

Leggere serve. A proposito di due volumi di Holmes, Sunstein e Ostrom

di Giovanna De Minico *
(25 luglio 2012)

Leggere serve a far pensare cose belle, ma dipende da cosa si legge.

Ho letto un bel libro di Holmes e Sunstein "The cost of rights" che evoca un'idea che da tempo accarezzo e scrivo: il diritto di proprietà costa non diversamente da quanto costano i diritti sociali.

Infatti, se sono proprietario di una casa, ma lo Stato non mi fornisce mezzi e uomini per difendere le mie mura domestiche dalle incursioni di un terzo, è come se non lo fossi.

Sunstein quindi disegna in termini di prestazione anche le libertà negative, nel mio esempio la proprietà, e sostiene che negare giuridicità alle libertà positive, pensiamo al diritto al lavoro, in forza di una loro supposta onerosità a fronte della gratuità delle negative è solo il frutto di una fantasia giuridica: entrambe costose per lo Stato, entrambe coercibili.

Perché mi affascina tanto questa idea?

Perché una certa cultura giuridica è arrivata a predicare appunto la non esigibilità dei diritti sociali per la loro ipotetica diversità quanto al modo di essere dalle libertà negative, mentre la prospettazione di Sunstein azzerando le differenze identitarie tra i due diritti, li equipara nella tutela.

Personalmente, ritengo che la struttura dei due diritti non sia perfettamente sovrapponibile: l'attività dello Stato è richiesta rispetto alle libertà negative solo se violate; mentre rispetto alle positive, lo Stato deve essere sin dall'inizio ipercinetico affinché si compiano, cioè deve operare già dalla fase fisiologica e non solo in quella patologica, come fa per le negative.

Lasciando Sunstein sullo sfondo, dedichiamoci all'art. 81 Cost., che, per come è stato riscritto, non sembra consentire una deroga al pareggio di bilancio quando lo Stato intenda adempiere ai suoi doveri prestazionali verso i diritti sociali. Il che avalla quella filosofia che degrada i diritti sociali ad aspettative di mero fatto, non coercibili perché lo Stato, anche se obbligato, non può essere costretto ad adempiervi. Oggi il nuovo 81 fa fare allo Stato un ulteriore passo indietro: non è più neanche obbligato perché il mercato governa i diritti. In altre parole, è come se dicessimo lo Stato deve pagare i diritti sociali, solo se lo voglia, e quindi è come dire "non deve".

La stessa legge del profitto ricorre per regolare anche il dibattito sulle frequenze e su Internet.

Non è un volo pindarico quello al quale sto costringendo il lettore, ma un invito a cogliere la medesima idea: il rigore del bilancio viene prima dei diritti sociali e quindi della persona, peccato che la nostra Costituzione abbia imposto proprio la sequenza inversa. Qui, i punti in comune tra frequenze e Internet, coincidono in un positivo: entrambi sono beni a disponibilità collettiva in ragione del bisogno affidato alle loro cure, la sete di conoscenza.

Invece che fa il nostro governo tecnico, che con l'alibi di non assumere decisioni politiche, dispone dei destini nostri e dei nostri figli? Dilata a venti anni la durata delle concessioni televisive, il che rende assolutamente inappetibile la successiva asta sulle frequenze, pur disposta dal governo, circostanza questa, che ci fa riflettere sulle reali intenzioni di abrogare il *beauty contest*, visto che la vendita al miglior offerente rischia di ridursi in un *beauty contest* mascherato da gara!

Mi si potrebbe facilmente obiettare che la durata ventennale del titolo è imposta dal diritto dell'Unione. Facile la risposta: la stessa norma che prevede la durata ventennale dei titoli abilitativi consente deroghe se l'interesse pubblico lo richieda. Io ritengo che nel caso in esame ricorra un puntuale e fondato *common good* perché le fonti informative dovrebbero rimanere un bene a circolazione rapida e non bloccata fino a cementificarsi nelle mani di pochi, il che significa concessioni a tempi brevi e revocabili in caso di infruttifero impiego.

Poi questo scrupoloso rispetto del diritto europeo – secondo la giustificazione addotta dal Governo – non è stato osservato quando con il decreto semplificazioni si è imposto alla Telecom, in quanto gestore dell'ultimo miglio, di differenziare l'offerta di accesso a tale segmento di rete da quella dei servizi accessori, scavalcando la competenza regolatoria dell'A.G.Com, pur disposta in sede comunitaria dal 2002 e riconfermata in occasione della revisione delle Direttive TLC nel 2009. L'autorità di settore avrebbe potuto decidere per lo scorporo dell'offerta blindata, ma solo a seguito di un'analisi di mercato da cui fosse risultata necessaria la misura e insufficiente la normativa antitrust; con il decreto invece la misura è una regola *ex ante*, decisa a tavolino e imposta dall'alto.

In sintesi, l'etere nella logica governativa è un bene "semi-pubblico", categoria giuridica inedita che ha il merito però di descrivere bene la condizione di un valore collettivo congelato gratuitamente nelle mani del singolo, che invece di pagare per il suo uso, si sente libero di impiegarlo o meno, non diversamente da quanto farebbe con una cosa in sua proprietà esclusiva.

E Internet cosa c'entra?

Ancora una volta una lettura prospettica del tema, cioè che guardi agli interessi ultimi soddisfatti dalla rete, renderà ragione a un accostamento solo in apparenza bizzarro.

Rispetto alla rete è in atto un vivace dibattito, anch'esso americano, che spinge per mantenere Internet libera dalle pretese egemoniche dei governi o degli operatori privati forti, e che la Ostrom – in un altro bel libro, "Governing the commons" - assume ad esempio di bene comune, nel senso di bene, la cui titolarità non appartiene in esclusiva a nessuno, perché è a disposizione della collettività con il conseguente obbligo - e qui sta il contributo innovativo della Ostrom - per il legislatore di riservarne la gestione alla collettività affinché sia rispettata la fruizione sociale del bene.

Qui, chi di noi ha da tempo sostenuto la qualificazione in termini di diritto sociale dell'accesso alla banda larga, prova un senso di avvillimento nel leggere la tanto abbondante, ma non parimenti concludente, produzione normativa del governo, che pur affermandone in principio il *nomen iuris* non ne finanzia la pretesa, declassandolo da diritto sociale azionabile giudizialmente a speranza di mero fatto.

E in termini più generali come Paese siamo assenti dal grande dibattito sulla neutralità della rete, in una frase: l'accesso dei fornitori dei contenuti, si pensi a google e a un piccolo blog, deve essere uguale o differenziato in ragione di quanto pagano?

Pericolosa al riguardo la tesi di alcuni operatori che vorrebbero un Internet a due velocità: più si paga e più si erode banda a discapito di chi paga meno. Ne conseguirebbe che i fornitori di contenuti meno dotati economicamente disporrebbero di una banda più lenta e quindi sarebbero meno appetibili per i cittadini della rete rispetto ai fornitori ben dotati finanziariamente. Se dovesse passare questa *policy* egoistica, la legge del mercato riscriverebbe l'uguaglianza sostanziale rispetto alle libertà fondamentali alla rovescia, perché riconoscerebbe il diritto alla libera manifestazione del pensiero in ragione del censo. Quindi Internet, uno strumento inizialmente deputato a includere gli esclusi, accentuerebbe invece le differenze a tutto vantaggio dei già partecipi al progresso economico-sociale, operando

pertanto in direzione antidemocratica: un ritorno ai diritti politici misurati sulla ricchezza individuale, la sconfitta della pari dignità della persona.

Non è casuale che questo pericolo sia stato immediatamente percepito dalla *Federal Communication Commission*, che da tempo e anche di recente – *Report and order, December 21, 2010* - ha fortemente avversato l'idea di un Internet a due velocità, imponendo a tutti i guardiani dell'accesso alla rete la regola della *net neutrality*: ogni fornitore di contenuti ha diritto a una presenza in rete uguale a quella del suo rivale, spetterà al navigante scegliere a chi rivolgersi. La net sta al pluralismo delle fonti virtuali, come la normativa antitrust avrebbe dovuto garantire in principio la massima pluralità possibili delle fonti reali. Sarebbe il caso di evitare che come la legislazione antitrust addomesticata agli interessi dei concorrenti esistenti ha ricondotto ad unità il pluralismo delle fonti, così l'assenza di normativa sulla neutralità apra le vie di comunicazione virtuali solo a chi si potrà permetterlo di percorrerle.

L'idea di fondo rimane la stessa: la conoscenza è un bene comune che cresce per addizione. Internet è il luogo naturale della condivisione, quindi l'accesso deve essere dal lato dell'utente e da quello del fornitore il più diffuso ed equiordinato possibile, perché solo il rispetto di questa duplice condizione di uguaglianza permetterà alla rete di operare come leva incrementale della conoscenza.

Dunque due libri americani, un atto della FCC, norme italiane, silenzi del nostro legislatore e delle Autorità: è bello leggere, ma dipende da cosa.

* Prof. diritto costituzionale – Università Federico II Napoli