismo del pensiero giuridico ortodosso²⁴².

L'attacco al formalismo giuridico. Horwitz descrive così *“l'assalto progressista al concettualismo”*, agli inizi del '900, a cui prese parte il Realismo Giuridico e il Professore di Yale, Wesley N. Hohfeld, ancora prima. Il contributo del primo è raccontato sotto il punto di vista della critica alla distinzione pubblico/privato – secondo cui da una parte ci sarebbe il pubblico interesse e dall'altra la proprietà privata, che andrebbero bilanciati – portata avanti da Morris Cohen:

“[In] tutti i sistemi giuridici civili c'è una grande quantità di giusta espropriazione o confisca senza alcun risarcimento diretto”.
L'abolizione della schiavitù e il divieto di alcolici erano due esempi.
“Possiamo andare oltre e dire che l'intero ruolo dello Stato dipende dal suo legittimo potere di togliere la proprietà di alcuni (sotto forma di tassazione) e usarla per sostenere altri”.²⁴³

Non è vero dunque che gli “espropri” andrebbero sempre compensati da un equo risarcimento, non dovrebbe essere questo il principale problema dei giuristi sul punto, perché non è vero che l'interesse pubblico deve essere sempre messo sulla bilancia con un diritto privato e assoluto. La proprietà non è inviolabile, e anche quando la si viola non si compie per forza un danno che va risarcito.

Il contributo di Hohfeld invece è più generale, ma molto più importante, tanto che è spesso citato dai Critici nei loro ragionamenti. Egli rimase famoso nelle scuole di diritto americane per aver compilato una tavola di “concezioni legali fondamentali”, stabilendo i loro significati secondo una

²⁴² M. Horwitz, *The Trasformation of American Law*, cit., p. 151.

²⁴³ I virgolettati sono parole di Cohen; cf. M. Horwitz, *The Trasformation of American Law*, New York, Oxford University Press, 1992, pp. 165 ss.

stretta logica di “opposti” e “correlativi”, e creando così un vero e proprio metodo di ragionamento giuridico²⁴⁴. Sulla proprietà volle dimostrare che non può esistere una relazione giuridica tra una persona e una cosa (che non può certo essere soggetto di diritto), ma al massimo una relazione tra una e più persone. Per Hohfeld infatti la proprietà è solo “*un insieme di relazioni legali*”, di diritti, poteri, immunità, tra le persone rispetto a certe cose, esattamente come il diritto contrattuale: la differenza tra un contratto e il diritto di proprietà è solo che il primo è una relazione tra poche persone, il secondo è tendenzialmente la relazione tra una persona e “il mondo intero”. La proprietà non descrive alcuna *res*, non è un concetto incorporato ad essa: consiste in relazioni giuridiche *astratte* ed esterne alle cose fisiche. Esattamente come il vestito del re nella favola, che non consisteva in una *res* ma in un insieme di relazioni psichiche tra le persone coinvolte.

Di proprietà si è naturalmente occupato anche Roberto Unger, che in *False Necessity*²⁴⁵ dedica molto spazio al descrivere l’evoluzione di questo istituto giuridico in relazione al contesto socioeconomico. Innanzitutto specificando che, per capire meglio un contesto economico, bisogna guardare anche alla storia delle *corporation*, che si collocano accanto al sistema dei diritti contrattuali e di proprietà e che sono relativamente isolate dal potere pubblico. Come Horwitz racconta che dopo la Guerra Civile si fece largo la necessità di una proprietà astratta e legata al *valore*, così Unger spiega che nello stesso periodo vinse una concezione di *corporation* più autonoma dal potere governativo e che tendeva ad incorporarne altre.

Alla fine, la forma societaria divenne un dispositivo che consentiva a grandi concentrazioni di potere economico sui lavoratori e sui mercati di operare in una posizione decisiva rispetto ai rischi del conflitto

²⁴⁴ Per un approfondimento, cf. M. Horwitz, *The Transformation of American Law*, cit., pp. 152 ss.

²⁴⁵ R. M. Unger, *False Necessity*, London, Verso, 2001.

democratico di parte. (...) Il cuore della loro concezione di libertà fu l'ingiustificata identificazione di un'idea astratta di decisione di mercato decentralizzata con un concreto sistema di contratti e diritti di proprietà, organizzati attorno a sfere di assoluta discrezione nel controllo del lavoro e delle merci²⁴⁶.

Insomma fu anche e soprattutto la disciplina societaria a dare forma (giuridica) al mercato, creando così un taglio netto tra diverse sfere: quella della vita sociale e della politica governativa, dove venivano applicati i principi democratici, e invece il più largo mondo del lavoro e dello scambio, dove invece quegli stessi principi non si applicavano. Una forma di mercato che, se valeva per gli Stati Uniti, non era invece la stessa per il resto del Mondo, dove per esempio Germania e Giappone sperimentavano politiche più autoritarie e un maggior coinvolgimento tra governo e mondo degli affari. Unger sottolinea che proprio studiando la Storia si incontrano forme di mercato diverse, con annessi diritti diversi; e si identifica inoltre quella che può essere definita una sorta di “alleanza” tra Stato e imprese egemoni nel bloccare l'emergere di nuove forme economiche. Unger cita per esempio quella sorta di “alternativa piccolo borghese” - fatta di piccoli produttori e aziende di dimensione familiare, come per esempio nel primo *putting-out system* - che si opponeva al modello industriale delle grandi compagnie accentratrici.

I più tenaci hanno ragione a dire che la presunta alternativa sarebbe stata sia autodestabilizzante che inefficiente a meno che essa non costruisse per sé assetti istituzionali per mercati e democrazie differenti da quelli che di fatto sono venute a prevalere. La produzione di piccole merci non aveva futuro a lungo termine nelle economie di mercato basate sulla proprietà e nelle istituzioni democratiche di tipo americano. Avrebbe richiesto un quadro istituzionale diverso. E questo quadro avrebbe alterato radicalmente il suo significato e le sue

²⁴⁶ R. M. Unger, *False Necessity*, cit., p. 178.

conseguenze sociali. Ma i romantici piccolo borghesi hanno ragione ad insistere sul fatto che la loro alternativa è stata ripetutamente soppressa piuttosto che sconfitta in una imparziale competizione darwiniana²⁴⁷.

Insomma se il sistema istituzionale di forme e di leggi fu cucito addosso alla grande impresa, la piccola impresa cedette non perché sconfitta nel *libero mercato* – che libero non era. Al contrario i governi si guardavano bene dal formulare categorie contrattuali e di proprietà che potessero escludere il controllo assoluto e permanente sulle grandi accumulazioni di capitale: questo fino almeno alle prime legislazioni *antitrust*, che intervennero quando – agli occhi dell’opinione pubblica e soprattutto di quelli di altre grandi aziende – i monopoli erano diventati un problema. Si pensi, per esempio, al clamoroso caso giudiziario della *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*.

Unger cita invece un esempio di come l’alleanza tra lo Stato e una forma produttiva diversa, avesse potuto far emergere questa, a scampo di qualsiasi concezione di “inevitabilità storica” di certe forme economiche: è l’esempio della Francia, e nello specifico degli artigiani tessili di Lione, che all’alba dell’epoca industriale dovevano fare i conti con l’ampia domanda di tessuti a basso costo e quindi con le potenzialità della grande industria.

I piccoli produttori usarono tessuti misti e nuove forme di stampa e tintura. L’elevata instabilità dei mercati tessili, la diffusione dell’elettricità come fonte di energia decentralizzata a buon mercato e gli stipendi relativamente bassi dei tessitori rurali favorirono la *petite fabrique*. Inoltre, l’impostazione più ampia della politica nazionale francese non aveva mai cessato di essere più congeniale allo stile di produzione alternativo rispetto alla sua controparte inglese. La sopravvivenza dei quadri artigianali o di piccole imprese

²⁴⁷ R. M. Unger, *False Necessity*, cit., p. 182.

imprenditoriali in gran parte della Francia, come nelle altre regioni europee in cui fiorirono, trovò sostegno nella vitalità dell'agricoltura indipendente di piccole dimensioni. Questa vitalità rifletteva a sua volta la continua capacità dei contadini e della piccola borghesia francesi, dal consolidamento del governo assolutista ai successivi regimi rivoluzionari, di arruolare il potere governativo a proprio favore. (...) Con una continua serie di auto-trasformazioni, punteggiate da grandi crisi e ingegnose risposte, i piccoli produttori di merci, i ridicolizzati reazionari della storia industriale, si erano assicurati un posto di rilievo nei settori più avanzati dell'industria²⁴⁸.

Unger cita anche la lotta tra piccola proprietà contadina e grande latifondo, che al lettore italiano è ben nota se si pensa alle leggi emanate dalla Repubblica per spossessare i grandi proprietari terrieri e creare, specie al Sud, la piccola proprietà terriera e la proprietà cooperativa, abolendo così la mezzadria. Quelle degli anni '50 furono delle leggi del tutto contrarie all'orientamento che lo Stato italiano aveva sempre avuto precedentemente: del resto nuove forze sociali, invece di quelle che facevano capo ai grandi latifondisti, avevano preso il controllo dello Stato: cambiarono sistema istituzionale con una nuova Costituzione (dove l'art. 47 ancora favorisce la "*proprietà diretta coltivatrice*"), istituendo un nuovo sistema di leggi, e stabilendo una conseguente concezione della "*funzione sociale*" della proprietà. Si può certamente dire che in Italia, con l'avvento della Repubblica, si è realizzato – almeno in parte – il meccanismo che Unger vuole descrivere. Si è realizzata una "*deviazione*".

Per "*deviazione*" Unger intende quel certo tipo di cambiamento all'interno di una struttura che la può deviare rispetto al suo significato originario: la *deviazione* è il risultato pratico dell'immaginazione istituzionale che abbiamo descritto; uno dei necessari passi per cambiare il sistema.

²⁴⁸ R. M. Unger, *False Necessity*, cit., p. 186.

Si ricordi che la caratteristica centrale di questo complesso è un sistema di diritti di proprietà che assicura il decentramento economico distribuendo pretese quasi assolute a porzioni divisibili di capitale sociale assoluto, nell'ambito dell'esercizio e nella continuità della successione temporale. La controparte contrattuale di questo sistema di proprietà è una struttura di diritti contrattuali che nega forza giuridica a quei rapporti di interdipendenza personale e fiducia reciproca che non possono essere caratterizzati né come l'assunzione deliberata di un'obbligazione da parte di un titolare di diritti, né come l'imposizione unilaterale di un'obbligazione dallo Stato²⁴⁹.

Unger si riferisce proprio ai rapporti interpersonali, affettivi, familiari, mutualistici, di cui il sistema legalista dei diritti quasi sempre nega forza giuridica, se non tentando di inquadrarli secondo le stesse vecchie categorie di mercato – fallendo spesso²⁵⁰. Non solo:

Sia la vita pratica che quella comunitaria resistono ai limiti procustiani del regime dei diritti classico. Il complesso dei diritti privati semplicemente non può spingersi abbastanza lontano nello specificare questi *accordi pratici o comuni* senza chiedere aiuto ad *altri metodi di organizzazione sociale* (corsivo mio, *nda*)²⁵¹.

Può essere l'esempio dei beni comuni, come li ha descritti Ostrom, e della loro potenzialità “deviante”: modelli diversi, che non si spiegano secondo strette logiche di mercato, ma che esistono e si moltiplicano. Torneremo su questa importante convergenza; per ora si continui a considerare come Unger auspica che si applichino anche nella sfera economica -

²⁴⁹ R. M. Unger, *False Necessity*, cit., p. 196.

²⁵⁰ Si dovrebbe per esempio segnalare il tentativo inutile, operato dal nostro Codice Civile (art. 230 bis), di inquadrare il lavoro familiare della madre o dei figli come una sorta di rapporto contrattuale rispetto all'impresa del padre. Insomma inquadrandolo alla luce di una “impresa familiare”. Tentativo inutile perché istituto di cui pochi sono a conoscenza e dalla scarsissima applicazione pratica.

²⁵¹ R. M. Unger, *False Necessity*, cit., p. 201.

nell'organizzazione dell'impresa - i principi democratici, pur mettendo in guardia da un aspetto importante: organizzare il modello d'impresa secondo l'attuale modello di democrazia rappresentativa rischierebbe di riprodurre i problemi dell'attuale democrazia anche all'interno dell'impresa stessa²⁵². Per Unger né la necessità tecnica e né il contratto privato legittimano adeguatamente il tipo di potere che i manager esercitano sui lavoratori, dunque è bene sollecitare la cooperazione, ma cercando modelli istituzionali nuovi. Come del resto egli auspica una “democrazia potenziata”, superando il corporativismo-burocratico, così lo stesso vuole per la democrazia d'impresa: “*democratizzare il mercato e intensificare la democrazia*”²⁵³.

(..) le attuali forme istituzionali del mercato e delle democrazie frustrano il raggiungimento degli obiettivi socialdemocratici di redistribuzione e partecipazione. Così, ad esempio, la minaccia di una seria redistribuzione incoraggia il disinvestimento e la crisi economica laddove un numero relativamente piccolo di gestori di capitali è in grado di esercitare un'influenza importante sui flussi di investimento di base. Cambiare questa situazione senza che venga semplicemente trasferita la sovranità economica a pianificatori centrali o alla manodopera aziendale di ruolo *richiederebbe un'alternativa alla proprietà assoluta* come strumento di decentralizzazione economica. Richiederebbe anche uno stile di organizzazione governativa che possa impedire a questa alternativa di trasformarsi in uno strumento di rinascita del privilegio (corsivo mio, *nda*). (...) È certamente possibile ampliare la gamma di coinvolgimento di base nell'amministrazione locale e nella governance del posto di lavoro senza alcun cambiamento nella struttura istituzionale dei governi democratici e delle economie di mercato. Ma questo stile di partecipazione collettiva

²⁵² Si deve osservare che per esempio la Società per Azioni è suddivisa esattamente con gli stessi criteri di uno Stato democratico: il corpo-elettorale degli azionisti, il cda-esecutivo, manager-premier e presidenti, e il “potere giudiziario” degli organismi di controllo. Eppure non si può dire che le S.p.A. siano delle compiute democrazie, innanzitutto perché non sono parte del “corpo elettorale” i lavoratori.

²⁵³ “*Democratizing the market and deepening democracy*”; cf. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London, Verso, 2015, p. 179.

che rispetta il quadro comporta un trasferimento di potere reale scarso. (...) Se i lavoratori partecipano più attivamente all'organizzazione dell'impresa, il loro potere può arrivare al punto di prevalere su manager e azionisti? Se [la risposta] è no, la partecipazione equivale a poco più di una tecnica consultiva. Se è sì, dobbiamo trasformare i lavoratori in nuovi capitalisti collettivi e proprietari o rivedere i metodi fondamentali di allocazione del capitale. Se i cittadini vogliono partecipare più pienamente al governo locale, come conciliare l'approccio verso le tecniche di democrazia diretta con un sistema di uffici pubblici e burocrazia specializzata che si basa su principi completamente diversi?²⁵⁴

Ho voluto riportare interamente questo passo di *False Necessity* perché dimostra, ancora una volta, come per Unger tutte le questioni (democratica, istituzionale, giuridica, ideologica, etc) siano irrimediabilmente collegate tra loro: anche trentanni dopo *Knowledge and Politics*, l'attitudine alla "critica totale" non si è persa. Il passo accenna inoltre a tanti problemi contemporanei: il problema democratico, di cui si è già detto²⁵⁵; il problema della rappresentanza nel movimento cooperativo – dove gli assetti istituzionali esistenti non riescono più ad assicurare quella democrazia effettiva e il collegamento tra base e dirigenti, anche in quelle a mutualità prevalente; i tanti limiti dei presenti modelli di cogestione; e ancora, lo scontro tra democrazia effettiva e burocrazia dei tecnici, addirittura al livello più territoriale (comunale, si direbbe in Italia)²⁵⁶. L'auspicio di Unger, come

²⁵⁴ R. M. Unger, *False Necessity*, cit., pp. 390-391.

²⁵⁵ Vedi cap. II.

²⁵⁶ Vorrei accennare che, nella mia piccola esperienza di consigliere comunale di un piccolo Comune (Montiano - FC), condivido in pieno la critica di Unger: si assiste troppo spesso ad una rottura tra potere e responsabilità. I politici sono responsabili dell'andamento del Comune di fronte ai cittadini, ma il vero potere – spesso anche quello puramente decisionale, nei fatti – lo hanno i tecnici: del resto sono loro che – nei termini di Unger – corrispondono al criterio della suddivisione del potere secondo "merito". Ma come fanno a convivere i criteri di merito con quelli democratici? Una decisione politica non può nulla se non è attuata da una burocrazia accondiscendente. I politici passano, i tecnici restano: i politici non possono fare a meno dei tecnici, i tecnici al contrario sì, come accade ogni giorno ai tantissimi comuni italiani commissariati, che vanno benissimo avanti da soli. Unger ha ragione: nessun "potenziamento democratico" può

abbiamo già visto, è l'affermarsi di un movimento trasformativo “*che affermi il primato delle riforme istituzionali sulla redistribuzione della ricchezza e del reddito*”. Voglio sottolineare, ancora una volta, che questo paradigma istituzionale è lo stesso che ha guidato le ricerche di Ostrom, e che rende i beni comuni così intesi una parte dell'opera trasformativa che Unger auspica. Sarà più chiaro nel prossimo paragrafo.

Intanto occorre aver meglio chiaro che cosa intendono Unger, e in generale i CLS, per superamento del concetto di proprietà “*assoluta*”, o “*consolidata*”. Unger la definisce una “*anomalia storica*”, creazione del Diciannovesimo secolo²⁵⁷.

Gli specifici accordi con cui storicamente quest'idea astratta di mercato viene impropriamente identificata hanno come nucleo il diritto di proprietà consolidato: un diritto più o meno assoluto su una parte divisibile dal capitale sociale – più o meno assoluto sia nel suo uso discrezionale sia nella catena di trasferimenti volontari dei successivi proprietari.²⁵⁸

Un ordine economico alternativo, che superi questa concezione, si baserebbe dunque su una concezione di proprietà “*disgregata*”: “*la sua rottura in poteri distinti, conferiti a diversi agenti*”²⁵⁹. Una visione che discende da quella particolare concezione – di cui Hohfeld è stato teorizzatore, come abbiamo visto – di proprietà come “*insieme di relazioni*” (tra persone), e che secondo Unger – tra la metà del Diciannovesimo e la metà del Ventesimo secolo - è stata legata alla scoperta di un'economia di

effettivamente riuscire se non si fanno i conti con questa realtà.

²⁵⁷ Cf. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London, Verso, 2015, cap. 1.

²⁵⁸ R. M. Unger, *False Necessity*, London, Verso, 2001, p. 481.

²⁵⁹ In *False Necessity* Unger propone la creazione di un capitale di investimento sociale centralizzato, vincolato e distribuito di volta in volta agli agenti economici, e gestito dalla politica democratica. Per motivi di spazio non approfondisco questa prospettiva; cf. R. M. Unger, *False Necessity*, London, Verso, 2001.

mercato non più vincolata ad una determinata forma naturale e necessaria, ma che può essere organizzata in maniere diverse.

Da una prospettiva storico-comparativa, il diritto di proprietà unificato rappresenta l'eccezione piuttosto che la regola. La disaggregazione della proprietà servì spesso a organizzare una forma gerarchica di divisione sociale del lavoro, come avvenne, ad esempio, durante il feudalesimo europeo. Acquisisce [oggi] un nuovo significato quando il suo scopo è migliorare le nostre possibilità di cooperare, permettendoci di meglio combinare un decentramento di accesso e iniziativa con le economie di scala. (...) Il diritto di proprietà unificato può continuare a prevalere in alcune aree dell'attività economica, consentendo ad un determinato imprenditore di procedere a proprio rischio e secondo le proprie convinzioni. In altre aree, tuttavia, comprese quelle centrali per l'economia che emergono sulla scia del declino della produzione di massa, può essere cruciale prevedere partecipazioni parallele e distinte sulle stesse risorse. Il vantaggio diretto è quello di ampliare la gamma delle nostre forme di cooperazione. Il vantaggio indiretto è quello di contribuire a creare le condizioni per un'economia di mercato che non sia più legata a una versione unica di se stessa. Lo sperimentalismo può guadagnarci, sia direttamente che indirettamente²⁶⁰.

Insomma, beni comuni.

Infine Duncan Kennedy. Come lui stesso ha ammesso²⁶¹, la sua opinione sulla proprietà non è condivisa da tutti i CLS, ma la voglio riportare perché non solo è quella di un autorevole membro del movimento, ma anche perché mi sembra grosso modo in linea con quanto riportato sinora e con la tesi che

²⁶⁰ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, cit., cap. 2.

²⁶¹ Ho avuto il piacere di saperlo da Kennedy stesso, che ha gentilmente risposto ad una mia mail di domande sul punto, allegandomi la fonte che sarà tra poco illustrata e specificandomi che "molti critici non sarebbero d'accordo con la mia posizione, ma con quella di Michael Hardt".

desidero affermare. Lo spunto per illustrarla sono gli atti di un seminario²⁶² del 2014 a cui Kennedy ha partecipato, organizzato da un collettivo studentesco di sinistra di Harvard, che si occupa di pubblicare “*Unbound - Harvard Journal of the Legal Left*”. Il ciclo di incontri è intitolato “*This Land Is Your Land: Remaking Property After Neoliberalism*”, ad aprirlo è proprio Duncan Kennedy che nel corso del suo discorso avrà anche un piccolo botta-e-risposta proprio con... Michael Hardt! Presente tra il pubblico perché avrebbe tenuto un *panel* subito dopo.

Kennedy vuole parlare delle varie concezioni della proprietà come “*fetish*” e come “*tool*”: come feticcio e come strumento, sia del pensiero “di destra” che “di sinistra”. Definisce infatti il suo discorso come il pensiero di un “giurista di sinistra” in polemica contro la classica visione della sinistra stessa.

Per feticismo qui ci si riferisce all’idea di trasformare qualcosa come un complicato costruito sociale in qualcosa di simile ad un oggetto, in modo che il linguaggio del riconoscimento sia un linguaggio dell’elemento oggettivato che ora è preso in considerazione, compreso e protetto²⁶³.

Per esempio – dice Kennedy - con slogan la destra feticizza la “proprietà intellettuale”, che andrebbe *riconosciuta* negli altri paesi come si fa con un diritto naturale, così come la sinistra feticizza le “cooperative a capitale limitato” come forma alternativa di proprietà dell’abitazione²⁶⁴.

²⁶² D. Kennedy, “Property as Fetish and Tool”, discorso di Duncan Kennedy alla conferenza *This Land Is Your Land: Remaking Property After Neoliberalism*, 2014, in: <https://www.youtube.com/watch?v=wf6dZ7aBoJs&t=2868s>

²⁶³ D. Kennedy, “Property as Fetish and Tool”, discorso di Duncan Kennedy alla conferenza *This Land Is Your Land: Remaking Property After Neoliberalism*, cit.

²⁶⁴ Una cooperativa di alloggi a capitale limitato è un modello di proprietà immobiliare in cui i residenti acquistano una quota di un intero stabile (piuttosto che una singola unità; es. un palazzo) e si impegnano a rivendere la loro quota ad un prezzo determinato da una certa formula, che mantiene la stessa accessibilità economica dell’acquisto nel lungo termine. Il prezzo inferiore al mercato, insieme alle restrizioni sulla rivendita, mantiene

L'argomento feticista avrebbe due livelli. Nel primo si concepisce la proprietà come una categoria dal particolare e definito contenuto, che dovrebbe già di per sé “*suggerirci che cosa fare*”. Per la destra la proprietà intellettuale va “riconosciuta”: è lì, esiste nei fatti, in natura, e non *riconoscerla* significa non fare qualcosa che invece è dovuto – per la natura intrinseca della proprietà stessa. Eppure, per Kennedy, è facile dimostrare che per la proprietà intellettuale non è così: è un costrutto creato dal “Nord del Mondo” e imposto al “Sud del Mondo” per difendere specifici interessi.

È un prodotto molto complesso di cambiamenti legali, lobbying, advocacy, potere economico esercitato in direzioni diverse da forze intellettuali in conflitto che sono anche forze politiche ed economiche del Nord del mondo. Quindi, questo significa capire che la formula “riconoscere i diritti di proprietà intellettuale” come una richiesta fatta alla Cina significa solo riconoscere l'unica forma particolare di proprietà intellettuale che si è evoluta nel Nord capitalistico²⁶⁵.

Ma anche ammettendo che sì, certi tipi di proprietà sono un costrutto sociale, e che eppure è giusto servirsene perché conveniente, ecco che si manifesta il secondo livello di feticismo: pensare che esista una *coerenza*, in una certa forma di proprietà. Per Kennedy il caso della proprietà intellettuale è un eclatante caso di sistema di regole incoerenti e contraddittorie: “*alcune enfatizzano la protezione per gli inventori, altre la competizione; alcune enfatizzano la certezza legale, altre la flessibilità*”.

Il feticcio di destra ha due livelli. Il primo livello è pensare che sia un oggetto e riconoscerlo come se fosse lo stesso ovunque – concettualmente, in modo identico – e il secondo livello di feticismo è

gli appartamenti isolati dai prezzi altissimi di una determinata città, e dalle loro fluttuazioni, rendendoli un'opzione conveniente per generazioni di residenti a basso reddito della città.

²⁶⁵ D. Kennedy, “Property as Fetish and Tool”, discorso di Duncan Kennedy alla conferenza *This Land Is Your Land: Remaking Property After Neoliberalism*, cit.

credere che sia internamente coerente e quindi potrebbe essere plausibilmente spiegato, diciamo, come “l’interesse del capitale che porta ad una concezione particolare”²⁶⁶.

La sinistra invece cade nel tranello feticista proprio nel momento in cui crede che la proprietà capitalistica sia una concezione coerente, alla quale contrapporre un’altra altrettanto coerente, mentre la convinzione di Kennedy – che è di scuola hofeldiana – è che la proprietà è solo un “insieme di relazioni”: un “*groviglio di stecchini*”, per essere più chiari, come il gioco Mikado²⁶⁷. Lo spiega citando Marx, che nel Volume Primo del Capitale critica il feticismo del primo livello, e cioè che la proprietà legata alla merce non è un prodotto naturale dell’economia, ma è legata a quel costruito sociale che è la forma merce stessa. Non c’è niente di inevitabile nella forma merce, e sulla proprietà intellettuale – per Kennedy – Marx direbbe che i capitalisti cercano di imporre la versione *merceologica* di tali “diritti di proprietà”, criticando il feticismo di primo livello. Marx però non critica il feticismo di secondo livello, e per Kennedy fa l’errore – lo stesso che la sinistra ha fatto “*più e più volte*” – di dare coerenza ad un concetto di proprietà che corrisponderebbe al preciso interesse di una classe dominante. L’errore è pensare che la proprietà non sia solo e semplicemente un “insieme di relazioni”, ma un diritto dal quale un certo insieme di relazioni deriva con coerenza. Da una parte la classica concezione di proprietà come diritto da cui derivano sub-diritti (escludere, alienare, distruggere...), dall’altra l’impostazione hofeldiana per cui la proprietà è una mera lista di cose che puoi o non puoi fare, ma rispetto alle altre persone – e non rispetto alle altre cose. Nessuna interna coerenza: in una forma di proprietà potresti

²⁶⁶ D. Kennedy, “Property as Fetish and Tool”, discorso di Duncan Kennedy alla conferenza *This Land Is Your Land: Remaking Property After Neoliberalism*, cit.

²⁶⁷ Kennedy non fa questo paragone esplicitamente, ma l’immagine del Mikado (o Shanghai) è riportata nel documento che riporta il suo intervento. Cf. D. Kennedy, “Property as Fetish and Tool”, discorso di Duncan Kennedy alla conferenza *This Land Is Your Land: Remaking Property After Neoliberalism*, 2014, in: <https://www.youtube.com/watch?v=wf6dZ7aBoJs&t=2868s>

avere il diritto di escludere gli altri (l'uso di un oggetto personale), in un'altra forma no (il denaro prelevato con le tasse).

La proprietà è solo un groviglio di diritti²⁶⁸. È lo strumento per la configurazione forzata delle relazioni sociali nel dettaglio. In altre parole, la proprietà è uno strumento mediante il quale le persone con il potere statale organizzano le relazioni sociali, da quelle più secondarie al livello di ciò che può essere fatto con la tua auto quando è rimorchiata, ed è portata al parcheggio della città, e dovrai riscattarla per riaverla. (..) Le regole sulla proprietà sono solo la legge. Sono solo la grossolanità di particolari norme giuridiche che vengono adottate l'una dopo l'altra²⁶⁹.

La verità, per Kennedy, è dunque che la proprietà viene usata come strumento. Dalla destra per difendere particolari interessi che sono fatti rispettare tramite il potere statale, certe organizzazioni internazionali, e le istituzioni finanziarie: *“loro stanno seduti lì cercando di immaginarsi quali regole dovrebbero domandare e difendere”*. Così invece la sinistra usa il sistema legale per portare avanti i propri programmi, come l'esempio dell'*housing* sociale. Proprio sulla lotta per il “diritto alla casa” Kennedy dice che non si è mai trattato di abolire i diritti dei proprietari – *“il diritto alla casa non significava che una volta diventato inquilino si potesse restare a vita senza pagare l'affitto”*.

Si trattava di rendere drammaticamente difficili i diritti del proprietario, creando una base per cambiare il groviglio [dei diritti di proprietà] in modo che molti stecchini che una volta appartenevano al proprietario ora sarebbero appartenuti all'inquilino. (..) Significava che sarebbe stato molto più difficile cacciarti fuori, e che non potevi pagare l'affitto per molti più motivi, e forse che ci sarebbe stato

²⁶⁸ “*Boumdle of rights*”, credo sia corretto tradurlo così.

²⁶⁹ D. Kennedy, “Property as Fetish and Tool”, discorso di Duncan Kennedy alla conferenza *This Land Is Your Land: Remaking Property After Neoliberalism*, cit.

l'obbligo statale di fornirti un riparo se fossi rimasto senza casa²⁷⁰.

Nessuna nuova forma di proprietà dunque, ma solo un modo diverso di negoziare il “groviglio”, il “pacchetto” dei diritti. Per Kennedy è questo l'orizzonte: utilizzare gli strumenti di una proprietà de-feticizzata per ottenere obiettivi concreti.

L'intervento di Michael Hardt, pur rispettoso, ha del provocatorio: “*mi ispiri ad elogiare il feticismo!*”. Per Hardt – che all'epoca aveva già scritto *Commonwealth* assieme a Negri, da qualche anno²⁷¹ - non solo è possibile, ma anche utile pensare ad una forma unitaria di proprietà ad un livello diverso di astrazione: “*che cosa la proprietà fa in maniera generalizzata*”. Questo perché senza fare ciò sarebbe difficile “*pensare al di fuori della proprietà*” per criticarla e ideare forme alternative e diverse. Dunque sarebbe vero che in un certo livello di astrazione la proprietà si rivelerebbe un istituto incoerente (ad esempio se si parla della “proprietà intellettuale”); ma Hardt è convinto che ad un livello ancora superiore si può dare alla proprietà una concezione astratta e coerente, alla quale contrapporre un'altra.

Per Kennedy invece, ideare una “nuova forma” di proprietà non serve. Provare a sostituire ad un costrutto sociale un altro sarebbe una perdita di tempo: “*non è che sia impossibile, ma è improbabile che venga realizzato data la rete incredibilmente flessibile ma anche onnipresente delle relazioni umane che sarà regolato dagli ‘stecchini’*”. Occorrerebbe semplicemente accorgersi che la forma con cui viene attualmente descritta la proprietà è un feticcio, nella realtà non esiste, perché è sempre diversa a seconda dei casi:

²⁷⁰ D. Kennedy, “Property as Fetish and Tool”, discorso di Duncan Kennedy alla conferenza *This Land Is Your Land: Remaking Property After Neoliberalism*, cit.

²⁷¹ Dal 2009; cf. M. Hardt, A. Negri, *Commonwealth*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

la proprietà è solo un'astrazione irrimediabilmente incoerente. Insomma, quello che Kennedy ci vuole dire è che *il re è nudo*.

2.1 *Proprietà vs beni comuni?*

A questo punto occorre chiedersi: i beni comuni sono da intendersi come “forma alternativa” di proprietà, tale da rappresentare un *tertium genus* rispetto alla grande dicotomia tra pubblico e privato?

Come abbiamo visto, qui il dibattito sui beni comuni si divide. Per alcuni, i beni comuni sono una radicale alternativa alla proprietà, la quale – che sia pubblica o che sia privata – è sempre escludente. È nella prospettiva del superamento della “grande dicotomia” che si collocano, come abbiamo visto, le teorie di Hardt e di Negri, che concepiscono il *comune* come nuovo paradigma dell'esistente, capace di innescare il moto di una nuova e totale riorganizzazione sociale. Così come il contributo italiano che più si avvicina a questa impostazione, quello di Ugo Mattei, per cui “*proprietà privata e sovranità statale sono l'esito istituzionale dello stesso progetto di concentrazione del potere ed esclusione*”.

Mentre la proprietà è concetto fondato sull'esclusione, sulla rivalità e sulla strutturazione verticale del potere, i beni comuni sono esperienza di apertura, inclusione, diffusione del potere, solidarietà. I luoghi del comune sono comunità aperte, precisamente perché i confini, proprio come il campo di Agamben, sono a loro volta rifiutati come un elemento sociale e non fisico. Non esiste un dentro e un fuori dai beni comuni.²⁷²

Diverso è invece l'indirizzo di Elinor Ostrom, e anche quello

²⁷² U. Mattei, *Il benecomunismo e i suoi nemici*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2015, cap. 2.

dell'esperienza italiana della Commissione Rodotà, che invece vede i beni comuni come una forma diversa di organizzare la proprietà (e dunque la sua gestione), e che trova proprio nello Stato un valido alleato; ed è convinzione di chi scrive che è più questa impostazione ad essere affine a tutto quanto è stato riportato del pensiero dei Critical Legal Studies. Specie sulla proprietà: che si tratti di implementare quella “disgregata” (Unger), o semplicemente di disporre diversamente l'insieme di relazioni (Kennedy), quello dei Critici è proprio un invito a riorganizzare diversamente la proprietà; come sempre è stato fatto nel corso della storia (questa la grande lezione di Horwitz). Ritengo anche che questa diversa impostazione non diminuisca il carattere rivoluzionario dei beni comuni, che anzi hanno così una concreta prospettiva per farsi largo nella pratica sociale.

In tutto questo che ruolo ha lo Stato? Fino a che punto è stato nemico di forme alternative di organizzazione sociale, e fino a che punto può esserne amico? Per rispondere a questa domanda, non abusando troppo di queste pagine ma pur tuttavia cercando di dare una risposta esaustiva, è utile riprendere le tesi di Pupolizio in “*Pubblico e privato*”²⁷³.

Innanzitutto bisogna aver chiaro che tale distinzione non è sempre esistita, e che nel corso della storia ha avuto significati diversi. Se, per giudizio unanime degli storici del diritto, la prima apparizione della distinzione risale ad un brano di Ulpiano riprodotto nel Digesto²⁷⁴, bisogna aspettare quel particolare cambiamento sociale innescatosi con la nascita dello Stato moderno perché quella semplice distinzione diventasse una vera e propria “*summa divisio*”. Seguirono le teorizzazioni della dottrina. Nel mondo di

²⁷³ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, Torino, Giappichelli, 2019.

²⁷⁴ “*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”; cf. I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., p. 53.

lingua tedesca lo fa Savigny nel 1840, che rimandando proprio ad Ulpiano parla di *diritto politico e diritto privato*:

Il primo ha per oggetto lo stato, ossia l'organica manifestazione del popolo; il secondo l'insieme dei rapporti giuridici, in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita, dandone un particolare carattere²⁷⁵.

Nella cultura giuridica francese naturalmente la data cardine è invece il 1789, con la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, che pone un netto e definitivo confine tra le prerogative del "sovrano" rispetto agli individui. E infine non si può non citare Kant che nel 1797 accosta il diritto privato a quello "naturale", in opposizione agli artifici del pubblico. È dunque tra il IXX e il XIX secolo che la distinzione pubblico/privato viene definitivamente costruita, ed è utile riportare il ragionamento di Weber per storicizzarla e per capire come sia sempre stata "*oggetto di contesa*"; lo fa Pupolizio nel seguente passo, riportando i tre criteri distintivi.

In un primo significato, (a) il diritto pubblico comprende così "il complesso delle norme riguardanti l'agire riferito (...) all'istituzione dello stato"; e il diritto privato "il complesso delle norme riguardanti (...) l'agire regolato mediante norme dall'istituzione statale". (...) la distinzione appena ricordata è spesso "intrecciata" con un'altra, secondo la quale (b) il diritto pubblico comprenderebbe la totalità dei "regolamenti" (*Reglements*), ovvero delle norme che "contengono solo prescrizioni per gli organi dello stato". Queste norme sarebbero fondamentalmente diverse dalle "normazioni di pretese" (*Ansprachnormierungen*), pertinenti al diritto privato, poiché soltanto queste ultime sono in grado di far sorgere "diritti soggettivi". Infine, Weber esamina un terzo criterio (...), (c) le situazioni giuridiche di diritto privato riguardano infatti parti "considerate (...) come coordinate" mentre in quelle di diritto pubblico "un detentore di potere

²⁷⁵ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., p. 75.

preminente” si trova di fronte a persone “a lui sottoposte”²⁷⁶.

Per Weber tutte queste definizioni sono imprecise ed hanno delle eccezioni. La prima (a) necessita preliminarmente una definizione degli interessi perseguiti dallo stato, per individuare “l’agire a lui riferito” – e questo aspetto è sempre stato oggetto di contese nella storia del pensiero giuridico e politico. La seconda (b) non risulta sempre vera per quanto riguarda il diritto privato, e cioè “*non si può dire, nemmeno approssimativamente, che tutte le pretese di diritto privato (...) costituiscano dei diritti soggettivi acquisiti*”. Infine la terza (c), non sempre gli organi statali agiscono attraverso comandi, ma soprattutto:

il criterio in esame *non comprende alcune tipologie fondamentali di relazioni verticali*: esso esclude infatti i rapporti di potere che fanno capo al datore di lavoro (perché creati da “negozi giuridici” tra soggetti formalmente “coordinati”) e quelli incentrati sul padre di famiglia (ovvero, in termini più attuali, sulla potestà genitoriale), e questo evidentemente “perché soltanto *l’istituzione statale vale come fonte di potestà legittima*”.²⁷⁷

Weber conclude che la delimitazione tra le sfere pubblico/privato “*non è sempre univoca; ed ancor meno lo fu in passato*”, dove anzi “*può addirittura mancare*”.

Sono i due casi opposti del “patrimonialismo”, nel quale “il potere di comando politico non è considerato diverso da quello del padre di famiglia, del proprietario fondiario, del signore feudale [corporale]” (e tutto il diritto è dunque *privato*); e quello, a suo parere simmetrico, nel quale non esistono “pretese soggettive garantite”, e tutto il diritto in vigore ha il carattere di “regolamento”, nel senso prima precisato, ovvero “si risolve in uno scopo di amministrazione, cioè nel governo”

²⁷⁶ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., pp. 77-78.

²⁷⁷ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., pp. 78-79.

(e tutto il diritto è *pubblico*)²⁷⁸.

È ancora una volta evidente quanto il pensiero di Weber abbia influenzato quello dei Critical Legal Studies, che come abbiamo visto hanno lo stesso approccio nello storicizzare le relazioni pubblico/privato e la proprietà. Se quindi la “grande dicotomia” è sempre stata costruita a seconda del contesto sociale, il necessario ragionamento successivo, che pure è stato svolto dai Critici, è scoprire quella che Pupolizio chiama la “*segreta complicità*” tra pubblico e privato; partendo dal ragionamento di Kelsen.

Assolutizzare la distinzione tra pubblico e privato (ovvero considerarla una “grande dicotomia”) significa in primo luogo, come si è detto, cercare di separare la sfera del potere (pubblico) da quella del diritto (privato), per assicurare al primo una (impossibile, secondo Kelsen) “libertà dal diritto”. Allo stesso tempo, secondo Kelsen, la medesima distinzione offre sostegno ad una concezione per la quale diritto pubblico “è il regno in cui domina la politica, *mentre questa sarebbe del tutto esclusa dall’ambito del diritto privato*”. (...) La dicotomia servirebbe quindi a difendere *anche* una “forma di produzione di norme giuridiche individuali adeguata al sistema economico capitalistico”. (...) Affermare la natura “non politica” delle norme che regolano i rapporti tra privati equivale così *in questo caso* a difendere l’autonomia di questi ultimi. (..) Secondo Kelsen, questa produzione è *funzionale alle esigenze di un determinato sistema politico ed economico*²⁷⁹.

Pupolizio a questo punto nota come questa critica di Kelsen alla dicotomia – che tanto ci riporta agli argomenti CLS - sia affine ad un'altra, fatta cronologicamente molto prima, da Karl Marx nel 1844:

La costituzione dello stato politico e il dissolvimento della società

²⁷⁸ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., p. 79.

²⁷⁹ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., pp. 93-94.

civile negli individui indipendenti – il cui rapporto è il diritto, proprio come il rapporto degli uomini dei ceti e delle arti era il privilegio - si realizza *in un solo e medesimo atto*. Tuttavia, l'uomo in quanto membro della società civile, l'uomo non politico, appare di necessità come l'uomo naturale. (...) Nei confronti della società civile, del mondo dei bisogni, del lavoro, degli interessi privati, *del diritto privato*, [la rivoluzione politica] si comporta come nei confronti del fondamento del suo stesso sussistere, come nei confronti di un presupposto che non è ulteriormente fondato e, dunque, come nei confronti *della sua base naturale*²⁸⁰.

Il privato dunque, così come concepito, forma la base naturale di uno “stato politico”, che *in un medesimo atto* legittima entrambi. Il diritto pubblico e quello privato sono così uno strumento per difendere gli stessi interessi, e la loro distinzione è solo un “velo ideologico” per nascondere la realtà materiale dei rapporti di potere. Pupolizio ricorda che contro questa sistemazione si scaglieranno gli “antiformalisti” - nel mondo di *common law* i realisti prima, e i CLS poi – “*che difenderanno al contrario la possibilità del potere politico di intervenire anche nei rapporti tra privati, e di regolarli alla luce dell'interesse pubblico*”.

È un argomento ripetutamente sottolineato dai CLS: qualsiasi regime giuridico dei contratti è *pubblico* perché l'unico regime davvero *privato* sarebbe quello nel quale ciascuno è libero di non rispettare gli impegni, inclusi quelli volontariamente assunti (ovvero, anche la norma *pacta sunt servanda* implica uno spostamento dal privato verso il pubblico, al pari dell'accettazione di qualsiasi forma di giurisdizione sui conflitti tra parti che si pretendono radicalmente autonome)²⁸¹.

Ma allora che approccio si deve avere al concetto “pubblico/privato”? Pupolizio ne suggerisce due. Il primo lo trae direttamente dai ragionamenti

²⁸⁰ Karl Marx, 1844; cf. I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., p. 94.

²⁸¹ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., p. 149, nota 199.

dei Critical Legal Studies: è vero che la dicotomia è solo una “falsa rappresentazione”, liberarsene significa acquisire la capacità di “pensare al di fuori di essa” e criticarla, ma senza percorrere però improbabili vie alternative che sarebbero ben più pericolose.

In tema di esproprio, possiamo correttamente osservare che identificare la proprietà con il suo valore di scambio implica una potenziale paralisi del potere legislativo ed esecutivo, poiché è persino difficile immaginare un provvedimento pubblico che *non* incida sulle aspettative di guadagno di qualcuno (e dunque sul valore di scambio dei suoi beni). Ma se si vuole spalancare la porta ad ogni possibile arbitrio della forza *pubblica*, occorre in ogni caso stabilire in quali casi e con quali effetti questa potrà essere utilizzata per incidere sulle situazioni giuridiche private, fino al punto di privare qualcuno dei beni di sua proprietà. (...) Ammettere un'indeterminata libertà di esproprio da parte del pubblico è tanto insensato quanto riconoscere ai privati una illimitata libertà contrattuale²⁸².

Pupolizio ricorda cosa ebbe a dire Kennedy sulla dicotomia “altruismo/individualismo”²⁸³: “*nessuna delle due opzioni può essere davvero percorsa fino in fondo*”. Se allora non è possibile, né auspicabile, realizzare un diritto né interamente pubblico, né interamente privato, Pupolizio suggerisce il secondo approccio.

Si è prima osservato come la transizione alla prima modernità giuridica abbia implicato due mutamenti di lungo periodo, noti come “*positivizzazione del diritto*”: lo spostamento dell'asse giuridico dalla giurisdizione alla legislazione, e quello dal diritto naturale al diritto positivo. (...) Una *transizione dal privato al pubblico* [che] rappresenta plasticamente, nella storia del pensiero giuridico, la fine delle lotte per il monopolio della forza e l'accentramento nello stato moderno dei principali monopoli giuridici (produzione e applicazione

²⁸² I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., pp. 148-149.

²⁸³ Vedi Cap II, 2.1.

del diritto)²⁸⁴.

Lo Stato ha il definitivo monopolio della forza e della legalità, ma il diritto positivizzato diventa così anche un “diritto pericoloso”, al servizio di un potere “irresistibile”.

Con il compiersi della positivizzazione, non esiste più alcuna possibilità di appellarsi a quei corpi intermedi o universali che complicavano il panorama giuridico dell’età di mezzo e della prima modernità, e tuttavia impedivano anche la piena emersione del Leviatano²⁸⁵.

Per Pupolizio la Rivoluzione Francese è il primo, e spettacolare, esempio di come i gruppi lottino per mettere le mani sul monopolio organizzato della forza e per poter quindi eseguire qualsiasi risoluzione adottata dall’assemblea “sovrana”.

Quella del 1789 è tuttavia la prima epifania di un *concetto “rivoluzionario” del pubblico* sul continente europeo; da lì in poi essa costituirà un monito a uno scandalo permanente per ogni autorità locale e nazionale. A partire dal secolo successivo, il monopolio della forza, in ogni sua possibile variante, illuminata o democratica, sarà costretto a ricercare la sua legittimità non nella tradizione ma in una inedita “credenza nella legalità” (Weber). Nella prospettiva qui suggerita, l’affermazione di questa credenza può allora essere interpretata come una *difesa delle ragioni del privato contro il pubblico*, simmetrica e contraria allo spostamento verso il pubblico implicito nel processo di positivizzazione del diritto²⁸⁶.

La “grande dicotomia” è così lo strumento per costruire lo Stato di Diritto; l’elaborata costruzione giuridica che serve come necessario contraltare alla

²⁸⁴ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., pp. 149-150.

²⁸⁵ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., p. 150.

²⁸⁶ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., p. 151.

pericolosità del potere pubblico. Un potere non più legittimato “da Dio”, ma dal fine/limite della difesa dei privati stessi (si pensi alle giustificazioni dello Stato che elaborano i contrattualisti come Rousseau). La struttura giuridica/ideologica che ne è seguita può essere considerata, come fa Pupolizio, “*una duplice vittoria del privato sul pubblico*”: da una parte si è deverticalizzato l’esercizio del monopolio della forza sottoponendolo alla “legalità”, e cioè a quell’insieme di diritti soggettivi che diventano pretese mosse “dal basso verso l’alto”; dall’altra i cittadini si relazionano tra loro in una dimensione “orizzontale” che dovrebbe assicurare a tutti i cittadini la massima libertà nel godimento dei loro “possessi”. Annichilito il politico, ed espanso il potere economico, per dirla con Schmitt.

In termini giuridici, l’espansione di un modello privato orizzontale di ordine può essere osservata: (a) nella (ri)nascita di un *dominium unico, pieno ed esclusivo*, che insieme ai diritti reali parziali cerca di cancellare qualsiasi forma di proprietà collettiva; (b) nella affermazione di *una libertà di contratto potenzialmente illimitata* e del tutto sconosciuta al pensiero giuridico antico²⁸⁷.

Il punto (a) ci riporta così alla nostra discussione sui beni comuni, e su quanto è stato detto proprio da Unger: l’alleanza tra Stato e classe dominante, o meglio la classe dominante che domina lo Stato, ha quasi sempre frenato o represso l’emergere di forme economiche (e quindi di proprietà) alternative. Secondo il ragionamento fin qui riportato, ciò è successo proprio perché lo Stato contemporaneo nasce come potente strumento in mano a particolari gruppi di potere, i quali hanno creato un ordinamento giuridico a loro conveniente. La “grande dicotomia” esprime l’emergere di questa tensione, tra Stato e privato, che non può essere risolta finché l’ambitissimo potere statale sussiste. È una creazione intrisa di ideologia, ma che nasce da questa necessità storica ineludibile: regolare il

²⁸⁷ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., p. 154.

monopolio della forza. Una forma “alternativa” di (o *alla*) proprietà non potrebbe avere mai il potere di spezzare la dicotomia Stato/privato, almeno finché il potere statale esiste ed ha la forza di determinare il privato e tutto ciò su cui possa esercitare quel suo monopolio della forza. Anche il “comune” deve fare i conti con questa realtà, e con lo Stato: può isolarsi, sperando di rimaner tollerato il più a lungo possibile, oppure conquistare le istituzioni statali, e convertirle a tutela del “comune” stesso. A quel punto il senso della “grande dicotomia” rimarrebbe invariato: si potrebbe anche tentare di immaginare la scomparsa del “privato”, immaginare che tutto possa essere comunità e dare vita alla migliore delle distopie, ma a quel punto una dicotomia Stato/comune sarebbe inevitabile, al fine di tutelare la vita comunitaria dalle aggressioni del monopolio della forza.

Avendo ben chiaro ciò, si capisce come la questione dell’emergere dei beni comuni – mondata da velleitarismi di sorta – coincida con la seguente domanda: come rendere lo Stato “amico” dei beni comuni? La risposta a questo punto è diventata ovvia: far controllare ai sostenitori dei beni comuni le istituzioni (intese in senso *lato*) dello stato. La questione coinvolge così una sfera che si rivela in tutta la sua squisita chiarezza: la sfera politica.

Torna qui utilissimo ricordare non solo tutti i ragionamenti dei CLS fin qui riportati, i quali è alla sfera politica che sono rivolti quando vogliono dimostrare che “essenzialmente politica” è il diritto; ma è anche importantissimo il ragionamento del principale loro ispiratore, Weber, che sottolinea come nello Stato moderno *la concorrenza economica va ad aggiungersi e non sostituirsi a quella politica*, come vuole spiegare Pupolizio nel seguente passo.

Weber [scolpisce] in poche fasi un’evoluzione secolare, che permette di isolare, dal punto di vista analitico, almeno *tre* livelli di conflitto:

(a) la lotta politica tra gli stati nazionali, nel quadro della c.d. “bilancia europea”, “*per procurarsi potenza*”; (b) la lotta “puramente economica” tra i detentori di capitale, siano essi membri della vecchia aristocrazia terriera, oppure *homines novi*, provenienti dalle file della “nuova” borghesia; (c) la lotta e la tensione *tra i primi due livelli*, poiché gli stati competono sì per i capitali “mobili”, ma allo stesso tempo assicurano le loro possibilità di sussistenza²⁸⁸.

Dunque *anche* in quest’ottica si deve leggere la divisione e la tensione pubblico/privato: come la concorrenza tra politica ed economia. Ancora una volta è chiaro come, proprio all’interno delle irrimediabili dinamiche di conflitto tra Stato e privato, e dunque tra politica ed economia (capitalistica), i beni comuni rappresentino un ridimensionamento della seconda in favore della prima. Un ridimensionamento che non solo si rende necessario dal punto di vista meramente “valoriale”²⁸⁹ – e cioè la superiorità della civiltà del comune rispetto alla concorrenza individualista - ma anche dal punto di vista materiale. Bisogna qui ricordarlo: l’importanza dei beni comuni sta nel fatto che questi sono la soluzione che evita la “tragedia”, e che possono assicurare la riproduzione della società, e Ostrom l’ha dimostrato.

Dunque se gli stati, a millennio Duemila inoltrato, vogliono assicurare – nei termini di Weber – le loro “*possibilità di sussistenza*”, devono usare il loro strumento politico per aprire la strada ai beni comuni. In termini storici, politici ed economici lo spiega Giulio Sapelli in “*Oltre il capitalismo*”²⁹⁰: la crisi del capitalismo mondiale, incalzato da rivoluzioni tecnologiche che rendono sempre più grave la spirale della deflazione, rende necessaria una nuova e radicale prospettiva che assicuri l’infinita riproducibilità dei beni

²⁸⁸ I. Pupolizio, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, cit., p. 166.

²⁸⁹ Intendendo la politica, e nello specifico l’ideale politico, come “gerarchia di valori”.

²⁹⁰ G. Sapelli, *Oltre il capitalismo. Macchine, lavoro, proprietà*, Giulio Sapelli, Milano, Guerini Associati, 2018.

essenziali.

Quella di un neo-socialismo con un mercato via via sempre più ben temperato dalla crescita, certo, di un nuovo ruolo dello stato imprenditore²⁹¹, ma sostanziato, quel temperamento, dalla creazione di nuove forme di allocazione dei diritti di proprietà, in un rifiorire dei corpi intermedi e delle organizzazioni dei lavoratori, quale che sia il grado di inclusione dei lavoratori medesimi nel meccanismo di accumulazione capitalistica²⁹².

Anche per Sapelli è possibile ciò che è fin qui stato detto nei termini di Unger: è possibile l'emergere, ed anche la convivenza, di “*segmenti economici alternativi alla logica dominante*”; e questo proprio tramite “*la lotta politica*”. E naturalmente, se si parla di nuove forme economiche, dunque nuovi rapporti di produzione, si parla allora di una diversa forma di allocazione dei diritti di proprietà.

Sapelli parla della proprietà negli stessi termini dei Critici e di Ostrom: non un'alternativa alla “proprietà” generalmente detta, ma una maniera diversa di organizzare le relazioni di proprietà. Non solo forme che possono emergere, ma forme che anzi esistono già e sono sempre esistite accanto al capitalismo dominante. Insomma: “*rilanciare su larga scala la filosofia e la pratica dei common goods*”²⁹³.

Per esempio, il settore del *not for profit*, che spesso nasconde, attorno a sé, una costellazione di organizzazioni economiche non capitalistiche di rilevante importanza nella struttura sociale di ogni nazione. Si parla indifferentemente di *not for profit*, terzo settore e volontariato come se fossero la stessa cosa e in questa confusione

²⁹¹ Sapelli lo intende alla maniera di Mazzucato; cf. M. Mazzucato “*The Entrepreneurial State*”, Demos, London, 2011.

²⁹² G. Sapelli, *Oltre il capitalismo. Macchine, lavoro, proprietà*, cit., p. 30.

²⁹³ G. Sapelli, *Oltre il capitalismo. Macchine, lavoro, proprietà*, cit., p. 129.

generale ciò che si intende con questi tre termini finisce con l'identificare una realtà marginale e senza rilevanza economica in quanto non può disporre di patrimonio e reddito. (...) In realtà il volontariato è solo una di queste forme, insieme alla quale esistono tutta una serie di "imprese" senza fini di lucro che presentano una struttura imprenditoriale e che operano in prevalenza con patrimonio e reddito allo scopo di rispondere ai bisogni di interesse collettivo delle persone (istruzione, sanità, scuola, cultura). (...) Dunque sono realtà senza scopo di lucro che erogano servizi anche vendibili. Possono avere patrimonio e utili, l'unico vincolo è che questi vengano reinvestiti nella struttura²⁹⁴.

Vorrei qui ricordare la grandissima importanza, non solo nella storia ma anche nell'attualità, del movimento cooperativo²⁹⁵, che rappresenta un segmento economico importantissimo non solo di regioni come l'Emilia-Romagna, ma di tutta Italia, e che ha incontrato all'estero esiti ancora ben più fortunati²⁹⁶. Sapelli comunque comprende all'interno del *not for profit* sia soggetti di natura pubblica (municipalizzate, ad esempio), che di natura privata (associazioni o cooperative), purché appunto rientrino nei termini appena illustrati, che configurano esattamente un'organizzazione diversa della proprietà.

Anche nelle economie morali, quindi, esiste un'allocatione dei diritti di proprietà. Essa può essere la più varia: una fondazione e quindi un patrimonio che non ha nulla a che vedere con la proprietà privata; un'allocatione privata o di piccoli gruppi, che posseggono i mezzi, le tecniche, gli immobili e che li destinano non alla ripartizione del plusvalore o del sovrappiù o del profitto che dir si voglia: le

²⁹⁴ G. Sapelli, *Oltre il capitalismo. Macchine, lavoro, proprietà*, cit., pp. 129-131.

²⁹⁵ Sulle cooperative occorrerebbe aprire un discorso che meriterebbe un'intera altra tesi, poiché si parla spesso – e a ragione – di una "corruzione", tanto morale quanto materiale, di una grande parte del movimento cooperativo. Mi limito qui a specificare che per cooperative propriamente dette, intendo quelle a "mutualità prevalente".

²⁹⁶ Importantissimo il movimento cooperativo in Inghilterra, di cui uno dei padri più autorevoli fu Robert Owen.

cooperative. La realtà economica, dunque, è multiforme: è dominata dalla diversità²⁹⁷.

Infine Sapelli indica i lavori di Elinor Ostrom come teorie da seguire, e che dimostrano come i beni comuni siano “*dei pilastri dell’umana vita associata in vaste aree del pianeta*”.

Senza di essi il mercato come la società non possono esistere e solo la loro moltiplicazione può impedire il collasso sociale di cui le crisi economiche altro non sono se non una delle manifestazioni profonde²⁹⁸.

Moltiplicare i beni comuni dunque! Secondo una strategia politica, che comprenda lo Stato come strumento necessario per la loro moltiplicazione. Lo spiega Ostrom stessa, nel punto di arrivo della sua teoria che è stata illustrata, e che ci ricollega direttamente al motivo e al tema di questa tesi:

La sfida è quella di elaborare accordi istituzionali che contribuiscano a creare tali condizioni o, come vedremo di seguito, fornire informazioni, gestire i conflitti, rispettare le regole e fornire infrastrutture necessarie²⁹⁹.

E ancora:

Dobbiamo affermare con forza che abbiamo bisogno di una diversità di istituzioni per far fronte alla diversità di entità e nicchie biologiche³⁰⁰.

Il suo appello è alla politica, nella veste di diritto. Ed anzi, ad un diritto

²⁹⁷ G. Sapelli, *Oltre il capitalismo. Macchine, lavoro, proprietà*, cit., p. 133.

²⁹⁸ G. Sapelli, *Oltre il capitalismo. Macchine, lavoro, proprietà*, cit., p. 150.

²⁹⁹ T. Dietz, E. Ostrom, P. C. Stern, “La lotta per i beni comuni”, in E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, cit.

³⁰⁰ E. Ostrom, H. Nagendra, “Essere diversi”, in E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, cit.

sostanziale e non meramente formale. Nel corso di un'intervista rilasciata a Margaret Levi, Professoressa di Scienze Politiche ad Harvard, disse infatti:

La questione è: “da dove vengono le regole? Come si fa ad applicarle ed evitare che qualcuno le ignori o le violi? Quali incentivi per la gente? Quali sono gli incentivi al cambiamento? (...) Quello che sappiamo dalla ricerca sul campo è che le regole sulla carta e le regole in azione differiscono³⁰¹.”

Questi interrogativi di Ostrom dimostrano come la ricerca *nei* beni comuni, specie quella giuridica, sia ancora una frontiera aperta. Ma, come ha affermato Ostrom stessa, “*i politici possono già dedurre e utilizzare alcuni importanti risultati*”.

Un dato importante è la necessità di avere a disposizione una *struttura legale coerente nel macrolivello*, che autorizzi gli utenti ad assumersi la responsabilità dell'autorganizzazione e della formazione di almeno alcune delle loro regole. La creazione di strutture legali più favorevoli si giustifica sulla base di prove correnti. Oltre alle unità locali che gli utenti potranno organizzare autonomamente, è importante che i politici creino agenzie su larga scala per monitorare la performance sia dei sistemi di risorse naturali sia di chi li usa e per compilare informazioni precise che siano messe a disposizione degli utenti per aumentarne le conoscenze. Inoltre, la disponibilità di *tribunali e altri meccanismi di risoluzione dei conflitti a basso costo* permetterà di risolvere dei conflitti debilitanti più velocemente e a costo più basso per tutti³⁰².

Ritengo che in questo passo si realizzi una convergenza importantissima tra i beni comuni di Ostrom e il pensiero dei Critical Legal Studies. Pensieri

³⁰¹ E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, cit, cap. “Il metodo Ostrom”.

³⁰² Corsivo mio; E. Ostrom, “Ripensare i beni comuni”, in E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, cit.

che partono da punti diversi, da una parte la ricerca sul campo sui modi di gestione cooperativa, dall'altra la dottrina giuridica universitaria, e che convergono tutti sull'importanza del diritto come struttura sociale. E se si dice diritto, si dice Stato, e ancora una volta pretendere di porre fine alla "grande dicotomia" si dimostra poco utile. Qui innanzitutto si sottolinea come lo Stato, tramite il diritto, possa avere un ruolo determinante nell'abbattimento dei "costi di transazione". Torna il discorso di Unger: è lo Stato che può far emergere o sopprimere determinate forme economiche, proprio perché è la definizione delle regole giuridiche (che dà *forma* al mercato) a rendere *convenienti* alcune forme rispetto ad altre. Certo, il diritto non è una sfera che può permettersi di essere isolata dalle condizioni materiali, dalla tecnica, e dagli altri fattori che determinano l'economia, ma il diritto ha molto spesso un ruolo centrale, come dimostra Ostrom.

Il premio nobel statunitense si riferisce poi ai "*politici*", nella loro veste di legislatori, non solo affinché creino una struttura legale "amica" dei beni comuni (suggerendo una riforma della Giustizia che aumenti l'efficacia dei tribunali), ma anche perché, tramite lo strumento-Stato, possono creare agenzie *ad hoc* per contribuire a migliorare il grado di informazione e conoscenza degli utenti – che, come abbiamo visto, è così importante per la *governance* interna. Qui la convergenza col pensiero CLS diventa anche strategica: se il diritto "è politica" anche gli operatori del diritto sono "attivisti politici", e la creazione di una diversa struttura legale che possa far emergere i beni comuni può essere compito di *tutti* gli operatori del diritto – specie in *common law*. Non solo i politici, ma anche i tecnici legislatori (coloro che devono trasformare in termini di legge il concetto politico), consulenti, avvocati, giuridici, e anche i professori di diritto. Anzi, specie questi ultimi hanno il grande potere-responsabilità di determinare le coscienze di coloro che poi saranno operatori del diritto di qualsiasi livello e grado. È questa la grande lezione dei Critical Legal Studies. Anche qui

un'altra convergenza con Ostrom, che ebbe a dire sull'importanza dell'azione teorica-dottrinale:

Fino a quando non verrà pienamente sviluppata e accettata una spiegazione teorica delle imprese auto-organizzate e autogovernate, le decisioni politiche importanti seguiranno ad essere prese nel presupposto che gli individui non siano in grado di organizzarsi, e abbiano sempre bisogno di essere organizzati da autorità esterne. Inoltre senza un'adeguata teoria delle azioni collettive auto-organizzate, non si può prevedere o spiegare in quali casi gli individui saranno incapaci di risolvere un problema comune attraverso la sola auto-organizzazione, né si può cominciare ad accertare quale delle molte strategie di intervento sia effettivamente in grado di contribuire a risolvere particolari problemi³⁰³.

Dunque tutto il mondo accademico dovrebbe fare la propria parte, e i Critical Legal Studies hanno dimostrato come soprattutto i giuristi abbiano un ruolo determinante. All'inizio di questo capitolo si è accennato ad un esempio pratico – citando le ricerche di Pecile – sull'importanza del ruolo degli avvocati per il movimento italiano dei beni comuni: essi hanno assicurato protezione giuridica ad alcune esperienze, come quella del Teatro Valle. Certo, andrebbe rilevato come in alcuni casi – penso ad alcune occupazioni³⁰⁴ di beni immobiliari al fine di creare centri culturali e di

³⁰³ Elinor Ostrom nel corso dell'intervista rilasciata a Margaret Levi; cf. E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, cit., cap. "Il metodo Ostrom".

³⁰⁴ Vorrei però qui suggerire che finché, nel dibattito italiano, si parlerà maggiormente delle "occupazioni" – pur rappresentando, *gli urban commons*, un aspetto importante – il rischio è di mantenersi ad un livello di dibattito limitato. Innanzitutto perché ogni occupazione è una storia diversa e non sempre siamo in casi di "beni comuni": collettivi che occupano un bene immobiliare se ne possono servire esattamente come farebbe un privato, e non sono questi i casi per cui occorre intervenire con una "protezione giuridica". Ostrom e gli altri sostenitori dei beni comuni, parlano di beni materiali essenziali come l'acqua, oppure di beni immateriali come la conoscenza, la salute, etc. Sapelli applica il discorso dei beni comuni ad aspetti centrali della nostra economia: si potrebbe addirittura fare di un'acciaieria un bene comune. A mio dire il dibattito dovrebbe insistere sugli aspetti più centrali della vita economica e sociale, e non solo su esperienze che per quanto siano significative rimangono marginali.

ritrovo – è proprio l’illegalità ad essere conveniente: anche la “semplice” creazione di un’associazione ha dei costi rispetto ad una gestione “in nero”. Ma è proprio quello che Ostrom sta dicendo: anche e soprattutto dalla struttura giuridica dipende la convenienza. Infatti a volte sono i comuni a porre una soluzione con regolamenti *ad hoc*³⁰⁵, oppure con convenzioni, per altri casi vanno ancora immaginate soluzioni diverse.

È nell’*immaginazione istituzionale* che, in definitiva, i beni comuni trovano la loro più grande prospettiva di sviluppo. L’approccio istituzionalista di Unger e quello di Ostrom hanno delle significative convergenze: da una parte l’invito ad immaginare e applicare nuove forme istituzionali *devianti* al fine di un cambiamento *totale*, dall’altra lo studio di queste forme e l’invito a svilupparle istituzionalmente.

Se Ostrom ha elaborato un “algoritmo” dei beni comuni, servono dei giuristi *critici* affinché esso possa essere correttamente programmato.

³⁰⁵ Cf. V. Pecile, “Beni comuni e il discorso della legalità: il caso di Palermo”, in *Sociologia del diritto*, 3, 2019, pp. 139-155.

Conclusioni

Per tirare le somme conclusive desidero tornare all'inizio di questa tesi, e a quell'incontro romano tra i Critical Legal Studies e i critici italiani. Quel dibattito, risentito a distanza di molti anni, può essere spunto di molte riflessioni. L'ho voluto inserire proprio all'inizio perché rappresenta il punto di contatto tra due "mondi" paralleli, che avevano fino ad allora portato avanti ragionamenti simili, e che incontrandosi si trovavano a ragionare insieme dei loro rispettivi percorsi. Uno di questi "mondi" era il nostro, e occorreva partire dal "nostro" punto di vista prima di approdare a quello dei CLS.

Se l'esperienza dell'*uso alternativo del diritto* era data per esaurita, quella dei CLS, all'epoca pur "sotto assedio", era ancora piena di vita e sarebbe continuata – tra alti e bassi, e morti apparenti, come abbiamo visto – fino ad oggi. Mentre Rodotà con spirito di resa prendeva atto dell'ininfluenza del giurista-intellettuale in Italia, Kennedy e Horwitz parlavano di un mondo dove i giuristi-intellettuali usavano la dottrina come strumento di conservazione del sistema. Rodotà si domandava come il giurista potesse riacquisire quell'autorevolezza di ceto che è sempre stata tradizionale in Italia³⁰⁶, senza piegarsi a fonti di legittimazione puramente esterne: la specializzazione avrebbe potuto rappresentare una soluzione, perché di quella il potere avrebbe avuto bisogno. I Critici con "*il diritto è politica*" intendevano invece non dare adito ad equivoci: c'è una battaglia politica anche e soprattutto all'interno delle dottrine giuridiche specializzate.

Dal punto di vista culturale, il discorso di Kennedy sottolineava come negli Stati Uniti la figura dell'intellettuale fosse influente sulla massa – mentre

³⁰⁶ Sin dai tempi in cui il Papa e l'Imperatore si scontravano sulla base dei ragionamenti di Imerio.

questo in Europa era ancora il “grande sogno” delle *elites*: il filosofo che può plasmare lo Stato. Kennedy aggiungeva però che la cultura europea si stava “americanizzando” e che quindi intellettuali statunitensi e intellettuali europei erano “*sulla stessa barca*”: forse negli anni ‘80 era ancora prematuro dirlo in Italia, ma oggi mi sento di dire che sicuramente è così.

L’impressione che io ho, è che tutti gli intellettuali oggi tentano di fare i conti con la propria impotenza di base: chi ne prende atto richiudendosi nella propria “torre d’avorio”, chi tenta di abbracciare la massa esibendo le sue migliori doti comunicative; in ogni caso nessuno ha il potere di alzarsi e dire cosa la società deve fare, senza diventar parte di quel particolare gruppo di “*profeti inascoltati di questo paese*”. A pensarci, il discorso di Kennedy per certi aspetti proveniva dal futuro, e veniva a suggerire cosa rimaneva da fare agli intellettuali di sinistra.

Nel corso della tesi ho esposto molti temi dei CLS che ritengo utili al dibattito, ma quello sulla figura del giurista mi sembra infine la grande lezione dei Critici: il tema non è quanto un giurista – nella sua veste di *scienziato totale*³⁰⁷ - possa convincere la società della bontà delle sue teorie, ma quanto quella teoria stessa sia predominante nei “contesti formativi” della società. Se il diritto è politica, la battaglia è innanzitutto accademica: formare la classe dirigente è uno strumento di potere supremo. Qui il metodo dei CLS si rivela molto pragmatico: bisogna agire “*nei propri posti di lavoro*”, invece che tentare invano di raggiungere il “*regno del filosofo*”³⁰⁸.

Il ruolo del giurista si rivela ancor più determinante alla luce dei ragionamenti fatti nel cap. II, 1.1 e 2.1, dove si è parlato del “problema

³⁰⁷ Vedi il discorso di Rodotà nel Cap. I, 1.

³⁰⁸ Cf. D. Kennedy, in cap. I, 1.1.

democratico” e dell’influenza che hanno gli operatori del diritto – e in particolare i giudici – sulla struttura della società. Nessun vero cambiamento politico può essere attuato se non viene cambiata la struttura giuridica, e non può cambiare la struttura giuridica senza l’opera dei giuristi. Non basta il solo legislatore: l’interpretazione – dottrinale, giurisprudenziale, tecnica – e l’attività applicativa stessa, possono sempre deviare qualsiasi contenuto di legge, anche solo in parte. Possono dunque sempre moderare qualsiasi cambiamento radicale. *E dove si formano tutti questi giuristi conservatori se non in una accademia conservatrice?*

Sul tema dei beni comuni si fa sentire la mancanza di collegamento tra gli slogan del dibattito politico e solide teorie trasformative. Si assiste ad un ritorno della *comunità*, e al concetto di *comune*, ed emerge una diffusa esigenza in questa direzione, ma come si può dare ai beni comuni una efficace e concreta applicazione senza l’opera di giudici, avvocati, giuristi-tecnici di ogni ordine e grado di questo Paese³⁰⁹? I beni comuni vanno promossi e protetti da un’adeguata architettura giuridica, ed il loro potenziale trasformativo – capace di “*potenziare la democrazia e democratizzare il mercato*”³¹⁰ - non deve essere disinnescato da interpretazioni fuorvianti.

Prendendo in prestito le parole di Gramsci, i Critici ci invitano ad una “lotta di classe *nel diritto*”. Ad aprire la stagione della “immaginazione istituzionale” per realizzare quanto teorizzato da Ostrom: servono giuristi che programmino il suo algoritmo. Serve dare spazio ai beni comuni in tutti i contesti in cui si rendono necessari: dalla gestione dell’acqua o dei beni culturali, a quella di un’autostrada o di un’acciaieria.

³⁰⁹ Dall’Ufficio Legislativo del Parlamento al Segretario comunale.

³¹⁰ Cf. Unger in cap. II, 2.1.

Ma prima del lavoro pratico, bisogna vincere la battaglia teorica, come ricordato dalla stessa Ostrom nel capitolo precedente: è sulle basi di una diffusa e accettata *teoria* alternativa che si può sviluppare pienamente una nuova *pratica* comunitaria. E questa battaglia si può vincere solo in quei luoghi, in quei contesti formativi dove si forma la “coscienza giuridica”, e dove la teoria viene tramandata e perpetuata.

In conclusione, la grande lezione dei Critical Legal Studies è allora quella, per usare le parole di David Trubek³¹¹, di “prendere la dottrina seriamente”: “*taking doctrine seriously*”, per restituire finalmente ai giuristi la degna dimensione del loro impegno politico.

³¹¹ “*Critical legal scholars take doctrine seriously*”; Cf. Trubek, David M., “Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism”, in *Stanford Law Review*, v. 36:575, 1984, p. 589.

RINGRAZIAMENTI FINALI

A Claudia, per il prezioso sostegno che mi ha sempre dato.

A Roberto Sajeve, fonte inesauribile di saggi consigli.

A mio fratello, perché questa tesi è il frutto anche della sua gentile pazienza!

Ai miei genitori: che questo traguardo possa ricompensare, almeno in parte, i loro sacrifici.

BIBLIOGRAFIA

- www.datibenecomune.it
- Horwitz, Morton, *The Trasformation of American Law*, New York, Oxford University Press, 1992, pp. 145 ss.
- Nivarra, Luca, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015.
- Pattaro, Enrico, *Opinio Iuris. Il diritto è un'opinione: chi ne ha i mezzi ce la impone*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011.
- Mazzucato, Marianna, in *"The Entrepreneurial State"*, Demos, London, 2011.
- Unger, Roberto Mangabeira, *The Knowledge Economy*, London, Verso, 2019.
- Carrino, Agostino, *Ideologia e coscienza: Critical Legal Studies*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- D. Kennedy, *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, trad. Jean-Pierre Bouerdick, 1996, su: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Comportamenti%20Strategici%20nell'Interpretazione%20del%20Diritto.pdf>
- Dietz, Thomas, Ostrom, Elinor, Stern, Paul C., "La lotta per i beni comuni", in E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, goWare, 2019.
- Ewald, William, "Unger's Philosophy: a Critical Legal Study", in *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 5, April 1988, pp. 665-756.
- Fioravanti, Marco, Mineo, E. Igor, Nivarra, Luca, "Dai beni comuni al comune", in *Storia del pensiero politico*, Rivista il Mulino, 1, 2016, pp. 89-114.
- Gazzolo, Tommaso, "Antonio Gramsci e la teoria del diritto", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2018, pp. 327-350.

- Hardt, Michael, Negri, Antonio, *Commonwealth*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.
- Kennedy, Duncan, “Breve storia dei Critical Legal Studies negli Stati Uniti”, in A. J. Arnaud (a cura di), *Dictionaire Encyclopediques de Theorie e Sociologie du Droit*, Parigi, L. G. D. J. , 1993. Traduzione di Giovanni Marini.
- Kennedy, Duncan, “Giuristi radicali, intellettuali e stato nella cultura americana”, discorso per l’Istituto Gramsci, in: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Giuristi%20Radicali,%20Intellettuali%20e%20Stato%20Nella%20Cultura%20Americana%20Ovvero%20Il%20Mio%20Discorso%20Per%20L'Istituto%20Gramsci.pdf>; convegno integrale su Radio Radicale, su: <https://www.radioradicale.it/scheda/20639/i-modelli-giuridici-e-democratici-in-usa>
- Kennedy, Duncan, “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy”, in *Journal of Legal Education*, vol. 32, n. 4, 1982, pp. 591-615.
- Kennedy, Duncan, “Property as Fetish and Tool”, discorso di Duncan Kennedy alla conferenza *This Land Is Your Land: Remaking Property After Neoliberalism*, 2014, in: <https://www.youtube.com/watch?v=wf6dZ7aBoJs&t=2868s>
- Kennedy, Duncan, F. Michelman, “Are property and contract efficient?”, in *Hofstra Law Review*, 8:711, 1980, pp. 711-770.
- L. Coccoli, “Communitas e beni comuni”, in E. Ostrom, G. Sapelli, Giulio, e L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance, goWare*, 2019.
- Lipari, Nicolò, “L’uso alternativo del diritto, oggi”, in *Giustizia civile*, 1, 2018, pp. 75 ss.
- Mattei, Ugo, *Beni comuni, un manifesto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2011.

- Mattei, Ugo, *Il benecomunismo e i suoi nemici*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2015.
- Nivarra, Luca “Quattro usi di beni comuni per una buona discussione”, in *Rivista critica del diritto privato*, XXXIV, 2016, pp. 43-64.
- Nivarra, Luca, “Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune”, in Maria Rosaria Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, Ombre Corte, 2012, pp. 69-87.
- Nivarra, Luca, “La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica”, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 4, Dicembre 2013, pp. 503-530.
- Ostrom, Elinor, “Ripensare i beni comuni”, in E. Ostrom, G. Sapelli, Giulio, e L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*,
- Ostrom, Elinor, Nagendra, Harini, “Essere diversi”, in E. Ostrom, G. Sapelli, L. Coccoli, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, goWare, 2019.
- Ostrom, Elinor, Sapelli, Giulio, Coccoli, Lorenzo, a cura di J. Akwood, *Beni Comuni, diversità, sostenibilità, governance*, goWare, 2019.
- Pecile, Veronica, “Beni comuni e il discorso della legalità: il caso di Palermo”, in *Sociologia del diritto*, 3, 2019, pp. 139-155.
- Pérez Lledò, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies*, tesi di dottorato, Alicante, Universidad de Alicante Facultad de Derecho, 1993.
- Pupolizio, Ivan, “I Critical Legal Studies: le contraddizioni del legalismo liberale”, in G. Campanesi, I. Pupolizio, N. Riva (a cura di), *Diritto e teoria sociale: introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo*, Roma, Carocci Editore, 2009, pp. 205-255.

- Pupolizio, Ivan, “Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei «Critical Legal Studies»”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2010, pp. 73-104.
- Pupolizio, Ivan, “Pubblico, privato, comune”, in *Sociologia del diritto*, 2, 2014, pp. 7-33.
- Pupolizio, Ivan, *Pubblico e privato: teoria di una grande dicotomia*, Torino, Giappichelli, 2019.
- Radio Radicale, *I modelli giuridici e democratici in USA*, Istituto Gramsci, su <https://www.radioradicale.it/scheda/20639/i-modelli-giuridici-e-democratici-in-usa>
- Rosselli, Carlo, *Socialismo Liberale*, Liber Liber, 2008.
- Sapelli, Giulio, *Oltre il capitalismo. Macchine, lavoro, proprietà*, Giulio Sapelli, Milano, Guerini Associati, 2018.
- Scarpelli, Umberto, “I magistrati e le tre democrazie”, in *Rivista di diritto processuale*, 1970, p. 658.
- Stewart, James Gilchrist, “Demystifying CLS: a Critical Legal Studies Family Tree”, in *Adel Law Review*, 121, 2020, pp. 121-148.
- Trubek, David M., “Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism”, in *Stanford Law Review*, v. 36:575, 1984, pp. 575-622.
- Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: a Political History”, in *The Yale Law Journal*, 100, 1991, pp. 1515 ss.
- Tushnet, Mark, “Critical Legal Theory”, in M. P. Golding, W. A. Edmundson, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2005.
- Unger, Roberto Mangabeira, *False Necessity*, London, Verso, 2001.
- Unger, Roberto Mangabeira, *Knowledge & politics*, New York, The Free Press, 1975.
- Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*, London, Verso, 2015.

- Valentini, Chiara, “I Critical Legal Studies”, in G. Bongiovanni, G. Pino, C. Roversi (a cura di), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino, Giapichelli, 2016, pp. 501-535.