

SOMMARIO 1. Una mappatura approssimativa delle intersezioni possibili. — 2. La questione della definizione di bene comune. — 2.1. Definizioni su base ontologica e definizioni per istanze di tutela. — 2.2. Definizioni per istanze di tutela e definizioni per istanze di promozione. — 2.3. Definizioni ad ancoraggio normativo con portata generale e definizioni in sede contenziosa. — 3. Alcune intersezioni dalla dottrina penalistica. — 3.1. La riflessione sulla titolarità del diritto alla tutela. — 3.2. La riflessione sulle modalità di tutela. — 3.3. La riflessione sulla titolarità del dovere di tutela. — 4. Alcune intersezioni dai teorici dei beni comuni. — 4.1. Hardin: temperanza tramite coercizione. — 4.2. Rodotà: tutela *ex ante* ed *ex post*. — 4.3. Ostrom: cooperazione, informazione e fiducia. — 5. Alcuni spunti pratici e linee di sintesi conclusive.

1. Una mappatura approssimativa delle intersezioni

La teoria dei beni comuni ha origini economico-sociologiche, ma interagisce con il diritto sotto almeno due profili. Da un lato, il vettore di evoluzione della categoria muove da una base strettamente ontologica verso una dimensione sempre più apertamente normativa: *riceve*, quindi, dal diritto buona parte dei suoi contenuti¹. Dall'altro, alcune proposte avanzate per la gestione di questi beni sembrano implicare una rivoluzione giuridica²: *chiedono*, quindi, al diritto un ripensamento di taluni istituti tradizionali. Per nulla estranei, in larga parte, all'ambito della penalità.

Rispetto a quanto accaduto in altri settori dell'ordinamento, il confronto del diritto penale con il tema dei beni comuni è stato tardivo e piuttosto timido. Nondimeno, il ricorso a una semantica in varia misura correlata al tema in esame è ubiquitario e, tanto nell'individuazione dell'oggetto di tutela quanto nella progettazione delle modalità della stessa, la politica criminale contemporanea manifesta linee di tendenza che possono essere ricondotte all'approccio dei *commons* o che si muovono seguendo direzioni simili.

¹ C. MICCICHÈ, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2018, p. 94 ss.

² Cfr. B. PARANCE-J. DE SAINT VICTOR, «*Commons, biens communs, communs*»: *une révolution juridique nécessaire*, introduzione a B. PARANCE - J. DE SAINT VICTOR (a cura di), *Repenser les biens communs*, Paris, 2014, p. 9 ss.; cfr. pure E. LE ROY, *Sous le Pavés du monologisme juridique*, *ivi*, p. 81 ss.; M. PROSPERO, *Beni comuni. Tra ideologia e diritto*, in N. GENGA-M. PROSPERO-G. TEODORO (a cura di), *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Torino, 2014, p. 1 ss.; G. MICCIARELLI, *Le teorie dei beni comuni al banco di prova del diritto. La soglia di un nuovo immaginario istituzionale*, in *Politica & Società*, 2014, p. 123 ss.

Sotto questo profilo, già uno sguardo meramente fenomenologico al problema della *definizione* dei beni comuni mostra come gli ambiti di elaborazione della categoria possano essere letti quali aree in cui emergono alcune *linee di tensione* negli approcci di tutela che è spesso possibile riconoscere anche nel discorso penalistico.

L'osservazione di eventuali *rispondenze* tra i due settori di intervento, pur utile alla riflessione, costituirebbe, però, ancora solo un'analisi di tipo *statico*. In senso *dinamico*, rispetto a ciascuna delle linee di tensione di volta in volta individuate, si pongono due questioni di fondo. La prima riguarda il coinvolgimento del diritto penale nella gestione dei beni comuni. La seconda è relativa all'influsso che la teoria dei beni comuni può esercitare sul sistema penale: questione che pare, del resto, quella di maggior rilievo.

Nell'insieme, le possibili intersezioni tra i due contesti si collocano in un orizzonte di ricerca molto ampio, di cui qui trova spazio solo una mappatura approssimativa. Negli ambiti, distinti e interconnessi, del diritto penale e della politica criminale, i *commons* si candidano a categoria sistematica, ma possono essere visti anche come costellazione semantica, utile a individuare le specificità di taluni beni oggetto di tutela, o come repertorio progettuale, per una più comprensiva catalogazione degli strumenti utilizzabili per la loro gestione.

Sotto ognuno di questi aspetti, la teoria dei beni comuni può essere usata come cornice critica, applicata all'esistente, o in chiave immaginativa, per la ricerca di soluzioni alternative, peraltro con impatti non sempre univoci quanto alle opzioni di criminalizzazione: il ricorso alla teoria dei beni comuni in chiave critica può evidenziare lacune di tutela e, pertanto, risolversi in un'istanza espansiva per il diritto penale, come pure il loro sfruttamento in ottica immaginativa può contribuire all'individuazione di politiche extrapenali e, quindi, avere un effetto deflattivo rispetto agli esiti sanzionatori complessivi.

Quanto segue non può che avere natura di *fragmenta sparsa*: l'auspicio è, nondimeno, che essi possano contribuire a una visione di insieme.

2. La questione della definizione di bene comune

Chinandosi preliminarmente sulla questione definitoria ci si ritrova subito immersi nei modi e nei ritmi dell'analisi postmoderna. In primo luogo, le definizioni dei beni comuni sono numerose e trasversali, ossia molteplici anche all'interno di un sin-

golo campo d'indagine e (solo) in parte sovrappoventesi tra i diversi settori disciplinari. Secondariamente, anche una volta eletta una definizione come ipotesi di lavoro, il catalogo dei beni che questa ricomprende può mutare sensibilmente e con rapidità. Infine, le definizioni che ricevono il maggior gradimento sono quelle in grado di includere anche elementi disomogenei, secondo un *continuum* di prossimità rispetto ai requisiti di volta in volta espressi³. Si tratterebbe, cioè, *prima facie*, dell'ennesimo *terror* in cui l'avanzamento della ricerca costringerebbe a riconoscere la natura flessibile o *flou* del diritto⁴.

Pare agevole, inoltre, cogliere il parallelismo con i moti evolutivi della penalità: quella dei *commons*, anche solo a livello di fenomenologia definitoria, nasce come categoria a forte base ontologica, universale e ristretta, ma si impone poi come categoria *emergenziale*, spazialmente e temporalmente *contingente* e marcatamente *espansiva*⁵.

Ancora, in modo non dissimile da quanto si registra in diritto penale, questo percorso si svolge nel segno dell'alternanza tra normativizzazione e rinuncia alla norma: un susseguirsi di movimenti di rifugio e fuga, che, solo apparentemente in contrasto tra loro, procedono in realtà nella medesima direzione di progressiva erosione dei ceppi confinari degli istituti coinvolti.

2.1 – Definizioni su base ontologica e definizioni per istanze di tutela

Il nocciolo duro dei beni comuni è costituito da quelle risorse materiali necessarie alla *naturale* sopravvivenza del genere umano in quanto tale. All'interno di questo nucleo fondante, solo l'elemento della necessità può dirsi costante: peraltro, più nella sua presenza retorica che non nella sua portata selettiva.

La prima progressione negli elementi definitivi, a ben vedere, non riguarda la

³ Cfr. M. BARBERIS, *Tre narrazioni sui beni comuni*, in *Ragion pratica*, 2013, p. 381 ss.

⁴ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 1982, tr. it. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992; Y. CARTUYVELS-D. KAMINSKI, *Bougsés et flous du pénal*, in Y. CARTUYVELS-F. DIGNEFFE-P. ROBERT (a cura di), *Le pénal aux bords du futur. En hommage à et avec Lode Van Outrive*, Paris, 1998, p. 119 ss.; F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *D'où viennent les flous du droit pénal ? Les déplacements de l'objet et du sujet*, *ivi*, p. 131 ss.

⁵ Cfr. E. DICIOTTI, *I beni comuni nell'attuale dibattito politico e giuridico: un chiarimento concettuale, un'apologia e una critica*, in *Ragion pratica*, 2013, p. 347 ss. Pone il problema della complessa ontologia dei *commons* M. LAZZARI, *Il problema ontologico del bene comune*, in G. BOTTINO-M. CAFAGNO-F. MINAZZI (a cura di), *Contributi e riflessioni sui beni comuni*, Milano-Udine, 2016, p. 73 ss.

natura *comune* del bene in questione, quanto piuttosto ciò che può conseguirne in termini di esigenza di tutela⁶: ad esempio, costituiscono istanze *contingenti* di tutela la non sostituibilità di quel bene, la circostanza che sia scarso e non rinnovabile, oppure che la sua distribuzione sul pianeta sia tale da precludere tanto ai singoli individui quanto ai gruppi l'individuazione e la separazione della quota per sé necessaria e la sua messa al riparo dagli attacchi altrui⁷.

Questo piano di analisi, pressoché originario nell'elaborazione della categoria, potrebbe secondo logica propiziare un effetto selettivo, dovendosene derivare che benché *necessari*, i beni comuni non protestano *per ciò solo* alcuna forma di tutela, né, tanto meno, la *massima* forma di tutela del diritto penale (massima, si badi, per gravità e non certo per efficacia).

Nondimeno, le potenzialità delimitative di questa classe di requisiti sono rimaste del tutto neutralizzate dalla dinamica tipicamente emergenziale della riflessione che li ha investiti, anche nella sua intersezione con il piano diacronico (ossia, antropologicamente, intergenerazionale) della progettazione di tutela⁸.

Si dovrebbe osservare come proprio su tale piano si evidenzi l'intrinseca *inadeguatezza* dello strumento penale: non solo il suo intervento, ove correttamente ancorato alla realizzazione di un evento, *arriva tardi* (e ciò, a maggior ragione, in relazione a beni essenziali e non ripristinabili), ma soprattutto non riesce a fare i conti con la circostanza che assai spesso, in relazione a questi beni, non solo la *tutela*, ma anche la *responsabilità* si stende su diverse generazioni⁹.

Al contrario, il carattere *tragico* dell'ipotesi di (progressiva o repentina) distruzione dei beni comuni – sempre possibile e in buona parte caratterizzata dall'incertezza

⁶ U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino, 2015, p. 37 ss. Per note critiche E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma - Milano, 2013, p. 33 ss.

⁷ A. MASSARUTTO, *Il dovere di avere doveri. I beni comuni e la scienza triste*, in *Ragion pratica*, 2013, p. 361 ss., 365 ss. Cfr. pure L. LOMBARDI VALLAURI, *Beni comuni e beni non esclusivi*, in P. CACCIARI (a cura di), *La società dei beni comuni. Una rassegna*, Roma, 2010, p. 59 ss.; P. MONTALBANO, *La critica al dibattito sui beni comuni: una prospettiva economica*, in *Economia della Cultura*, 2017, p. 37 ss., p. 42 ss.

⁸ E. VITALE, *Quale tempo per i beni comuni?*, in *Ragion pratica*, 2013, p. 391 ss.; evocativamente afferma S. RODOTÀ. *Verso i beni comuni*, in G. PRETEROSSO-N. CAPONE (a cura di), *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, p. 27 ss., p. 41, che «la dimensione del futuro è sempre ineliminabile».

⁹ Si pensi al tema dell'inquinamento storico, su cui, con carattere ricognitivo di alcune tra le molte diverse impostazioni possibili sotto il profilo giuridico, F. CENTONZE-S. MANACORDA (a cura di), *Historical Pollution. Comparative Legal Responses to Environmental Crimes*, Cham, 2017.

circa la previsione di panorami complessi a lungo termine, la loro collocazione temporale e le condizioni di reversibilità di eventuali processi evolutivi impreveduti – ha condotto a ritenere, in buona sostanza, che ogni bene *necessario* sia non solo *meritevole*, ma anche *bisognoso* di una tutela che assai spesso si vuole anticipata e immediata.

Nella tecnica ascrittiva si realizza un ripiegamento circolare: *poiché* la tutela del bene coinvolge tutti, *allora* il bene è comune¹⁰, *perciò* deve ricevere *ogni* tutela. Se applicato al diritto penale, il ragionamento è insidioso: qualsiasi silenzio del legislatore in materia di beni comuni potrebbe essere considerato una improvvida *lacuna*. Al tempo stesso, la dimensione *planetaria* della tutela reclamata dalla peculiare natura inconfineabile dei principali beni coinvolti sembra negare agli Stati la possibilità di stabilire politiche efficaci a mero livello nazionale¹¹.

2.2 – Definizioni per istanze di tutela e definizioni per istanze di promozione

Una seconda costellazione di elementi definatori si radica nel carattere *umano* di quella *sopravvivenza* cui i beni comuni sono considerati necessari: giungendo a includere, per tale via, tutti gli elementi che caratterizzano, in modo assolutamente peculiare, l'evoluzione di questa così particolare specie.

Si tratta, chiaramente, di una rielaborazione *espansiva*, la cui accelerazione è ancora più accentuata laddove la *dignità umana*¹² – la cui asserita negazione o compromissione è spesso il tema argomentativo che va a sostituire quello del *rischio di estinzione* nella retorica della tragedia¹³ – sia intesa secondo visioni olisticamente indeterminate o comunque massimizzanti (come nei casi di riferimento al *completo benessere*, al *pieno sviluppo* o alla *felicità*).

L'immediata rinuncia al requisito di *materialità*¹⁴ non è la sola conseguenza: beni

¹⁰ In quello che B. ROSSI, *“Beni comuni”, “bene comune” e “sicurezza collettiva”: prospettive penalistiche*, in A. M. ORECCHIA-C. PERINI (a cura di), *Il prisma dei beni comuni tra diritto e scienze umane*, Milano-Udine, 2017, p. 167 ss., p. 172, definisce un «rapporto marcatamente ellittico».

¹¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Beni fondamentali*, in A. MONTEBUGOLI-L. PENNACCHI (a cura di), *Tempo di beni comuni. Studi multidisciplinari*, Roma, 2013, p. 135 ss.

¹² G. AZZARITI, *I diritti dell'omo dignus*, in G. ALPA-V. ROPPO (a cura di), *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma, 2013, p. 4 ss.

¹³ Dominante in G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 13 dicembre 1968, p. 1243 ss.; ma cfr. pure U. MATTEI, *Teoria e prassi costituente nel governo del comune*, in A. MONTEBUGOLI-L. PENNACCHI (a cura di), *Tempo di beni comuni*, cit., p. 321 ss.

¹⁴ Esemplamente in U. MATTEI, *La nozione del comune*, in P. CACCIARI (a cura di), *La società dei beni comuni*, cit., p. 59 ss., p. 62 ss.: «Il comune è (...) nozione che può comprendersi il solo inautentica chiave

comuni siffatti possono prescindere da ogni riferimento a una *consistenza* attuale e valutabile. In tale evenienza si realizza una crasi tra il bene *esistente* e il bene-*obiettivo*. L'oggetto della tutela conservativa e l'oggetto delle politiche promozionali non sono più distinguibili: una circostanza che meriterebbe particolare attenzione nel contesto del diritto penale, cui il perseguimento delle seconde è *precluso*¹⁵.

Inoltre, la rarefazione dei requisiti della categoria dei beni comuni non ne comporta soltanto una marcata evolutività espansiva, ma altresì un elevato rischio di relativizzazione, attingendo a contenuti e percezioni assai variabili non solo a livello di gruppi culturali, etnici o religiosi, ma da individuo a individuo.

2.3 – Definizioni ad ancoraggio normativo con portata generale e definizioni in sede contenziosa

La successiva fase del percorso di definizione, che diviene apertamente *normativo*, ricostruisce il carattere necessario dei beni comuni in termini di strumentalità rispetto ai *diritti fondamentali*¹⁶, con ciò tentando di circoscrivere l'estensione dei *commons* e di riguadagnarne la portata universale. Il rischio, tuttavia, è di ottenere l'effetto diametralmente opposto. La strumentalità, infatti, non è concetto di per sé confinato, prestandosi a costruire *catene* di rapporti mezzo-fine potenzialmente infinite. Lo stesso ancoraggio ai diritti umani, da parte sua, replica l'intrinseca ambiguità di tale categoria, che dibattendosi tra reminiscenze giusnaturaliste (sempre più simili a mere etichette) e relativismo convenzionalista (sempre più frammentato nel coacervo conflittuale della *law in action*) stenta a trovare una base autenticamente condivisa e un corredo critico di *vincoli di realtà*.

Si compie così un'ultima progressione, che potrebbe dirsi di normatività attenuata e diffusa, ossia di rinuncia alla dimensione *condivisa* della scaturigine e degli esiti (anche giuridici) delle "norme" riferibili ai *commons*, in favore di una sorta di

fenomenologica ed olistica (...). Il comune non è solo un oggetto (...) ma è anche una categoria dell'essere, del rispetto, dell'inclusione e della qualità. È una categoria autenticamente relazionale fatta di rapporti fra individui, comunità, contesti ed ambiente. (...) nella logica del comune scompaiono le barriere fra soggetto ed oggetto». Cfr. pure U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Milano, 2011, p. 89 ss.; E. PULCINI, *Beni comuni: un concetto in progress*, in *Politica & Società*, 2013, p. 349 ss.

¹⁵ Per tutti C.E. PALIERO, *I caratteri generali del diritto penale*, in *IUS17*, 2012, vol. 5, p. 9 ss., p. 13.

¹⁶ T. MAZZARESE, *Diritti e beni comuni o fondamentali. Un binomio di riferimento per una risposta sistemica alle sfide dell'era globale*, in *Ragion pratica*, 2020, p. 441 ss.; F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, in *Diritto & Società*, 2016, p. 381 ss.; v. pure oltre, par. 4.2.

realismo istituzionalista¹⁷. Così, è la vicenda storicamente determinata di rapporti tra istituzioni (in senso lato) e bene comune che rende quest'ultimo tale e fonda giuridicamente il suo *status* quanto alle relazioni istituzionali future: sempre, bene inteso, *nello specifico caso in esame*. Ancora una volta, abbandonata ogni pretesa di universalità, la sede giurisprudenziale si presta impareggiabilmente alla consacrazione dei rapporti di forza instauratisi o instaurandi.

Il recupero sul piano ontologico perseguibile per tale via è solo apparente: il processo di normativizzazione e denormativizzazione restituisce una categoria concettuale mutevole, dilavata, pressoché infruibile a livello sistematico, che, nel migliore dei casi, può applicarsi a *qualunque* bene oggetto di tutela penale. Qualsiasi potenzialità deflativa dei beni comuni rispetto al diritto penale (pure immaginabile: si pensi a una riprogettazione critica dei reati che insista sull'esigenza della dimensione non solo individuale e non solo economica dei beni oggetto di tutela¹⁸) è definitivamente perduta.

Non a caso, la dottrina più accorta si preoccupa piuttosto di limitare il rischio fondativo-espansivo della categoria in esame, opportunamente ricostruendo i singoli beni comuni come eventuale perimetro operativo del principio di frammentarietà e riconducendo quanto proposto dalla teoria dei *commons* nel suo insieme all'ambito dialogico della progettualità circa le *forme* (eventualmente differenziate) di tutela di quanto sia stato *già su altre basi* individuato come bene giuridico ai fini del diritto penale.

3. Alcune intersezioni dalla dottrina penalistica

Al di là delle perplessità metodologiche sollevate già a livello interdisciplinare

¹⁷ Cfr. A. FARANO-R. MELE, *Oltre l'individualismo proprietario? Note giusfilosofiche sui beni comuni*, in C. ARCIDIACONO (a cura di), *benessere e felicità: uscire dalla crisi globale. Percorsi interdisciplinari del laboratorio federiciano*, Pomigliano d'Arco 2013, p. 225 ss., a proposito di Cass. civ., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, su cui v. oltre, par. 4.2. il riferimento è, principalmente, alla teoria espressa in S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977. Cfr. pure P. GROSSI, *Società, diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano, 2006.

¹⁸ Anche per il tramite di una riflessione sulla circostanza, evidenziata in D. PULITANÒ, *Welfare e diritto penale. Variazioni su un tema di Garland*, in *Criminalia*, 2016, p. 77 ss., p. 90, che «la qualità del *welfare*, nella realtà della vita delle persone, è una condizione importante per il funzionamento del diritto penale, per l'osservanza dei precetti», e «le politiche del *welfare* possono essere considerate (progettate, discusse) anche avendo riguardo a possibili valenze di *politica criminale* in quanto *politica sociale*». Cfr. pure S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988; A. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, p. 57 ss.; G. COCCO, *Un'introduzione ai reati contro il patrimonio e l'economia pubblica*, in G. FORTI-M. BERTOLINO-L. EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, vol. III, p. 1447 ss.

da un concetto ormai patologicamente dilatato, non si riscontra nella dottrina penalistica un tentativo di contenimento del catalogo dei beni comuni, né la ricerca di una nozione di bene comune penalmente rilevante.

Gli sforzi sono piuttosto orientati al recepimento critico della categoria per come elaborata nelle discipline di origine, per ponderarne e, se possibile, governarne l'impatto sulla penalità. Al tempo stesso, è da più parti richiamato il possibile sviluppo di una dimensione *comunitaristica* del diritto penale, caratteristica che per vero gli era già stata riconosciuta come attuale e *originaria*¹⁹. Pur presentando con costanza i tratti accennati, tuttavia, le soluzioni prospettate non sono omogenee.

3.1 – *La riflessione sulla titolarità del diritto alla tutela*

In una prima impostazione, ai beni comuni è riconosciuta già una sorta di intrinseca *meritevolezza* di tutela: «per la loro importanza ordinamentale», essi «si propongono come nuove espressioni di un moderno bene giuridico intorno al quale far ruotare la protezione normativa della legislazione penale»²⁰, pronti a coinvolgerla direttamente, con il suo «corredo di tutela rafforzato dai divieti», in quanto «beni che sono essenziali e funzionali ad una equilibrata crescita della persona umana attraverso risorse naturali che conferiscono benessere al contesto di vita quotidiano e assicurano la conservazione del patrimonio naturale a vantaggio delle generazioni future»²¹.

Alla domanda se esistano «obblighi costituzionali di tutela penale dei beni comuni»²², tuttavia, la risposta è articolata: da un lato, è ribadito che la selezione delle offese rilevanti, ancorché riferite a beni comuni riconosciuti dall'ordinamento²³, non

¹⁹ G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il "potenziale di verità" di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, p. 297 ss., p. 307 ss.

²⁰ P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, in C. ARCIDIACONO (a cura di), *Benessere e felicità: uscire dalla crisi globale. Percorsi interdisciplinari del laboratorio federiciano*, Pomigliano d'Arco 2013, p. 245 ss., p. 245: «una nuova possibile categoria di beni materiali essenziali, ma anche a sfondo edonistico, (...) una vasta quantità di "cose" di grande utilità collettiva e di notevole valore intrinseco, genericamente definita dei "beni comuni", che trova invece in parte, contrariamente all'apparente genericità della definizione, la sua collocazione in un ambito normativo di stampo tradizionale, quello occupato storicamente dai beni del patrimonio disponibile indisponibile dello Stato e degli enti pubblici territoriali. E per bene appartenente al patrimonio indisponibile devono essere considerati in una versione aggiornata quei beni la cui utilizzazione e la cui gestione deve avvenire al di fuori della logica di mercato».

²¹ P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 246.

²² P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 252.

²³ P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 249: «La tecnica di categorizzazione

può prescindere dal rispetto dei requisiti consolidati della tipizzazione, compreso quello di offensività²⁴, e che l'intervento penale deve essere integrato in una politica volta all'adesione spontanea ai valori, seppure accompagnata dalla minaccia di sanzioni²⁵; dall'altro, «l'inquadramento del tema secondo un itinerario costituzionalmente orientato suggerisce l'intera rilettura dello statuto penale in materia di patrimonio e delle forme di collegamento giuridicamente qualificate tra cosa e persona»²⁶.

Il dato che andrebbe ormai «considerato come acquisito» e che costituirebbe «la vera rivoluzione» per il diritto è individuato nell'esistenza di «un *pubblico non statale*»²⁷. Così, se l'art. 2 Cost. «svolge una funzione assimilabile a un “vincolo di destinazione”»²⁸, al tempo stesso tratteggia percorsi di tutela non incentrati sulla proprietà²⁹ e che, soprattutto, non trovano più nello Stato, bensì nella collettività, il soggetto centrale della tutela penale³⁰: con l'effetto, si badi, che la posizione dell'*individuo*, in quanto non

deve tenere conto anche del fatto che la tematica prende le mosse da premesse teoriche di tipo giusnaturalistico, in quanto il *numerus clausus* che viene normalmente proposto con la qualificazione normativa di cui si è detto comprende beni che sono per natura al servizio dell'uomo. Per cui il tema sconta il rischio di un neogiusnaturalismo che porterebbe ad incrementare il numero con nuovi beni comuni che si affacciano all'attenzione della comunità, quali ad esempio i beni della modernità: la cultura, l'università, la rete, etc. L'unica garanzia di qualificazione condivisa è che, una volta individuato il bene per la sua naturale funzione, si passi poi a filtrarne la rilevanza attraverso il diritto positivo».

²⁴ «Per affrontare correttamente il tema del progetto di una tutela penale dei beni comuni occorre fare affidamento sugli strumenti metodologici che formano la piattaforma giustificativa del diritto penale moderno e che filtra attraverso la qualificazione del fatto come tipico, colpevole e offensivo» (P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 253).

²⁵ «Deve essere a tale proposito fatto valere che la lettura costituzionale della vicenda dei beni comuni materia penale non deve e non può riguardare unicamente il profilo repressivo dell'intervento legislativo, ma occorre partire dal rendersi conto che determinati diritti, interessi e beni devono entrare nell'area di autentica promozione del diritto penale. Un diritto penale della dissuasione che valorizzi la consapevolezza nel destinatario del precetto di essere il naturale fruitore dei vantaggi derivanti da quel bene» (P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 253).

²⁶ P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 258.

²⁷ Così, con ampi riferimenti al pensiero di Rodotà, P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 249, che aggiunge: «Probabilmente su questa linea di confine si trova la distinzione tra rilevanza giuridica rilevanza politica dei beni comuni, con tutto il seguito della relativa impostazione ideologica».

²⁸ P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 250.

²⁹ P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 251.

³⁰ P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 256 ss.: «Lo schema che si propone con il riconoscimento dei beni comuni capovolge il quadro preesistente e impone che i beni comuni siano patrimonio della comunità e lo Stato sia chiamato soltanto ad assicurarne una corretta e disponibile fruizione. Pertanto, muta l'assetto proprietario di titolarità e muta anche il regime giuridico di uso e di tutela. La ricaduta di questo mutamento di titolarità si riflette in maniera decisiva in ambito penale, poiché automaticamente avviene un mutamento della parte offesa – chi in sede processuale potrà avanzare istanze risarcitorie e ripristinatorie – che non sarà più identificabile con

mero *cittadino*, ma *appartenente alla collettività*, ne risulterebbe rafforzata.

Il diritto penale si porrebbe così – in un approccio «ellittico», ossia per il tramite della tutela degli «interessi diffusi» o «collettivi» ovvero di «beni anche di stampo non tradizionale» – in una prospettiva *solidaristica* che sino a quel momento si sarebbe potuta sospettare limitata alla «vuota affermazione di principio»³¹: un sistema, peraltro, non unitario, bensì modulato in ragione sia di *esigenze* reali (e non solo, quindi, dell'astratta *meritevolezza*) di tutela, sia dell'individuazione di specifiche modalità di aggressione dei beni³².

Questo approccio pone certamente questioni rilevanti, acutamente cogliendo la teoria dei beni comuni non tanto come fonte di categorie sistematiche, quanto come bagaglio di esperienze ripetibili, ossia nella sua potenzialità trasformativa. Tuttavia, l'analisi compiuta incontra un limite nell'incapacità di affrancare la prevenzione dalla minaccia di sanzione. Tale limite si riverbera nella centralità accordata alla riscrittura delle posizioni dei soggetti titolari dei diritti di tutela e alle loro (rinnovate) facoltà di agire in sede giudiziale, ossia, appunto, per quanto attiene il diritto penale, al fine di ottenere *l'applicazione di una sanzione*.

Non si nega che le innovazioni proposte, pur riguardando anche il diritto processuale, abbiano consistenti ricadute in campo sostanziale e di politica criminale. Nondimeno, il loro spettro di influenza *in termini solidaristici* è limitato. Le azioni prospettate, ancorché condotte da *appartenenti a una collettività*, non potranno mai rappresentare un momento autenticamente unitivo, concretizzando piuttosto dinamiche di contrasto e sfociando in esiti di prevalenza di una parte su un'altra. Inoltre, l'esistenza di una comunità così intesa, composta da *titolari di diritti*, non scongiura di per sé il pericolo di derive escludenti, del tipo già rilevato nel *Feindstrafrecht*. Gli spunti di interesse presentati, quindi, non possono che essere letti in ottica complementare rispetto a quelli che seguiranno.

lo Stato, con tutti i limiti che tale ampiezza organizzativa comporta, ma con la collettività e con gli Enti esponenziali che si qualificheranno all'interno di essa. Pertanto, non più una posizione "debole" fondata sull'interesse legittimo di ciascun cittadino, ma la posizione "forte" di un diritto soggettivo in capo a ciascun individuo e centralizzato nella comunità. E quindi non più un interesse legittimo e diffuso ma un vero e proprio diritto soggettivo di tipo diffuso».

³¹ P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 246.

³² P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 252 ss.

3.2 – La riflessione sulle modalità di tutela

Una seconda impostazione prende spunto più esplicitamente dal confronto tra beni comuni e bene giuridico, avvertendo che «mentre il bene giuridico rappresenta, nonostante le alterne fortune dogmatiche, non solo un fattore di critica ma anche un elemento costitutivo – per il tramite dell’offesa – della tipicità del reato, la nozione di “bene comune” si muove su tutt’altro piano, con la conseguenza che non è consentito tracciare alcuna relazione di implicazione tra il secondo e il primo»³³.

Di conseguenza, i *commons* possono assumere rilievo soltanto – e non senza cautele³⁴ – «quale argomento *pre*-positivo e, nella specie, *pre*-penalistico», all’interno «del dibattito politico-criminale, ove si sviluppa la discussione sull’eventuale adozione di una strategia di tutela anche penale in un certo ambito; si tratta dunque di una fase necessariamente antecedente rispetto alla tipizzazione dei reati e alla formulazione delle relative norme incriminatrici»³⁵.

Per la fase successiva, secondo istanze di garanzia già riscontrate nel primo approccio, soltanto «il bene giuridico, in quanto grandezza penalistica, oltre a costituire un referente critico rispetto alla legislazione penale secondo l’approccio costituzionale, è chiamato anche a concorrere al tipo penale in ossequio al principio di offensività, dovendo dunque assumere una ‘fisionomia’ coerente con i canoni che fondano a tale stadio (la tipizzazione) la legittimazione della norma incriminatrice, ossia le articolazioni del principio di legalità *sub specie* di precisione e determinatezza»³⁶.

Proprio nel passaggio dalla progettazione politico-criminale alla tipizzazione, tuttavia, i beni comuni possono assumere un diverso ruolo critico, che rappresenta forse l’aspetto più promettente dell’intera impostazione. Essi possono individuare *fasci*

³³ C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in *Leg. pen.*, 19 febbraio 2018, lalegislazionepenale.eu, p. 31.

³⁴ Cfr. C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, cit., p. 31: «L’eterogeneità dei *Commons* determina che, in alcuni casi, l’affinità tra bene comune e bene giuridico possa apparire più stringente, allorché la direttrice di tutela sottesa a uno specifico *Common* risulta in grado di incanalarsi verso grandezze già prese in carico dal sistema penale o comunque in accordo con i requisiti di compatibilità costituzionale e di tipicità validi per il bene giuridico. Se a tale ipotesi sembra potersi ricondurre il caso del patrimonio culturale, occorre tuttavia rifuggire dalla tentazione di assimilare tout court bene comune e bene giuridico: al cospetto di altre tipologie di *Commons* (si pensi emblematicamente alla sicurezza collettiva) il bene comune rivela un grado di equivocità e sfumature tali da confluire al massimo nel dibattito politico-criminale, dove anzi simile ambiguità potrebbe fare gioco in termini di opportunità politica».

³⁵ C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, cit., p. 31.

³⁶ C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, cit., p. 31.

di beni giuridici ossia aree di tutela *funzionalmente unitaria*, non già al fine di colmare la frammentarietà, ma per offrire nuove occasioni sistematiche di verifica della coerenza ordinamentale e, mercé l'ampia varietà degli strumenti di tutela correlati ai *commons*, dell'effettivo rispetto del principio di *extrema ratio*, anche con riguardo alle diverse forme della sussidiarietà³⁷.

Inoltre, la caratteristica intergenerazionale della tutela richiesta dai beni comuni non è qui letta in senso espansivo, così da ingenerare il rischio di estendere il novero dei beni di rilevanza penale (asseritamente) attuale e accentuare l'anticipazione dell'intervento sanzionatorio, bensì come argomento di *selezione* delle opzioni di tipizzazione³⁸ e come parametro rafforzato di verifica dell'efficacia attesa dalle politiche criminali.

Non pare davvero un caso, del resto, che proprio in questa chiave diacronica sia espressa una netta preferenza per la prevenzione generale positiva³⁹: «solo così i *commons* potranno costituire un'eredità per le generazioni future»⁴⁰.

Il ventaglio degli strumenti di conservazione e promozione aperto dalla teoria dei beni comuni, tuttavia, è di ampiezza e varietà tali da esondare le tradizionali partizioni delle tecniche preventive. Benché larga parte di quelle esperienze di tutela sia estranea al diritto penale, le interazioni del sistema penale con le opzioni non (o diversamente) sanzionatorie e le eventuali soluzioni alternative costituiscono temi di sicuro interesse per la politica criminale. Il taglio oggettivo dell'analisi, inoltre, stabilisce un continuo collegamento con il piano sostanziale, proprio rispetto al quale può dimostrare la maggiore efficacia critica.

³⁷ Per l'esempio dell'ambiente e del cd. patrimonio culturale, C. PERINI, *La responsabilità dell'ente per reati ambientali: un sistema necessariamente imperfetto?*, in *Le Società*, 2018, p. 222 ss., p. 225 ss.; C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, cit., p. 21 ss. e 33 ss.

³⁸ Ne costituisce un esempio l'analisi contenuta in C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, cit., p. 28, della parola *heritage*, usata nella versione inglese della Convenzione UNESCO 1972 e letta in continuità con l'art. 9 Cost.: «Si tratta di una vera e propria parola-chiave, che illumina il senso della tutela: i beni selezionati appaiono meritevoli di protezione, conservazione e valorizzazione in vista dell'avvicendamento *tra generazioni*, poiché essi rappresentano realtà in grado di tramandare forme uniche della cultura dell'uomo e della natura, nelle quali i discendenti potranno riconoscersi e coltivare il proprio senso di *appartenenza* al genere umano».

³⁹ Così C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, cit., p. 29: «La possibile soluzione è individuata da Hardin nel diritto inteso in senso lato in un passaggio, dal quale traspare *mutatis mutandis* l'accoglimento di una concezione prevalentemente generalpreventiva positiva dello strumento giuridico: "*Prohibition is easy to legislate (though not necessarily to enforce); but how do we legislate temperance?*"». Il riferimento è a G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., p. 1246.

⁴⁰ C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, cit., p. 29.

3.3 – La riflessione sulla titolarità del dovere di tutela

Il quadro è completato da una terza impostazione, che, pur muovendo dalle già richiamate criticità di contemperamento tra l'attuale cornice sistematica delle tecniche di tutela e la difficile collocazione dei beni comuni nella dicotomia tra proprietà pubblica e privata, giunge a conclusioni piuttosto originali.

Innanzitutto, la radice della predetta dicotomia è individuata nelle Costituzioni contemporanee⁴¹, in cui l'analisi oggi corrente rinviene, invece, almeno in genere, le basi per il suo superamento⁴².

Questa considerazione, che parrebbe opporsi a una modifica dei titolari dei diritti correlati alla tutela penale, lascia tuttavia aperta la strada per una comunitarizzazione del diritto penale sotto il profilo dei *doveri* di tutela.

In particolare, è esperimento il tentativo di sistematizzare la *sicurezza* come bene comune di rilevanza penale, singolo e unitario, sotto la quadruplicata scorta della citata interpretazione ascrivibile della portata strumentale dei beni comuni alla fruizione dei diritti⁴³, del loro collegamento funzionale con la comunità⁴⁴, delle esigenze di modalità

⁴¹ Cfr. B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 172: «non può negarsi che il problema principale nel teorizzare la categoria dei beni comuni sta nella difficoltà di autonomizzarsi da un paradigma, quello della proprietà privata individuale, tuttora frequentemente presentato come unica forma giuridica possibile della relazione tra cose soggetti. Militano in tale direzione le Costituzioni liberali che considerano la proprietà privata fra le libertà e attribuiscono ad esse i connotati del diritto fondamentale».

⁴² Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 1981; ID., *Mondo dei diritti, mondo dei beni*, in A. MONTEBUGOLI-L. PENNACCHI (a cura di), *Tempo di beni comuni. Studi multidisciplinari*, Roma, 2013, p. 111 ss.; P. GROSSI, *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1059 ss.; ID., *Rileggendo le Note critiche in tema di proprietà (1962)* in G. ALPA-V. ROPPO (a cura di), *La vocazione del giurista*, cit., p. 80 ss.; L. FERRAJOLI, *Libertà e proprietà*, *ivi*, p. 91 ss.; M. R. MARELLA, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, *ivi*, p. 105 ss.; A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, p. 461 ss.

⁴³ B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 178: «L'idea di concepire la sicurezza come un bene comune rappresenta una sfida dogmatica; infatti, sebbene essa non assuma le caratteristiche proprie di un "bene", secondo le tradizionali categorie privatistiche, è possibile evidenziare taluni tratti similitudine» «essendo un presupposto che sta alla base di ogni pacifica convivenza, essa costituisce la condizione necessaria ed imprescindibile, affinché ciascun membro della collettività possa esercitare i diritti fondamentali».

⁴⁴ B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 179: «anche la sicurezza collettiva presenta un imprescindibile *collegamento con i consociati*. La sicurezza è una funzione e un'istanza che può essere soddisfatta in modo adeguato con una risposta che è necessariamente *sistemica*».

di godimento non escludente degli stessi⁴⁵ e di espansione diacronica della loro tutela⁴⁶.

Il bene comune sicurezza, così individuato, *non* coincide con i beni giuridici oggetto di tutela: non tanto per il suo fondamento o per la sua natura prepenalistica⁴⁷, quanto per la sua intrinseca indefinitezza, che sfiora l'onnicomprensività⁴⁸ e che, al fine di pervenire all'oggettivizzazione invocata, deve appunto rimettersi agli ordinari percorsi di tipizzazione.

Invero, per non ricadere nell'ampiamente segnalato equivoco della nozione soggettiva e indeterminata della sicurezza percepita, il contenuto oggettivo della sicurezza può cogliersi solo *in uno specifico "negativo" o complementare*, ossia nell'assenza di offese o minacce a *beni giuridici individuati*⁴⁹, in relazione alle quali deve agire la tutela.

⁴⁵ B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 179 ss.: «la sicurezza collettiva è (...) un bene dalla fruizione del quale non può e non deve essere in astratto escluso nessuno», cosicché «un arricchimento della sicurezza collettiva arricchisce tutti, così come un impoverimento della stessa impoverisce tutti».

⁴⁶ Così per B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 179, «i membri della comunità (...) mutano e si susseguono, ma la risorsa "sicurezza" deve essere tutelate tramandata il più possibile integra» e ciò pur nella consapevolezza di come «non sia agevole parlare, con riferimento alla sicurezza collettiva, di un suo potenziale depauperamento in senso materiale», giacché «una gestione di tale grandezza disattenta alle effettive esigenze della comunità di riferimento ed ai concreti pericoli e rischi che emergono in un dato contesto, può senza dubbio condurre ad un impoverimento del "bene" in parola».

⁴⁷ B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 180: «siffatta conclusione avvalorata la tesi per cui la sicurezza collettiva debba essere tenuta distinta dalla categoria dei beni giuridici, tipica del diritto penale. Ricondurre la nozione di sicurezza collettiva a quella di bene comune, considerando entrambe alla stregua di grandezze pre-penalistiche, porta la conseguenza del superamento dell'idea che la sicurezza collettiva sia in sé un bene giuridico».

⁴⁸ Così L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 10: «ammesso che la sicurezza possa essere collegata – caso per caso – a beni giuridici meritevoli di tutela penale, il rischio è quello di precipitarla nell'alveo dei concetti strumentali e strumentalizzabili dalle forze socio-politiche preminenti in un determinato momento storico. Si trasforma così il *totem* sicurezza nella formula in grado di legittimare qualunque tipo di incriminazione, rispetto alla quale non si possa ravvisare un interesse più univoco e specifico».

⁴⁹ C. PERINI, *Prospettive giuridiche nell'approccio ai beni comuni*, in A. M. ORECCHIA-C. PERINI (a cura di), *Il prisma dei beni comuni tra diritto e scienze umane*, Milano-Udine, 2017, p. 17 ss., p. 24: «la peculiarità risiede nel fatto che, per essere preso in carico dal diritto penale, il fascio di interessi evocato dal sentimento di (in)sicurezza collettiva deve potersi declinare con riferimento ad uno o più *oggetti* (materiali e/o immateriali) *di tutela penale*, ossia – per riprendere l'espressione caratteristica della scienza penalistica – ad uno o più *beni giuridici* (...) e, a ben guardare, la giustapposizione di tali beni (...), che possono essere a loro volta collettivi o individuali, «ricompone per tasselli la nozione *oggettiva* di "sicurezza collettiva"», passibile questa, quanto meno nella prospettiva dianzi richiamata, di «essere ricondotta *strutturalmente* (...) alla categoria dei beni comuni».

È, pertanto, ancora una volta, nell'ambito della politica criminale⁵⁰ che può trovare spazio la proposta di una valorizzazione della sicurezza come bene comune: non tanto nella sua costituzione a categoria sistematica, quanto come spunto ispiratore di un approccio pervasivo, costruito secondo modalità condivise e inclusive di gestione della risposta al reato, anche con riguardo alla portata di prevenzione che queste sarebbero in maggior grado adeguate a favorire. In altre parole, ferma la necessità di un rigoroso rispetto dei tradizionali parametri di garanzia e la difesa del carattere *arcipelagico* del diritto penale, i modi e i soggetti della tutela, *ove necessaria*, potrebbero cambiare.

Anche su questo punto, tuttavia, può risultare opportuna qualche precisazione. Da un lato, il paradigma del bene comune applicato alla sicurezza mette in evidenza l'opportunità di un coinvolgimento della comunità⁵¹, *compreso il trasgressore*, nelle modalità di risposta al reato⁵², come pure l'esigenza di accompagnare le istanze di gestione partecipata con efficaci politiche *culturali*⁵³: un tema di grande rilevanza e valore, cui l'apporto della riflessione sui beni comuni può sicuramente giovare (anche già a livello retorico) in senso rafforzativo.

D'altro canto, l'ipotesi che ciò debba avvenire «*a discapito* di una gestione esclusiva da parte dell'autorità giudiziaria»⁵⁴ persuade solo nella misura in cui postuli, appunto, una partecipazione coordinata e costruttiva, propedeutica al conseguimento di esiti di valenza *pubblica*, proprio in ragione della natura *comune* del bene tutelato.

Inoltre, non si possono trascurare le criticità che sempre connotano di ambivalenza le opzioni di delegazione delle politiche criminali a soggetti diversi dallo Stato, sia a livello di elaborazione normativa⁵⁵, sia a livello di gestione concreta della preven-

⁵⁰ B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 178: «la sicurezza collettiva, dunque, deve essere considerata come una grandezza di politica criminale distinta dalla categoria dei beni giuridici, e costituisce un *input*, una spinta che orienta il legislatore penale nell'attività di incriminazione e di selezione delle condotte punibili».

⁵¹ B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 180: «concepire la sicurezza con un bene comune potrebbe, dunque, richiede un'amministrazione ed una gestione della stessa di natura collettiva».

⁵² B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 182 ss., in particolare p. 184: «Oltre alla fase di esecuzione della sanzione penale, si può ipotizzare l'ingresso di programmi di servizi e giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento, coinvolgendo, dunque, la rete sociale».

⁵³ B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 183 ss.: «di fondamentale importanza risulta incrementare, nell'opinione pubblica, la consapevolezza che il sistema delle pene non detentive tutela la sicurezza della comunità, facendo diminuire il rischio di recidiva».

⁵⁴ B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 184, corsivi aggiunti.

⁵⁵ Il riferimento è all'ipotesi che, secondo quanto accennato in B. ROSSI, "Beni comuni", "bene comune" e "sicurezza collettiva", cit., p. 180, «in particolare, restando il bene penalistico dell'ordine

zione (anche nelle forme di dissuasione potenzialmente conseguibili tramite la cd. sicurezza sussidiaria, integrata e complementare): criticità che invece la caratterizzazione della sicurezza come bene comune parrebbe almeno in parte implicare⁵⁶.

Già a livello di individuazione dei beni comuni, peraltro, la rilevanza della correlazione con uno specifico territorio si presenta ambivalente, modulandosi talvolta come un limite alla comunanza del bene⁵⁷. Quanto alla gestione della sicurezza è stato osservato come la «tendenza alla localizzazione territoriale del discorso securitario» debba essere considerata un importante «segnale distorsivo»⁵⁸.

In ogni caso, al di là delle proposte in concreto avanzate (tra cui quelle, senza dubbio apprezzabili, concernenti il riconoscimento delle responsabilità diffuse nella genesi del fenomeno criminale e la promozione del coinvolgimento plurale nelle modalità di risposta al reato), il paradigma della sicurezza pone in luce il problema della *scelta* dei beni comuni, che deve considerarsi (non certo sostitutivo, ma comunque) *preliminare* rispetto al vaglio, peraltro non sempre efficacemente selettivo, degli ordinari criteri di rilevanza penale.

Ancora di più, deve riconoscersi a questa impostazione il merito di avere riportato l'attenzione sugli *oneri* di tutela, collocando il dibattito ormai ubiquitario circa l'evoluzione del paradigma statale nell'orizzonte della crescente porosità, anche in contesto penale, tra sfera (in senso lato) pubblica e sfera privata. Occorre ora valutare

pubblico, così come gli altri beni giuridici, nel monopolio del legislatore ordinario, (...) discorso differente si potrebbe avanzare con riguardo alla sicurezza collettiva».

⁵⁶ Così B. ROSSI, *“Beni comuni”, “bene comune” e “sicurezza collettiva”*, cit., p. 181: «Ipotizzare una gestione collettiva e attribuita a ciascun consociato, che ne è al contempo titolare, potrebbe indurre a esaminare, in chiave problematica, fenomeni di intervento non solo di natura statale o comunque pubblica, ma diffusi e riconducibile ai singoli membri della collettività. Viene in rilievo, in particolare, il concetto di *sussidiarietà orizzontale*, in virtù del quale si deve attribuire la gestione di una risorsa ai diretti destinatari degli effetti del suo impiego. (...) Il principio della cd. sussidiarietà orizzontale non solo consente, ma incoraggia l'iniziativa privata dei cittadini al fine di realizzare un servizio per il bene collettivo; possono, ad ogni modo, essere svolte funzioni di sicurezza complementare o integrativa, senza sconfinamenti nell'ambito di interventi coercitivi di ordine pubblico. (...) Attività di promozione cura della sicurezza potrebbero, infatti, essere intrapresa dai cittadini, singoli oppure associati tra loro e, a condizione che se si esplichino nel rispetto di ogni norma dell'ordinamento, dovrebbero anzi essere supportate di incoraggiate da soggetti pubblici».

⁵⁷ Cfr. B. ROSSI, *“Beni comuni”, “bene comune” e “sicurezza collettiva”*, cit., p. 173: «il carattere basilare che unisce i beni comuni è la relazione che si viene ad instaurare tra questi, chi li custodisce e contribuisce al loro mantenimento e sviluppo e gli utenti degli stessi. Tale relazione è caratterizzata dall'*uso condiviso* e dall'*accesso libero ed eguale* per chiunque; si tratta di un modello di gestione che non consente l'esclusione di nessuno dei potenziali utenti della risorsa *entro il territorio di riferimento, ove essa è disponibile*» (ultimo corsivo aggiunto).

⁵⁸ L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 13.

in che misura la teoria dei beni comuni possa contribuire alla riflessione critica e costruttiva circa le linee di tensione individuate.

4. Alcune intersezioni dai teorici dei beni comuni

I *commons* sono studiati in un frastagliato dibattito a innumerevoli voci, che attraversa le più svariate discipline e di cui è impossibile rendere esaustiva ricognizione, anche solo per valutarne le *suggestion*⁵⁹ utili alla riflessione penalistica. Il riferimento sarà qui pertanto contenuto alla più classica contrapposizione, assai comunemente richiamata, tra Garret James Hardin e gli Autori successivi.

Può apparire curioso che l'idea dei beni comuni sia in genere ricondotta al pensiero di quello che è forse il loro *principale detrattore*: l'approccio del biologo malthusiano Hardin – la cui fama, nonostante la posizione accademica, è dovuta a scritti sostanzialmente divulgativi e di “militanza” – è per molti aspetti diametralmente opposto a quelli proposti in tempi successivi (e, invero, anche alle esperienze passate che, emerse in epoche storiche e in ordinamenti assai distanti fra loro, sono poi state oggetto di rivalutazione critica nel grande alveo della teoria dei beni comuni⁶⁰).

In particolare, per diverse ragioni, la posizione di Hardin si trova in contrasto con le analisi condotte da Elinor Claire Ostrom, che le valsero il premio Nobel nel 2009, e con l'elaborazione italiana e più prettamente giuridica di Stefano Rodotà, il cui progetto di riforma del Codice civile, presentato nel 2011, attirò attenzioni e consensi ben al di là del panorama dottrinale nazionale.

Tuttavia, nonostante l'evidente maggior valore di questi studi in termini di approfondimento scientifico e di dialogo interdisciplinare, alcuni temi hardiniani tornano ciclicamente a emergere nel dibattito sui *commons*, spesso proprio in riferimento a istanze coinvolgenti il diritto penale. Si può dunque procedere secondo questo crinale di emersione.

⁵⁹ L'espressione, assai pertinente, è in C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, cit., p. 21 ss.

⁶⁰ Si vedano, a mero titolo di esempio, le molte voci in tal senso riportate in V. M. CORNU-F. ORSI-J. ROCHFELD (dir. da), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, 2017; cfr. pure P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, 2019; V. MANNINO, *Le «bien commun»: la fausse impasse du droit romain et du droit savant*, in B. PARANCE-J. DE SAINT VICTOR (a cura di), *Repenser les biens communs*, Paris, 2014, p. 35 ss.; D. CRISTOFERI, *Da usi civici a beni comuni: gli studi sulla proprietà collettiva nella medievistica e modernistica italiana e le principali tendenze storiografiche internazionali*, in *Studi storici*, 2016, p. 577 ss.; R. FERRANTE, *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in *Ragion pratica*, 2013, p. 319 ss.; U. POMARICI, *Crisi e conflitti nella democrazia contemporanea. «Variazioni» sui beni comuni*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, p. 171 ss.

4.1 – Hardin: temperanza tramite coercizione

I *commons* e la cultura della condivisione, nel pensiero di Hardin, sono semplicemente *rovinosi*⁶¹. Se è vero che nel tempo il suo bersaglio critico è in parte ricalibrato sugli «*unmanaged commons*»⁶², le misure di gestione da lui proposte sono primariamente volte non già a gestire la comunanza di un bene, quanto a *evitare* che essa venga a instaurarsi. Non a caso, le politiche che Hardin intuisce possano *creare commons* sono proprio le medesime contro cui rivolge le più aspre, inaccettabili, censure: i sistemi di condivisione delle risorse alimentari a livello globale, la rimozione delle restrizioni all'immigrazione e l'astensione dalle misure di controllo demografico, incluse quelle apertamente eugenetiche⁶³.

Il motore argomentativo di tali censure sarebbe il rischio di sovrappopolazione del pianeta e la soluzione del problema della scarsità delle risorse non potrebbe rinvenirsi né nell'individualismo competitivo⁶⁴, né nella responsabilizzazione delle coscienze⁶⁵, né nella reciproca solidarietà⁶⁶: a ognuno, privato o Stato che sia, Hardin raccomanda semplicemente di pensare a salvare la propria *scialuppa*, partendo dall'assunto che le *chances* di sopravvivenza siano inversamente proporzionali al numero dei soggetti imbarcati.

Si delinea, così, un concetto di collettività del tutto incline a essere usato in senso escludente, ma, altresì, si completa il *milieu* ermeneutico del noto passaggio: «introdurre la proibizione in via legislativa è facile (anche se non lo è necessariamente farla rispettare); ma *come dobbiamo legiferare la temperanza?*»⁶⁷.

In ambito penalistico, come anticipato, dottrina davvero benevola ha sperato

⁶¹ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., 1244 ss.; *ID.*, *Living on a Lifeboat*, in *BioScience*, 1974, p. 561 ss., p. 562 ss.

⁶² G. HARDIN, *Extensions of "The Tragedy of the Commons"*, in *Science*, 1998, p. 682 ss., p. 683.

⁶³ G. HARDIN, *Living on a Lifeboat*, cit., p. 562 ss. e 566 ss.; per un'analisi di contesto, T. ROBERTSON, *The Malthusian Moment Global Population Growth and the Birth of American Environmentalism*, New Brunswick - London, 2012, p. 152 ss.

⁶⁴ G. HARDIN, *Extensions of "The Tragedy of the Commons"*, cit., p. 682: «l'individualismo competitivo non sarebbe di nessun aiuto per prevenire il disastro sociale».

⁶⁵ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., p. 1246: in «ogni esempio in cui la società fa appello a un individuo che sfrutta un *commons* affinché si contenga per il bene generale – per mezzo della sua coscienza», «fare questo appello è stabilire un sistema selettivo che funziona in direzione dell'eliminazione della coscienza dalla razza».

⁶⁶ G. HARDIN, *Living on a Lifeboat*, cit., p. 562: «L'errore fondamentale delle etiche della condivisione è che conduce alla tragedia dei beni comuni»; del resto, cfr. pure, *ivi*, p. 565, corsivo in originale: «*Ogni vita salvata quest'anno in un paese povero diminuisce la qualità della vita per le generazioni successive*».

⁶⁷ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., p. 1246.

rinvenire nella domanda una preferenza per la prevenzione generale positiva⁶⁸. Lo spunto è ottimo e la conclusione più che condivisibile; non altrettanto solido, però, appare l'ancoraggio dell'inferenza nel pensiero di Hardin.

Innanzitutto, perché questi non fa mistero della sua sfiducia negli appelli alla coscienza dell'uomo e nell'idea stessa di una responsabilità che possa assumere significato a prescindere dall'applicazione di sanzioni: «Ma cosa significa la parola responsabilità in questo contesto? Non è meramente un sinonimo per la parola coscienza? Quando usiamo la parola responsabilità in assenza di sanzioni sostanziali non stiamo cercando di vessare un uomo libero in un *commons* ad agire contro il suo proprio interesse?»⁶⁹.

Inoltre – e soprattutto – è lo stesso Hardin a fornire la sua risposta circa il *governo della temperanza*, sia quanto alle fonti, sia con riguardo alle modalità di orientamento delle condotte: «la nostra soluzione epiciclica consiste nell'incrementare la *statutory law* con il diritto amministrativo. Dal momento che è praticamente impossibile dettagliare tutte le condizioni in presenza delle quali è sicuro bruciare la spazzatura nel retro della propria abitazione o condurre un'automobile senza controllo delle emissioni, tramite la legge noi deleghiamo i dettagli ai *bureaus*»⁷⁰.

Ciò che viene delegato ai burocrati, tuttavia, non è l'attività di dettagliare *precepti*, in una virtuosa messa in circolazione delle informazioni utili a propiziare l'adesione spontanea agli *standard* comportamentali auspicati, bensì la progettazione di quello che oggi verrebbe denominato il sistema delle *architetture decisionali*. In concreto, è invocato un meccanismo di oneri e gravami che sostanzialmente *coarti* nella direzione desiderata il soggetto cui è deputata la scelta: «non proibizione, ma opzioni *carefully biased*» – ossia *accuratamente predisposte per risultare pregiudizievoli* – «è ciò che gli offriamo»⁷¹.

Così, senza mezzi termini, Hardin afferma che «la temperanza può essere anche creata tramite coercizione»⁷² e, benché insista sull'esigenza di un supporto maggioritario

⁶⁸ Cfr. C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, cit., p. 29.

⁶⁹ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., p. 1247, che continua: «La responsabilità è una contraffazione verbale per un sostanziale *quid pro quo*, è un tentativo di ottenere qualcosa in cambio di nulla. Se proprio si debba in qualche modo usare la parola responsabilità, suggerisco che sia nel senso in cui la usa Charles Frankel. “Responsabilità”, dice questo filosofo, “è il prodotto di determinati accordi sociali”. Si noti che Frankel fa appello ad accordi sociali – non a propaganda».

⁷⁰ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., p. 1245.

⁷¹ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., p. 1247, corsivi aggiunti; in originale «*Not prohibition, but carefully biased options are what we offer him*».

⁷² G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., p. 1247, che continua: «Un uomo della Madison Avenue potrebbe chiamarla persuasione; io preferisco il più grande candore della parola coercizione».

all'impostazione di una simile politica⁷³, nulla lascia intendere una partecipazione collettiva alla predisposizione dei concreti panorami decisionali, né tanto meno un coinvolgimento consapevole del singolo nelle proprie "scelte", che vengono al contrario compiute per effetto del bilanciamento tra i pregiudizi artificialmente correlati alle opzioni rese disponibili. Anche su questo punto, le elaborazioni successive prenderanno posizioni ben differenziate.

4.2 – Rodotà: tutela ex ante ed ex post

La proposta della Commissione Rodotà ha preso avvio dall'obiettivo di conseguire un sistema di *managed commons*, ma, diversamente da Hardin, si è mossa nella nitida direzione di promozione della categoria. In estrema sintesi, essa prevedeva la distinzione dei beni in tre categorie: i beni privati, i beni pubblici e infine i beni comuni⁷⁴, di cui avrebbero potuto essere titolari tanto i privati quanto le persone giuridiche pubbliche, ma di cui la legge avrebbe dovuto comunque garantire la fruizione collettiva⁷⁵. I beni comuni erano individuati come le «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»⁷⁶.

Coercizione è una parola sporca per la maggior parte dei liberali adesso, ma non deve essere per sempre così. La sua sporcizia può essere ripulita via esponendola alla luce del sole, tramite la sua continua ripetizione senza apologia né imbarazzo».

⁷³ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., p. 1247, corsivi aggiunti: «Per molti, la parola coercizione implica decisioni arbitrarie e burocratici irresponsabili; ma questo non è *necessariamente* parte del significato. Il solo tipo di coercizione che raccomando è la coercizione reciproca, *reciprocamente convenuta sulla base della maggioranza* della popolazione su cui ci saranno conseguenze».

⁷⁴ COMMISSIONE RODOTÀ PER LA MODIFICA DELLE NORME DEL CODICE CIVILE IN MATERIA DI BENI PUBBLICI, *Proposta di articolato*, 14 giugno 2007, art. 1 c. 3 lett. b.

⁷⁵ COMMISSIONE RODOTÀ, *Proposta di articolato*, cit., art. 1 c. 3 lett. c: «Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono 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. (...) La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici».

⁷⁶ COMMISSIONE RODOTÀ, *Proposta di articolato*, cit., art. 1 c. 3 lett. c, che precisa altresì come siano «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». Si osservi come, in vista del necessario coordinamento con la disciplina dei beni pubblici sociali, siano poi espunte dall'elenco dei beni di cui all'art. 826 c. 2 cod. civ., in quanto beni comuni, le foreste e non,

Nella previsione dell'articolato, i beni comuni dovevano essere «tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future»⁷⁷, secondo un duplice sistema di azioni: quelle, appunto, inibitorie, cui avrebbe avuto accesso «chiunque», in forza di uno specifico diritto soggettivo di fruizione⁷⁸, e quelle, invece, risarcitorie e restitutorie, riservate allo Stato⁷⁹. Si tratterebbe, dunque, di una categoria al tempo stesso *terza* rispetto alla classificazione beni privati - beni pubblici e *trasversale* rispetto alla titolarità dei beni, che restava, di per sé, bipartita.

Già questa sintetica impostazione avrebbe potuto offrire spunti preziosi per il sistema penale⁸⁰. Da un lato, proprio nell'ottica dell'alleanza intergenerazionale volta alla tutela, era previsto un ampliamento (quanto meno sotto il profilo dei soggetti legittimati) delle azioni inibitorie, il buon funzionamento delle quali dovrebbe *di per sé* comportare un minor ricorso allo strumento sanzionatorio, promuovendo l'idea di corresponsabilità e riducendo l'irrazionalità del reato incentrato sul solo *evento* (talvolta anche con portata sostitutiva rispetto a un serio accertamento dell'elemento soggettivo). Dall'altro, era tratteggiata con nuova efficacia una conservata centralità dello Stato, che se da un lato avrebbe risposto all'attivazione anche da parte di singoli delle ipotesi di tutela anticipata dianzi contemplate, dall'altro sarebbe stato titolare *in via esclusiva* dei rimedi nei casi in cui il danno si fosse già verificato: azioni risarcitorie e restitutorie nel progetto di riforma del Codice civile, cui si sarebbe però ben potuta equiparare l'azione in sede penale, che tipicamente interviene al medesimo fine e nel medesimo tempo, ossia *ex post* rispetto all'evento di reato.

Per tutti i beni *funzionalmente comuni*, pertanto, anche ove fossero già riconosciuti come beni giuridici tutelati dal diritto penale e a prescindere dalla titolarità pubblica o privata, si sarebbe potuta tracciare una linea di demarcazione: sinché il

invece, «le cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo», facenti parte, ai sensi del medesimo articolo, del patrimonio indisponibile dello Stato.

⁷⁷ COMMISSIONE RODOTÀ, *Proposta di articolato*, cit., art. 1 c. 3 lett. c.

⁷⁸ COMMISSIONE RODOTÀ PER LA MODIFICA DELLE NORME DEL CODICE CIVILE IN MATERIA DI BENI PUBBLICI, *Relazione*: «La tutela inibitoria spetta a chiunque possa fruire delle utilità dei beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione».

⁷⁹ Così, ancora, COMMISSIONE RODOTÀ, *Proposta di articolato*, cit., art. 1 c. 3 lett. c: «Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definite dal decreto delegato».

⁸⁰ Cenni in P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 248 ss.

danno non si fosse verificato, sarebbe stata raccomandata la predisposizione di strumenti di tutela meramente inibitoria ad azionabilità diffusa. Tutte le energie disponibili, in altre parole, avrebbero dovuto essere convogliate nello sforzo di *conservazione* del bene (del resto, è superfluo ricordare ai penalisti quale dispersione di forze comportino, al contrario, percorsi di tutela imperniati sull'anticipazione delle scelte sanzionatorie e dello stigma penale). Laddove un danno non si fosse, invece, potuto scongiurare, alla luce della natura comune del bene offeso, l'interlocutore non avrebbe potuto che individuarsi nello Stato: affinché ogni risorsa recuperabile – anche in chiave riparativa – fosse realmente impiegata nell'interesse dell'intera collettività. Del resto, questa impostazione avrebbe potuto costituire un utile argine contro il rischio di ricorso al diritto penale in chiave *promozionale*, soprattutto nei confronti dei già individuati beni comuni-obiettivo, perpetuamente migliorabili (quali salute, sicurezza, benessere e così via).

Come noto, per causa di cicliche vicende istituzionali, la proposta della Commissione non si trasformò in legge, ma trovò a detta dei più consacrazione in una pronuncia delle Sezioni Unite civili⁸¹, in cui pure è stato visto consolidarsi il superamento, propiziato da un percorso giurisprudenziale articolato e costituzionalmente orientato, del concetto di proprietà.

La sentenza, in effetti, ha riconosciuto esplicitamente il concetto di bene comune: «là dove un bene (...), indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni (...) destinato alla realizzazione dello Stato sociale (...), detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini»⁸².

In motivazione, poi, oltre al passaggio dalla titolarità formale del diritto di proprietà alla centralità della funzione dei beni⁸³, ha trovato spazio un'ulteriore e correlata argomentazione, ricorrente nella teoria dei beni comuni: il passaggio dallo Stato-

⁸¹ Cass. civ., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665.

⁸² Cass. 3665/2011, cit., che prosegue però subito abbandonando la denominazione di "comune" in favore della (prima pretesamente indifferente) titolarità pubblica del bene: «Del resto, già da tempo, la dottrina ma anche la stessa giurisprudenza hanno fatta proprio l'idea di una necessaria funzionalità dei beni pubblici, con la conseguente convinzione che il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività, sino ad ipotizzare casi di gestione patrimoniale dei beni pubblici (come la loro alienazione e cartolarizzazione)».

⁸³ Cass. 3665/2011, cit.: «dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato

apparato (eventualmente mero *proprietario* del bene) allo Stato-collettività (in favore del quale la *funzione* del bene si dispiega)⁸⁴.

Entrambi i profili, come visto, sono stati oggetto di una riflessione volta a fondare una concezione *solidaristica* del diritto penale⁸⁵. Tuttavia, occorre osservare che nessuno dei due punti è stato portato dalle Sezioni unite sino all'estensione delle sue conseguenze più ampia e più coerente alla pur richiamata dottrina. Da un lato, l'intero ragionamento, tutto ispirato dalla pretesa indifferenza della titolarità del bene, è stato condotto proprio ed esclusivamente al fine di dirimere una questione relativa alla titolarità del bene stesso⁸⁶, di talché un ricorso al superamento del concetto tradizionale di proprietà in senso limitativo dell'ambito della penalità (per esempio, con una riscrittura dei reati contro il patrimonio o posti a tutela della proprietà intellettuale) pare allo stato poco plausibile⁸⁷.

sociale, (...) con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codificata, il demanio e il patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività. (...) Da tale quadro normativo-costituzionale, e fermo restando il dato "essenziale" della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante "adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale", emerge l'esigenza interpretativa di "guardare" al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale - proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica».

⁸⁴ Cass. 3665/2011, cit.: «in relazione al tema in esame, più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) - privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati».

⁸⁵ P. TRONCONE, *Propositi di tutela penale dei Beni Comuni*, cit., p. 246 ss.

⁸⁶ Cass. 3665/2011, cit.: «al fine di riconoscere se in concreto il particolare bene di cui si discute fa parte della realtà materiale che la norma, denominandola, inserisce nel demanio, si deve tener conto in modo specifico del duplice aspetto finalistico e funzionale che connota la categoria dei beni in questione. Ne consegue ancora che la titolarità dello Stato (come Stato-collettività, vale a dire come ente espositivo degli interessi di tutti) non è fine a se stessa e non rileva solo sul piano proprietario ma comporta per lo stesso gli oneri di una governance che renda effettivi le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene», con la conclusione che non rilevano «trattandosi di beni comunque dello Stato, eventuali atti privatistici di trasferimento di detti beni risultando nulli per impossibilità giuridica dell'oggetto degli atti stessi, come pure eventuali comportamenti "concludenti" posti in essere dalla pubblica amministrazione mediante suoi funzionari in quanto illeciti perché ovviamente *contra legem*».

⁸⁷ Così A. FARANO-R. MELE, *Oltre l'individualismo proprietario?*, cit., p. 237 ss.: «La sentenza in commento, come noto, è stata accolta con toni trionfalistici per aver rivestito di giuridicità una categoria fino a quel momento utilizzata per il suo potenziale meramente trasformativo. Eppure, nonostante la

In secondo luogo, per quanto collocate in una cornice *collettiva*, anche le posizioni di soggetti coinvolti sono valorizzate essenzialmente sulla base delle loro vicende *proprietarie* e di *diritti sui beni*: dando luogo così, ancorché letta in chiave funzionale, a una ricostruzione della storia fattuale e normativa dei reciproci rapporti di forza. Al di là della contingenza e della permanente conflittualità di soluzioni cui si pervenga per tale via, si pone, quindi, il problema di che cosa la natura comune dei beni suggerisca, anche nell’impatto sulla penalità, in tema di rapporti tra soggetti – ovvero, in senso ampio, tra *ordinamenti*⁸⁸ – potenzialmente concorrenti nella loro gestione. Proprio su questo asse valutativo, allora, le riflessioni di Ostrom possono risultare di particolare rilievo.

4.3 – Ostrom: cooperazione, informazione e fiducia

Il contributo di Ostrom, dal punto di vista del diritto penale, riguarda essenzialmente il rapporto tra autorità emanante e destinatario della norma in un contesto di

Corte stessa affermi di voler attuare una riscrittura interpretativa delle disposizioni codicistiche, non sembra possibile assimilare i beni comuni, in quanto *tertium genus*, allo statuto concettuali di beni privati e pubblici. Piuttosto, il potato della sentenza sembra essere una “funzionalizzazione” della dicotomia beni privati/beni pubblici all’attitudine che un bene ha a servire gli interessi di una collettività», di talché «il riferimento al “comune” sembra allora più operare come parametro discrezionale tra pubblico e privato che come alternativa agli stessi». Osserva G. CARLIZZI, *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla ‘sentenza Melloni’*, in *Criminalia*, 2013, p. 301 ss., p. 313: «Romano è ben consapevole che, nel corso della storia, alcuni ordinamenti acquistano e conservano una preminenza su molti altri, condizionando, a seconda dei casi, esistenza, contenuto o efficacia di essi. Il caso dello Stato contemporaneo è esemplare: esso condiziona sia variamente le istituzioni pubbliche e private assoggettate al suo potere (...), sia l’esistenza dell’ordinamento internazionale che pure gli è superiore. (...) Ed ecco che l’autonomia giuridica che Romano riconosce ad ogni istituzione finisce per rivelare un valore prettamente ideale».

⁸⁸ Nel senso ampio illustrato in A. FARANO-R. MELE, *Oltre l’individualismo proprietario?*, cit., p. 235 ss. Osserva L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 111 «Il principio della tutela delle libertà, pur costituendo uno dei tratti essenziali della Costituzione vigente, non sedimenta la ragione profonda della responsabilità. La responsabilità per le conseguenze del proprio agire non è la mera contropartita della libertà accordata dalla collettività ciascun singolo – il c.d. sinallagma libertà-responsabilità – né semplicemente conseguenza del *neminem laedere*, ma discende dal riconoscimento della dimensione pubblica dello status riconosciuto a ciascun cittadino: che non è solamente soggetto libero, ma rappresenta il proprio status una porzione decentrata dell’organizzazione statale della società, uno organismo dello Stato. (...) L’idea della norma giuridico penale come primariamente diretta costituire lo status di cittadino quale *soggetto di diritto della comunità riconosciuto organismo decentrato dell’organizzazione statale* spiega dunque la pubblicità della responsabilità penale».

cooperazione plurale alla tutela. La profondità della distanza da Hardin, sotto questo profilo, si può cogliere in un triplice aspetto.

In primo luogo, nella prospettiva hardiniana è del tutto indifferente *chi*, tra lo Stato e il privato, si prenda in carico la gestione del bene comune, purché provveda a sottrarlo all'accesso libero e *unmanaged*. Secondo Ostrom, al contrario, le maggiori incidenze di *success stories* (ossia di casi nei quali si pervenga a un efficace sistema di gestione del bene) si registrano in «articolate combinazioni di strumenti pubblici e privati»⁸⁹, in cui ampio rilievo è riconosciuto alle istituzioni locali e intermedie, nonché alla loro *relazione* con le istituzioni centrali.

È osservato che «i modelli che gli studiosi di scienze sociali tendono a usare per analizzare i problemi delle risorse collettive hanno il perverso effetto di sostenere una maggiore centralizzazione dell'autorità politica», anche nella misura in cui «le eventuali istituzioni fondate dagli individui sono ignorate o respinte come inefficienti, senza esaminare come queste istituzioni aiutino gli individui stessi ad acquisire informazioni, a ridurre i costi della sorveglianza dell'applicazione forzata e a ripartire equamente i diritti di appropriazione e gli obblighi organizzativi»⁹⁰.

L'approccio, peraltro, non è unitario, né indifferente al contesto, di cui è ben scolpita la complessità: «ciascuna risorsa collettiva può essere considerata come una nicchia in un terreno empirico»⁹¹ in cui analizzare i vantaggi e i limiti dei diversi approcci istituzionali⁹², evidenziando l'importanza delle norme interiorizzate e delle norme condivise⁹³ e, al tempo stesso, la loro insufficienza⁹⁴, per concludere in favore

⁸⁹ E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990, tr. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006, p. 270. In questo senso cfr. anche i contributi raccolti in M. BOMBARDELLI, *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Trento, 2016.

⁹⁰ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 312.

⁹¹ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 310. Cfr. pure M. CARDUCCI, *È (im)possibile la repubblica dei beni comuni? Da Kouroukanfouga alle autogestioni locali e ritorno*, in *H-ermes. Journal of Communication*, 2018, p. 41 ss.

⁹² E. OSTROM, *Understanding institutional diversity*, Princeton - Oxford, 2005, p. 281 ss.

⁹³ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 299, ove è tracciata la distinzione tra «le norme che sono interiorizzate da parte degli individui, per le quali il sanzionamento del mancato rispetto è un costo interno (ad esempio, senso di colpa, ansietà, minore stima di se stessi) e norme condivise, nell'ambito delle quali il sanzionamento del mancato rispetto proviene da altri che fanno parte dello stesso gruppo e che esibiscono una disapprovazione sociale se viene trasgredita una norma. Gli individui spesso interiorizzano una norma condivisa, e in questo caso il mancato rispetto comporta sia costi psichici interiori sia costi sociali esterni».

⁹⁴ E. OSTROM, *Understanding institutional diversity*, cit., p. 287 ss.: «Le norme da sole, in ogni

di un «sistema di *governance* policentrica che coinvolga i più alti livelli del governo così come i sistemi locali»⁹⁵. Alla *frammentazione*, quindi, è contrapposto il *coordinamento istituzionale*.

Il secondo elemento di differenza è legato alla natura delle tecniche di *coercizione* invocate da Hardin, che prescindono completamente da un'architettura decisionale orientata ai valori e, anzi, paiono *funzionare* tanto meglio quanto meno il soggetto sia posto in condizione di agire liberamente, secondo sue autentiche intenzioni personali.

In certa misura, nel più ampio ambito dell'analisi delle evidenze comportamentali finalizzata alla progettazione di politiche di persuasione⁹⁶, la coercizione in questione pare anticipare le contemporanee tattiche di *nudging*⁹⁷, che non a caso sono illustrate dai loro fautori come utili, per il tramite della preservazione di alcuni *commons*, all'obiettivo di *salvare il mondo*⁹⁸.

Come noto, i *nudges*, che vorrebbero porsi quale rimedio alla crisi della fiducia nella razionalità economica⁹⁹, costituiscono una categoria ampia e assai variegata, pragmaticamente ricondotta a pressoché *qualunque tecnica di condizionamento funzioni*¹⁰⁰.

L'assenza di schemi di rinforzo e punizione è da taluni considerata *distintiva* dei *nudges*¹⁰¹. Nondimeno, la loro struttura è intrinsecamente normativa, comporta *obblighi* volti alla realizzazione delle architetture di scelta, benché gravanti su soggetti diversi dal decisore finale¹⁰², ma soprattutto si innesta in un ambiente decisionale spesso

caso, non sono sufficienti per supportare gli individui che si confrontano con le tentazioni dei dilemmi sociali. Regole eque, effettive, e legittime sono complementi necessari alle norme condivise per sostenere le istituzioni di autogoverno nel tempo».

⁹⁵ E. OSTROM, *Understanding institutional diversity*, cit., p. 281.

⁹⁶ M. BAGGIO-E. CIRIOLO, *Oltre i nudge: la spinta gentile è solo l'ultimo passo*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2020, p. 415 ss.

⁹⁷ R. THALER-C. R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*, New York, 2008; C. R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, New Haven - London, 2014.

⁹⁸ R. THALER-C. R. SUNSTEIN, *Nudge*, cit., § 12.

⁹⁹ M. MARCHESIELLO, *Nudge, ovvero: il tramonto dell'uomo economico*, in *Politica del diritto*, 2014, p. 497 ss. Un recupero di tale razionalità, sulla base degli studi di economia comportamentale, è perseguito invece nelle tecniche di *budging* (cfr. A. OLIVER, *Nudging, shoving, and budging. Behavioural economic-informed policy*, in *Public Administration*, 2015, p. 700 ss.; A. OLIVER, *From Nudging to Budging. Using Behavioural Economics to Inform Public Sector Policy*, in *Journal of social policy*, 2013, p. 685 ss.).

¹⁰⁰ G. GIGERENZER, *On the supposed evidence for libertarian paternalism*, in *Review of Philosophy and Psychology*, 2015, p. 361 ss.; F. FERLAZZO, *Nudge, o della mancanza di una teoria*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2020, p. 437 ss.

¹⁰¹ R. CUBELLI, *Nudge: nuova confezione, vecchi contenuti*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2020, p. 415 ss., p. 419.

¹⁰² G. TUZET, *Nudge: la struttura normativa*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2020, p. 517 ss., p. 520 ss.

innervato da obblighi e sanzioni¹⁰³: si è giunti, anzi, ad affermare che i *nudges* con maggiori garanzie di efficacia sono sostanzialmente indistinguibili dagli approcci normativi tradizionali¹⁰⁴.

Inoltre, esistono *nudges* educativi e non educativi, ma anche nel primo caso essi agiscono sulla memoria o sull'apprendimento di meccanismi automatici e non sullo sviluppo delle capacità decisionali¹⁰⁵ (che sono, invece, alla base delle tecniche di *boosting*¹⁰⁶ e di *debiasing*¹⁰⁷). In effetti, ai *nudges* è spesso contestato di basarsi sulla manipolazione¹⁰⁸ o comunque di non rispondere sempre al requisito, pure enunciato¹⁰⁹, della trasparenza: essi prescindono, in realtà, da un autentico consenso, *funzionando* meglio proprio laddove il soggetto assunto come *target* non se ne renda conto¹¹⁰. Così,

¹⁰³ G. TUZET, *Nudge: la struttura normativa*, cit., p. 518 ss.; L. MITTONE, *La creazione dei nudge: come giustificare la manipolazione paternalistica dei cittadini*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2020, p. 475 ss., p. 480. Cfr. pure G. SILLARI, *Nudging come opportunità: elementi etici e metodologici*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2020, p. 509 ss., p. 512: «Ad esempio, date le sue dimensioni è impensabile che il problema del mutamento climatico possa essere affrontato e tantomeno risolto con strumenti esclusivamente comportamentali. D'altro canto, la psicologia e l'economia comportamentali possono suggerire *framing* e analisi attraverso le quali massimizzare l'impatto di misure più tradizionali quali incentivi e mandati».

¹⁰⁴ C. MILLS, *The Choice Architect's Trilemma*, in *Res Publica*, 2018, p. 395 ss.

¹⁰⁵ C. R. SUNSTEIN, *Human agency and behavioral economics. Nudging fast and slow*, New York, 2017, p. 3 ss.

¹⁰⁶ Su cui T. GRUNE-YANOFF - R. HERTWIG, *Nudge versus boost: How coherent are policy and theory?*, in *Minds and Machines*, 2016, p. 149 ss.; R. HERTWIG, *When to consider boosting: Some rules for policy-makers*, in *Behavioural Public Policy*, 2017, p. 143 ss.; R. HERTWIG - T. GRUNE-YANOFF, *Nudging and boosting: Steering or empowering good decisions*, in *Perspectives on Psychological Science*, 2017, p. 976 ss., p. 981 ss.

¹⁰⁷ Di cui i fautori del *nudge* lamentano la difficoltà: cfr. R. RUMIATI, *Inevitabilmente nudges?*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2020, p. 505 ss., p. 505 ss.

¹⁰⁸ T. M. WILKINSON, *Nudging and manipulation*, in *Political Studies*, 2013, p. 341 ss.; S. CONLY, *Against autonomy: Justifying coercive paternalism*, Cambridge, 2012. Cfr. L. MITTONE, *La creazione dei nudge*, cit., p. 477: «L'architetto delle scelte infatti deve porre la massima attenzione a non modificare il paniere delle alternative messe a disposizione del decisore per non restringerne la libertà di scelta. (...) Nel contempo l'architetto delle scelte opera poi in veste paternalistica sulla base del fine del benessere del decisore stesso. Purtroppo entrambi questi pilastri della giustificazione etica dei *nudge* sono in realtà molto fragili».

¹⁰⁹ C. R. SUNSTEIN, *Why Nudge?*, cit., § 5.

¹¹⁰ M. EGIDI, *Qualche dubbio sul suo ottimismo, dottor Pangloss*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2020, p. 429 ss., p. 433: «Il *nudge* (...) non può essere consensuale in quanto opera su individui inconsapevoli. Il vantaggio rispetto alla strategia dell'apprendimento è che non richiede riflessione e ha effetto immediato, ma se ne paga un prezzo in termini di scelta libera. Dunque usare il *nudge* può avere senso solo quando si vogliono correggere scelte routinarie che gli individui compiono automaticamente, senza riflessione, perché non hanno rilevanti conseguenze di tipo pratico o morale. Ma quando le conseguenze sono rilevanti ed i soggetti non le calcolano adeguatamente, il danno di un mancato ragionamento diviene troppo alto».

condizioni di efficacia della comunicazione necessarie al *nudge* stesso, quale l'autorevolezza della fonte da cui proviene il messaggio condizionante, vengono erose nel tempo¹¹¹ e gli effetti a lungo termine dell'opzione manipolativa restano sconosciuti¹¹².

Gli studi di Ostrom, al contrario, riguardano individui che *compiono scelte consapevoli*, comprese le scelte indirizzate a supportare la conservazione o la modifica del sistema di regole di riferimento, e in tali scelte possono tenere conto anche delle informazioni disponibili, delle condizioni di sorveglianza e di applicazione delle norme, dell'incidenza delle proprie azioni sulle scelte altrui¹¹³, nonché dei livelli di conflittualità attesi¹¹⁴. Sono valorizzati gli effetti incrementali dei processi di apprendimento¹¹⁵ ed è riconosciuto che «anche il passato esercita la sua influenza sulle scelte istituzionali»¹¹⁶: laddove il *nudging* incorre in esiti imprevedibili nel lungo termine, la protezione intergenerazionale delle risorse riposa sulla storia relazionale della loro tutela.

La questione delle informazioni disponibili e quella della cooperazione istituzionale, peraltro, sono correlate¹¹⁷ e le condizioni ideali si realizzano in situazioni in cui

¹¹¹ G. TUZET, *Nudge: la struttura normativa*, cit., p. 518 ss.; L. MITTONE, *La creazione dei nudge*, cit., p. 480. Cfr. pure L. MACCHI-V. CUCCHIARINI, *Nudge e comunicazione nelle politiche pubbliche*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2020, p. 461 ss., p. 465: «Il *nudge* ha un intento persuasivo che agisce in modo implicito e proprio per questo può risultare più efficace di un discorso esplicito. Tanto più è nascosto l'intento persuasivo e invisibile la manipolazione, tanto più può risultare efficace, in quanto non attiva meccanismi difensivi. Ma questo non è sufficiente; affinché risulti efficace è necessario che sia percepito come legittimo e che ci sia condivisione di presupposti fra colui che propone (architetto delle scelte) e colui che è chiamato a decidere. In assenza di condivisione del piano implicito, l'intervento comportamentale deve essere in grado di sollecitare aspetti che possono essere solo in parte condivisibili, purché risultino giustificati, come in un processo persuasivo». C. MILLS, *The Choice Architect's Trilemma*, in *Res Publica*, 2018, p. 395 ss.

¹¹² F. DEL MISSIER, *Nudging. Una prospettiva critica*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2020, p. 423 ss., p. 424 ss.

¹¹³ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 281.

¹¹⁴ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 288.

¹¹⁵ Così E. OSTROM, *Understanding institutional diversity*, cit., p. 288: «accordi di auto organizzazione consentono alle persone di imparare di più sui reciproci bisogni e sull'ecologia intorno a loro. Apprendere abilità di *problem-solving* in un contesto locale genera cittadini con maggiori abilità di *problem-solving* generale, che li rendono in grado di conseguire e esaminare più efficacemente i problemi di ampio respiro che coinvolgono tutte le persone che vivono su questa terra».

¹¹⁶ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 294.

¹¹⁷ Esemplice E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 287 ss.: «l'istituzione di un sorvegliante ufficiale (...) fornisce agli appropriatori informazioni che altrimenti non otterrebbero, informazioni sui livelli di appropriazione e sulle condizioni del sistema di risorse stesso. La presenza di organizzazioni degli appropriatori, quali cooperative o associazioni volontarie, di norma fa aumentare la quantità delle informazioni ottenute e diffuse tra gli appropriatori».

«gli individui comunicano ripetutamente tra loro»¹¹⁸. Il punto centrale, in ogni caso, è che le politiche istituzionali sono volte a orientare comportamenti *intenzionali*, informati e orientati a uno scopo. Dal punto di vista del penalista, questo approccio non può che evocare una lettura forte del principio di colpevolezza, che si colloca appunto nel rapporto tra Stato e cittadino, ponendo, prima di tutto e già nella sua dimensione preventiva, un tema di *correttezza e completezza della comunicazione*, per derivarne poi l'irrinunciabilità dell'elemento soggettivo nell'attribuzione della responsabilità in caso di trasgressione¹¹⁹.

Si giunge così al terzo punto che caratterizza il pensiero di Ostrom: la fiducia come perno dei rapporti tra istituzioni.

Non solo «norme di reciprocità e fiducia sono necessarie per sostenere sul lungo termine regimi di autogoverno»¹²⁰, ma, anche nelle realtà di maggiori dimensioni, la fiducia intersoggettiva, che è strettamente correlata alla conservazione nel tempo di una comunicazione reciproca¹²¹, costituisce il patrimonio sociale¹²² su cui costruire il sistema delle «organizzazioni concentriche»¹²³, in un processo di «allargamento del capitale istituzionale»¹²⁴: a condizione, si intende, che la fiducia sia accordata, innanzitutto, ai singoli dallo Stato¹²⁵.

¹¹⁸ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 271.

¹¹⁹ Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, loc. cit., proprio perché «la responsabilità penale si caratterizza precipuamente come responsabilità istituzionale, e per questo *pubblica* (...), la responsabilità per fatto proprio emerge come primaria espressione del rapporto tra Stato e cittadino: la dinamica di tali rapporti si configura come relazione di sussidiarietà, tra istituzioni che si collegano a diversi livelli del decentramento organizzativo»

¹²⁰ E. OSTROM, *Understanding institutional diversity*, cit., p. 287. Cfr. pure L. WESTRA - J. GRAY - F.-T. GOTTWALD (a cura di), *The Role of Integrity in the Governance of the Commons. Governance, Ecology, Law, Ethics*, Cham, 2017.

¹²¹ La circostanza che i soggetti comunichino reciprocamente è evidenziata in E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 271: «In questo modo, è possibile che si sappiano di chi fidarsi, quali effetti avranno le loro azioni nei confronti gli uni degli altri e nei confronti della risorsa, e come organizzarsi per ottenere vantaggi ed evitare danni».

¹²² Così E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 271: «Quando gli individui hanno vissuto in tali situazioni per un tempo significativo e hanno sviluppato norme e modelli di reciprocità essi posseggono un patrimonio di natura sociale, con il quale possono costruire strutture istituzionali per risolvere i dilemmi delle risorse collettive».

¹²³ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 278.

¹²⁴ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 279.

¹²⁵ Così E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 271: «le politiche pubbliche basate sul concetto che tutti coloro che si appropriano dei risorse collettive sono incapaci e hanno bisogno di regole che vengano loro imposte possono distruggere un capitale istituzionale che è stato accumulato durante anni di esperienza».

Questo approccio conduce a una peculiare visione delle sanzioni, che – ancora una volta in contrapposizione con il pensiero di Hardin – rivestono qui un ruolo importante nella gestione dei beni comuni.

Secondo Ostrom, le regole che conducono gli individui a prendere impegni contingenti devono essere soggette a sanzioni mediante «penalità graduali»¹²⁶. Se alle sanzioni di grado maggiore è riconosciuto un «valore dissuasivo», nei casi di trasgressione lieve la sanzione ha, invece, un valore solo «informativo»¹²⁷. E, si badi, il destinatario dell'informazione è *il trasgressore stesso*, che per il tramite della sanzione a lui imposta è *rassicurato* «circa il fatto che anche le trasgressioni degli altri saranno, con molta probabilità, scoperte»¹²⁸.

A ogni livello è ribadito il valore della *trasparenza* circa le informazioni. Ancora, per esempio, «per poter prendere un impegno contingente al rispetto delle regole è necessario che gli individui ottengano informazioni sui tassi di rispetto delle regole adottati dagli altri. Altrimenti, un individuo non può ragionevolmente perseguire tale strategia contingente»¹²⁹. Infine, a chiusura del cerchio, un ulteriore «modo per ottenere queste informazioni è quello di alternarsi nel ruolo di sorvegliante»¹³⁰. Tutti i soggetti sono posti sullo stesso piano.

È così affermata la piena compatibilità della *fiducia* con la consapevolezza che *chiunque* sia un potenziale trasgressore: su questa consapevolezza è, anzi, organicamente costruita la fiducia intersoggettiva come fondamento inclusivo della fiducia nel sistema istituzionale.

¹²⁶ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 274; più dettagliatamente, *ivi*, p. 275: «Il modo in cui le regole vengono fatte applicare è tollerante per quanto riguarda errori o dimenticanze occasionali e permette agli appropriatori di evitare gli alti costi che possono derivare da un'applicazione rigida di regole uniformi in un ambiente variabile e incerto. Tuttavia, infrazioni continuate delle regole porteranno a un aumento della severità delle sanzioni. Se le infrazioni occasionali delle regole non vengono scoperte, il trasgressore sta perfino meglio nel breve termine. Tuttavia, qualcuno che infrangesse le regole più volte senza essere scoperto potrebbe rivedere la sua valutazione dell'efficacia del sistema di sorveglianza vigente nel dissuadere gli altri da infrazioni simili. Ciò spingerebbe un trasgressore occasionale ad adottare un comportamento più trasgressivo. Ovviamente, più le infrazioni non scoperte diventano frequenti e le condizioni della risorsa comune peggiorano, maggiore è la probabilità che altri individui adottino un comportamento più trasgressivo. Se non aumenta l'attività di sorveglianza per invertire questa tendenza, il rispetto delle regole crollerà. Pertanto, la sorveglianza e le sanzioni graduali sono necessarie per mantenere il livello del rispetto delle regole sufficientemente alto, così da evitare di innescare un processo in cui alti tassi di infrazione delle regole alimentano successivi aumenti dei tassi di infrazione delle regole».

¹²⁷ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 276.

¹²⁸ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 275.

¹²⁹ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 275.

¹³⁰ E. OSTROM, *Governing the Commons*, cit., p. 275.

5. Alcuni spunti pratici e linee di sintesi conclusive

A prima lettura, le linee di tensione individuate nelle forme di tutela e le indicazioni suggerite dalla teoria dei *commons* potrebbero apparire prive di ricadute pratiche, ma non è questo il caso.

Si osservi, tra i molti emersi, un primo asse di valutazione: l'alternativa tra promozione generale positiva e architetture decisionali opache, tra appello all'agire intenzionale e *nudges*. Guardando ad aree fenomenologicamente marginali, si può rilevare che il diritto penale non è affatto estraneo al catalogo degli ingredienti delle "spinte gentili".

Un esempio potrebbe cogliersi nella vicenda delle ormai famigerate *autodichiarazioni* (idea già lessicalmente discutibile) che si volevano rese in caso di accertamento dei motivi legittimanti lo spostamento in periodo di divieto Covid-correlato: il modulo, da compilarsi *ex art.* 46 e 47 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, recava in piena evidenza la dicitura che dichiarazioni false avrebbero integrato il delitto di cui all'art. 495 c.p. (furono poi in realtà perseguite ai sensi dell'art. 483 c.p.). La magnificazione delle conseguenze penali¹³¹ avrebbe dovuto avere l'effetto di contenere il numero di persone in circolazione. I *media* furono invece invasi da vignette e video satirici, nella rappresentazione dei quali l'istanza diffusa riguardava la precostituzione di un *valido motivo per uscire*, laddove ben più condivisibili iniziative di comunicazione¹³² si facevano carico di veicolare come autentica *smart choice* quella, opposta, di trovare un *buon motivo per starsene a casa*.

Pochi mesi dopo, la giurisprudenza si è pronunciata nel senso dell'impossibilità di configurare un obbligo di dichiarazione¹³³. A conti fatti – senza nemmeno dover

¹³¹ Insieme a una diffusa disinformazione che nelle prime fasi di applicazione della misura aveva fatto sì che ampie fasce della popolazione percepissero come obbligatorio *portare il modulo già compilato con sé*. Ben presto tutti compresero che il modulo poteva essere compilato sul momento, generando pericolosi assembramenti e poco commendevoli condivisioni di penne e fogli non igienizzati nei luoghi dove la compilazione del modulo era effettivamente richiesta, come in alcune stazioni ferroviarie.

¹³² Anche non istituzionali (e in parte a loro volta qualificabili come *nudges* a base emulativa): si ricordano, fra molti, i video degli allenamenti domestici dei ballerini del Teatro alla Scala, le esecuzioni orchestrali di musicisti riuniti tramite piattaforme di comunicazione a distanza, i *flash mob* dei balconi.

¹³³ Cfr., pur con motivazioni in parte differenti, GIP Milano, sent. 16 novembre 2020, in *Sistema penale*, 12 gennaio 2021, con nota di E. PENCO, *Autodichiarazione Covid-19 e reati di falso: inapplicabile l'art. 483 c.p. se la dichiarazione mendace consiste nella mera manifestazione delle proprie intenzioni*; GUP Milano, sent. 12 marzo 2021, in *Sistema penale*, 6 aprile 2021, con nota di E. PENCO, *Fra obbligo «di dire la verità» e diritto di difesa del singolo: dal G.u.p. di Milano una nuova pronuncia che riconosce l'insussistenza della fattispecie di cui all'art. 483 c.p. nell'ipotesi di false attestazioni in autodichiarazione Covid-19*; nonché GIP Reggio Emilia, sent. 27 gennaio 2021, in *Sistema penale*, 24

aspettare il lungo periodo – il *nudge* penale sulle autodichiarazioni ha comportato un danno difficilmente quantificabile in termini di autorevolezza delle istituzioni, che sono state percepite come capricciose, mutevoli e inclini a minacciare le più gravi sanzioni anche senza averne diritto.

La questione, tuttavia, è molto più ampia. Ogni qualvolta il diritto penale è utilizzato come elemento di un'architettura decisionale a prescindere dai valori alla cui difesa è orientato, si trasforma in un macrosomico *nudge*. Il pensiero non si rivolge qui tanto al diritto penale *simbolico*¹³⁴, quanto agli approcci meramente utilitaristici, finalizzati a perseguire senz'altri sforzi¹³⁵ una pronta deterrenza *purchessia*.

La teoria dei beni comuni invita allora a valutare *sempre* – e a maggior ragione laddove si ponga un'istanza di tutela intergenerazionale – gli effetti a lungo termine delle opzioni di politica criminale. Ma altresì a considerare il tasso di *trasparenza* che caratterizza gli strumenti in quella prospettiva proposti.

Si pone, in conseguenza, il tema – anch'esso ben scandagliato nella riflessione sui beni comuni – della crescente *porosità* tra sfera pubblica e sfera privata, in parte effetto inevitabile della *cooperazione* richiesta nella tutela¹³⁶.

Orbene, forme di partecipazione diffusa alla formazione e alla riformulazione (talora incessante) delle regole non sono certo nuove al diritto penale: basti pensare a concetti in perenne evoluzione come il pudore o alla determinazione extralegislativa dei parametri della colpa generica. Si tratta di contenuti normativi che la società *ri-versa nel diritto penale* (peraltro, non sempre collettivamente, ben potendo rilevare elementi, per esempio contrattuali, vincolanti solo tra le parti), pur con criticità che non saranno mai troppe volte ribadite e dissodate.

Nelle ipotesi in esame, tuttavia, si ravvisano caratteristiche ulteriori. In primo luogo, accade che modalità di gestione proprie di ambiti già permeati di potenziale

marzo 2021, con nota di E. PENCO, *Ancora un proscioglimento per falso in autodichiarazione Covid-19: il G.i.p. di Reggio Emilia rileva la "indiscutibile illegittimità" dei DPCM in quanto fonti di misure limitative della libertà personale*; per tutte www.sistemapenale.it.

¹³⁴ Sul quale S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 491 ss.

¹³⁵ Si pensi al «principio elementare quanto rivoluzionario» di cui è proposta l'adozione in L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politicocriminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1668 ss., p. 1682: «non si può introdurre una fattispecie incriminatrice (né modificarla in *malam partem*, anche sul piano sanzionatorio) se prima – onde perseguire gli obiettivi di prevenzione che le si vorrebbero affidare – non sia stata predisposta una strategia attendibile di politica criminale, che coinvolga gli altri settori dell'ordinamento giuridico».

¹³⁶ Cfr. A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma, 2013, p. 19 ss.

rilevanza penale vadano a investire, come in vasi comunicanti, la più intima sfera *privata*: non solo accentuandone la cedevolezza rispetto alle possibilità di controllo pubblico, ma anche esponendola a una potenziale trasmissione di *standard* regolativi della responsabilità originati in contesti assai diversi.

Un esempio: la legge 30 marzo 2001 n. 130 consente la conservazione di ceneri umane in abitazione privata, a condizione che l'affidatario ne assicuri la diligente custodia, garantendo che l'urna sigillata non sia profanata e acconsentendo al libero accesso, in qualsiasi momento e senza preavviso, del personale incaricato per il controllo dell'urna stessa. Ci si potrebbe interrogare circa l'impatto reciproco tra il luogo di conservazione dei resti e i parametri costitutivi del vilipendio di urna, ricordando che in passato alcuni operai addetti alla manutenzione delle tombe sono stati denunciati¹³⁷ per avere fatto una grigliata in pausa pranzo, di fronte ad alcuni loculi, nel cimitero presso cui stavano lavorando.

Ancora: gli art. 22 e 23 D.P.C.M. 12 gennaio 2017 prevedono la possibilità di cure (anche palliative) domiciliari, nell'erogazione delle quali la continuità assistenziale è conseguita con un sistema di coordinamento ospedale-territorio-domicilio che, anche dove sia prevista la gestione unitaria da parte di un *homecare provider* accreditato, coinvolge parenti e *caregivers* sprovvisti di formazione o la cui formazione si limita a quella fornita per l'occasione. Anche in questo caso ci si può chiedere quali siano i parametri di diligenza desumibili per queste figure e come potrebbe valutarsi un'analogia attribuzione di funzioni (quanto meno) di monitoraggio del paziente, qualora avvenisse, invece, all'interno di una struttura ospedaliera.

Considerazioni simili – e con riflessi pubblicistici anche maggiori – potrebbero essere svolte con riguardo all'isolamento fiduciario nell'ambito delle misure di contenimento dell'epidemia di Covid-19, anche tenendo conto che la violazione del divieto di allontanamento dal luogo di abitazione o dimora è sanzionata, ai sensi dell'art. 4 c. 6 D.L. 25 marzo 2020, n. 19, con la pena prevista per la contravvenzione di cui all'art. 260 Regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265¹³⁸, pur derivando da una mera comunicazione del sanitario, spesso conseguente alla sottoposizione a tampone *su richiesta dell'interessato*.

¹³⁷ Non è noto l'esito del processo; il comunicato stampa è reperibile su *ansa.it*, 4 dicembre 2017.

¹³⁸ Sempre salvo che il fatto integri il delitto di epidemia colposa di cui all'art. 452 c.p. (delitto cui invece sarebbe stato equiparato *ex lege* secondo le informazioni rese dal Ministero della Salute: cfr. la nota redazionale *Sanzioni più severe per chi non rispetta le misure restrittive*, in *salute.gov.it*, 26 marzo 2020).

A un livello ulteriore, il controllo stesso viene (cogentemente) *delegato* al privato, come nella normativa antiriciclaggio o nelle recenti disposizioni per la cybersicurezza¹³⁹. Né può ingannare la natura eventualmente solo amministrativa delle sanzioni correlate all'omessa cooperazione alla vigilanza, essendo palese a ciascuno il rischio che in essa possano trovare appiglio contestazioni *penali*, più o meno fondate, di concorso nei reati eventualmente realizzati dai terzi su cui si sarebbe dovuto vigilare.

Con buona pace dei suggerimenti dei teorici dei beni comuni, la *fiducia* dello Stato sembra piuttosto dettata da ragioni contingenti (assai spesso di spesa) e passibile di pronta revoca, non senza conseguenze (anche penali) nel caso in cui il privato in qualsiasi modo deluda le aspettative statuali di cooperazione. Anzi, proprio per i meccanismi di controllo orizzontale e partecipato – come vorrebbe essere, per esempio, quello del *whistleblowing* – il perno parrebbe potersi individuare più che altro nella *sfiducia* reciproca e nell'*opacità* dell'informazione, quasi la solidarietà e la trasparenza fossero caratteristiche distintive e fondanti dei sodalizi criminali.

Il culmine di questo fenomeno di traslazione degli obblighi di tutela, in ogni caso, si raggiunge laddove il soggetto venga investito anche degli oneri di *sanzione* e di *individuazione della regola*.

Sotto il primo profilo, si pensi al coinvolgimento di soggetti privati nell'esecuzione delle misure alternative o di comunità, che propaga elementi della rete di controlli e di responsabilità tipici della risposta sanzionatoria al reato in una realtà non organica ai circuiti di esecuzione istituzionale. La porosità degli ambiti (anche) privati che danno spazio all'esecuzione esterna costituisce certamente un valore aggiunto di queste misure nell'ottica di reinserimento del condannato: *a condizione*, però, *di non permeare di sorveglianza e attitudine punitiva* la società civile che lo accoglie. Nel caso del lavoro di pubblica utilità, per esempio, vige un *obbligo*, spesso esplicitato anche nelle convenzioni tra tribunali ed enti di destinazione, di segnalare tempestivamente le assenze e le inadempienze del prestatore.

L'obbligo di segnalazione si interseca, peraltro, con il potere disciplinare in capo a chi sostanzialmente diviene, sotto molti profili, *datore di lavoro* del soggetto sottoposto alla misura: un potere disciplinare tradizionalmente concepito come *facoltà* rientrante nella sua piena discrezione¹⁴⁰ e, anzi, le cui concrete modalità di esercizio

¹³⁹ D.L. 14 giugno 2021, n. 82.

¹⁴⁰ Salvo il rispetto – nell'ottica di prevenzione delle discriminazioni – di una sostanziale uniformità di trattamento tra colleghi a parità di caratteristiche *oggettive* dell'illecito disciplinare: uniformità che, proprio in questo caso potrebbe venire a mancare.

sono tutte improntate¹⁴¹ alla clemenza, alla mitigazione delle sanzioni e, in generale, al *favor prestatoris*. Questa caratteristica tende però qui a sfumare, fino a trovarsi negata *tout court* qualora si guardi alla materia della salute e sicurezza sul lavoro.

Con riferimento a tale ambito, la *cooperazione forzata* del privato agli obiettivi di tutela segue tre direttrici espansive. In primo luogo, non solo grava sul datore di lavoro un obbligo di esercizio in concreto del potere disciplinare, ma questo potere è altresì vincolato (*recte, soppresso*) con riguardo alla decisione sull'effettiva *applicazione delle sanzioni*. Secondariamente, la *clemenza-inottemperanza*, in questo caso, non rileva solo come autonomo diniego di sicurezza, ma altresì come presupposto per la responsabilità penale qualora si verifichi un evento avverso. Infine e soprattutto – laddove nelle ipotesi di controllo delegato cui si è prima fatto cenno il soggetto privato applica regole *ricevute* e, anche se in misura non sempre omogenea, *democraticamente formate* e valide *erga omnes* – nel caso della valutazione dei rischi il datore di lavoro deve *darsi quelle regole da sé*: di talché si trova a rispondere (in ipotesi, *penalmente*) di un'attività per l'espletazione della quale lo Stato va quotidianamente esente da responsabilità e, per di più, anche qualora nel caso concreto lo Stato via abbia pienamente abdicato.

Tutto ciò si pone chiaramente agli antipodi del modello tracciato dalla teoria dei beni comuni, ispirato alla *trasparenza* ed esplicitazione delle regole, alla *eguaglianza* nelle modalità di partecipazione alla tutela, nonché a una ripartizione delle responsabilità e dell'*enforcement* tale che sulla base gravino gli oneri più leggeri e di quelli più impegnativi si faccia invece carico il vertice (ossia gli organismi superiori non già della singola istituzione, ma dell'intero sistema di cooperazione alla tutela).

Si osservi come tutti gli esempi riportati attengano a quei beni comuni-obiettivo a più marcata vocazione espansiva del diritto penale: memoria, sicurezza, salute. Invero, dovrebbe a maggior ragione valere per essi la raccomandazione non a caso avanzata per beni giuridici già *tradizionalmente* qualificati come beni comuni (in particolare, l'ambiente e il patrimonio culturale): leggere il carattere di comunanza e rilevanza prospettico-diacronica del bene comune nella sua portata *unificante* rispetto al fascio di beni giuridici oggetto di concreta e necessariamente *frammentaria* tutela penale, per esercitare un attento vaglio di coerenza degli strumenti normativi attivati, per verificarne l'efficacia e l'effettiva necessità sul lungo periodo e, in conclusione, per ampliare la riflessione a uno *sguardo critico di insieme*.

¹⁴¹ Anche per il tramite della stringente scansione temporale delle decadenze previste dallo Statuto dei Lavoratori e dai Contratti collettivi.

Proprio in tale mutamento di approccio – che si auspica possa superare il mero recupero dell’attenzione sistematica classica, pur oggi così spesso trascurata – potrebbe consistere il portato dei beni comuni al diritto penale, affinché questo possa a sua volta offrirsi loro, ultimo nel ventaglio delle opzioni di tutela, con una rinnovata, condivisa e trasparente concretezza.