



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2017

FASCICOLO 2

Dicembre 2017

Indice

MASSIMO LA TORRE, <i>Editoriale</i>	pag. 4
VITTORIO DANIELE - ALESSANDRO MORELLI - ANDREA PORCIELLO, <i>Presentazione</i>	pag. 14

Saggi

CHRISTIAN JOERGES, <i>Si tacuisses, philosophus mansisses. Why the OMT Controversy is Undecidable?</i>	pag. 17
AUGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ, <i>Ni tótem ni fetiche</i>	pag. 29
COSTANZA MARGIOTTA, <i>Sulla (im)possibilità della secessione. Per una legalità «liminale»</i>	pag. 42
ANDREA BIXIO, <i>La statualità come momento di una teoria giuridica della Società</i>	pag. 77
MUSTAFA YASAN, <i>Mediation as an alternative dispute resolution in turkish private law</i>	pag. 110
CARMELO RIPEPI, <i>Mediazione demandata e condizione di procedibilità</i>	pag. 125
VALERI MIKHAILENKO, <i>Il progetto russo di «anti-Europa»</i>	pag. 144

Discussione

LUIGI FERRAJOLI – LUIGI MARIANO GUZZO, <i>Diritti fondamentali, tolleranza e democrazia nel dibattito politico. Conversazione con Luigi Ferrajoli</i>	pag. 169
NUNZIA COLOSIMO, <i>Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo gli interventi del d.lgs.75/2017</i>	pag. 188
ANNA CITARELLA, <i>La storia delle finanze e la coltivazione delle mele</i>	pag. 211

CONCETTA LUCIA CRISTOFARO, *L'imprenditoria nei paesi sottosviluppati: il valore del capitale intellettuale* pag. 233

MARZIA VENTURA, *Cambiamento Organizzativo attraverso la Cooperazione Decentrata* pag. 246

Cronache

LUIGI MARIANO GUZZO, *Vent'anni di autonomia per l'università "Magna Graecia"* pag. 261

UMBERTO LA TORRE, *In ricordo del Prof. Alessandro Zanelli* pag. 266

Recensioni

DOMENICO BILOTTI, *I cromatismi dell'anarchia. Battaglie per la libertà*, M. La Torre, *Nostra legge è la libertà. Anarchismo dei moderni*, DeriveApprodi, Roma 2017, 282. pag. 271

JESSICA MAZZUCA, *Infrangere le regole nel rispetto delle regole: le vocazioni contigue di diritto e musica*, M. Brunello, G. Zagrebelsky, *Interpretare: dialogo tra un musicista ed un giurista*, Il Mulino, Bologna, 2016. pag. 279

FRANCESCO ROTIROTI, *Il nuovo tardoantico e la storia del diritto medievale. A proposito di un manuale recente*, L. Loschiavo, *L'età del passaggio. All'alba del diritto comune europeo (secoli III-VII)*, Giappichelli, Torino 2016, pp. XXVI, 262 pag. 287



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

MASSIMO LA TORRE

Editoriale

MASSIMO LA TORRE*

Editoriale

«Wij leven in een bezeten wereld. En wij weten het» (Viviamo in un tempo ossessionato. E lo sappiamo). Questo è l'*incipit* di un libro di Johann Huizinga, il grande storico olandese. Si tratta di *In de schaduwen van morgen*, letteralmente “nelle ombre di domani”, ma tradotto in italiano (da Barbara Allason) e pubblicato da Einaudi col titolo *La crisi della civiltà*. Siamo nel 1935, e l'ossessione di cui parla Huizinga è l'irrazionalismo nazionalista che poi farà sprofondare l'Europa nella seconda guerra mondiale. Huizinga coglie i segnali del suo tempo con grande sensibilità ed intelligenza, ed in quel libro, lucidamente argomentato, l'avversario è soprattutto Carl Schmitt, che lo storico olandese identifica subito e senza esitazioni come il nemico della civiltà europea democratica e liberale. «I know of no sadder or deeper fall from human reason than Schmitt's barbarous and pathetic delusion about friend-foe» - dirà poi (nel 1938) nella sua maggiore opera teorica, *Homo Ludens* (Routledge & Kegan Paul, London 1949, p. 209).

Anche noi oggi potremmo dire che il nostro tempo è ossessionato, e che lo sa. L'ossessione non è qui tanto la comunità etnica, anche se da più parti oggi riemerge un certo preoccupante rigurgito di nazionalismo ed “identitarismo”, prodotto anche di perdita di memoria. La nostra ossessione è piuttosto il consumo, e di ciò ne siamo coscienti, perché lo rincorriamo. Di esso ci nutriamo.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

Viviamo per consumare. La repubblica fondata sul lavoro, si è da tempo mutata in una forma politica fondata sul consumo. Questo, il consumo, non guarda al passato, e nemmeno al futuro, si contenta d'un pezzo assai piccolo di presente, il momento dell'acquisto, e di un fazzoletto di spazio, quello del grande magazzino e o centro commerciale nel quale ci si offre la merce da consumare.

Il consumo, la società consumistica, nella quale ci è dato di vivere, rinvia ad un'ossessione speculare, quella del mercato. Il consumo si dà in un mercato, e questo deve essere il più vario possibile, potremmo anche dire il più concorrenziale possibile. L'idea è che il soggetto è meglio consumatore, là dove ci sia una lotta di produttori d'oggetti di consumo. Questa lotta però dev'essere libera, senz'altri vincoli che quello di permettere a tutti (in via di principio) l'accesso alla lotta, e quell'altro di non sfociare in "posizioni dominanti". Il diritto del consumatore presuppone il diritto della concorrenza, l'uno rimanda all'altro. E nella dialettica tra i due si assottiglia, o scompare, il diritto del lavoro, che se una volta, in un tempo felice, fu inteso come diritto del lavoratore, è ora quasi nient'altro che diritto dell'imprenditore di utilizzare a suo piacimento la forza lavoro. Il lavoratore così a sua volta scompare dalla geografia delle funzioni sociali rilevanti e viene riconcettualizzato come "imprenditore".

La forza lavoro è sua volta ora fatta riconfluire nella nozione di "capitale". Ci sono solo capitali che cercano un profitto sul mercato. La vecchia teoria del capitale che si serve del lavoro si estingue nella tesi di una concorrenza e contrattazione tra diversi soggetti detentori di capitali diversi. Ci sarà chi ha un capitale finanziario e chi come capitale dispone solo della sua forza lavoro, da cui vuole ricavare un profitto. Il salario diviene anch'esso un profitto. Ogni distinzione di classe è dunque condannata come empiricamente ingenua. Ma cosa

vende il lavoratore, l'imprenditore di se stesso? Egli vende per l'appunto se stesso, la propria vita.

L'economia classica nel passaggio neoliberale si fa bio-economia, e questa ha bisogno d'una bio-politica per garantirsi. Tale bio-politica è la *governance* che muove i soggetti mediante bisogni vitali, senza coercizione diretta, e così tra l'altro soddisfacendo la bassa soglia normativa richiesta dalla libertà in senso hayekiano, per cui una tassa è coazione, mentre la disoccupazione (o il licenziamento) non lo è. Idea questa, quella del dirigere gli esseri umani per le necessità vitali, al limite per la fame, che invero è all'origine del capitalismo come forma di governo delle relazioni tra esseri umani. La ritroviamo in Mandeville, poi nella *poor law* dell'Inghilterra manchesteriana del primo Ottocento. Karl Polanyi ne è stato l'acuto osservatore. E si potrebbe aggiungere che l'ordoliberalismo, Rüstow in particolare, con lo slogan della "economia sociale di mercato" (ripresa dai Trattati europei) offre dignità di tesi macroeconomica e di principio normativo a quel criterio mandevilliano.

Si ricorderà che Michel Foucault nelle sue lezioni al *Collège de France* sulla bio-politica dell'anno 1979 coglie la differenza tra liberalismo e neoliberalismo, tra l'altro nella diversa concezione che le due versioni di liberismo offrono della nozione di *homo oeconomicus*. Per il liberalismo tradizionale l'*homo oeconomicus* è una sorta di fortino di diritto naturale dell'umanità, è ciò a cui non si può toccare, il titolare di diritti lockiani di proprietà preesistenti a qualunque ordine politico e che questi soli possono legittimare nella sua funzione di comando e di coazione. Dunque, il mercato va lasciato libero di svolgersi come meglio crede, nella sua dinamica giusnaturalistica centrata sull'autonomia coniugata in termini di dominio proprietario. Ma l'*homo oeconomicus* del neoliberalismo è un'altra cosa, è il soggetto che fa di sé il capitale necessario per la vita. E' la nuda vita del

consumatore e dell'imprenditore di se stesso. Ora, questo ridotto all'esercizio essenziale di funzioni vitali non è più nessun fortino giusnaturalistico. Non è titolare di diritti inviolabili di proprietà fuori di se stesso, ma è il povero proprietario di quel capitale basico che è il suo corpo e la sua forza da cui si ripromette un profitto (un salario innanzitutto). Risulta dunque tutt'altro che inviolabile, ch   è guidato da bisogni essenziali di vita sui cui si pu   intervenire per dirigerlo. Lo si muover   per necessit   ed appetiti. Egli non ha pi   un cuore normativo duro, e puro, come accade al proprietario teorizzato da John Locke. E' simile piuttosto al "pauper", al povero, dell'Inghilterra di Dickens, quella di Oliver Twist, dinanzi al quale si agita lo spauracchio della work-house. Oppure, e meglio, gli si pu   far brillare gli occhi di desiderio con la promessa di consumo pi   o meno illimitato. E' il suo corpo comunque, e il suo progetto esistenziale, che deve iscriversi completamente nella logica di mercato, dove tutto    spendibile. E fare ci      compito dello Stato. Si pensi, per esempio, alla minuta strategia di controllo e di degradazione della vita dei soggetti cui si concede un sussidio di disoccupazione, ora ben descritta nell'ultimo film di Ken Loach, *Io, Daniel Blake*. Se il liberalismo classico non pu   e non vuole intervenire bio-politicamente; la bio-politica    il destino, per cos   dire, del neoliberalismo

Ora, lo spazio istituzionale che pi   si    impegnato in siffatto sforzo bio-politico    quello fornito dall'Unione Europea. La sua cittadinanza   , come    ben noto, eminentemente di carattere economico. Il cittadino europeo    *aut* imprenditore *aut* consumatore; c'   assai poco di "lavoratore" residuo in questa figura, cos   come essa si forma nei trattati ed ancora di pi   cos   come essa si proietta nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo. La quale    vero non    ingenerosa per taluni aspetti che riguardano il contorno familiare del soggetto economico che approfitta della libert   di circolazione. Ma

anche questo, a ben guardare, è un esercizio di bio-politica, teso ad alimentare quel capitale individuale di vita che rende il soggetto consumatore ed imprenditore di se stesso.

In *The Great Transformation* Karl Polanyi ricorda come il capitalismo si basi su tre dogmi: la terra e soprattutto la forza lavoro resa merce disponibile senza vincoli sul mercato, il libero commercio e il patrono oro della moneta. Ora l'Unione Europea sembra aver fatto suoi e costituzionalizzato questi tre dogmi. Il diritto del lavoro non ha cittadinanza né resistenza propria nel sistema delle cosiddette quattro libertà fondamentali, libertà di circolazione di beni, di persone economicamente impegnate, di capitali e di servizi. E così è poi certificato dalle note sentenze Laval e Viking. Il libero commercio vale addirittura, nel caso dei capitali, anche al di là degli Stati membri. E la politica monetaria dell'Euro, ancorata alla stabilità dei prezzi, ma non anche al pieno impiego, si configura in maniera analoga a quella politica dello standard aureo vigente fino agli anni Trenta dello scorso secolo. D'altra parte la differenza tra politica monetaria e politica economica è assai discutibile, e comunque sottile, ma d'altra parte è oggi travolta dagli interventi della Banca Centrale Europea, così come bene ci spiega Christian Joerges nel contributo pubblicato in questo numero della rivista.

Questo quadro, che sembra per certi versi riportarci indietro di cent'anni, travolgendo le barriere protettive innalzate dallo Stato sociale, contro gli eccessi del libero mercato e del capitalismo finanziario (quello che portò alla crisi e rovina del 1929), non si intende senza riferirsi all'ossessione di cui parlavo sopra. Mercato, e sempre più mercato, in tutti gli ambiti della società, fino a penetrarne interstizi finora inaccessibili. L'università è uno di questi, e docenti e studenti ne soffriamo gli effetti quotidianamente in termini di decadenza dell'orientamento al bene comune e ad un'educazione che non sia

mera preparazione alla lotta per l'esistenza ed al "lavoro". Il bene comune educativo e formativo ormai si fa risalire alla competizione, alla concorrenza, all'ingegnarsi ed arrangiarsi per affermare il proprio utile e guadagnarsi la giornata. L'autonomia dell'università pare nient'altro che un principio bio-politico, che vuole fare di un'istituzione tradizionalmente diretta al bene comune una impresa sul mercato di quel grosso e grasso *business* in cui si è oggi trasformata l'alta formazione. Non interessa più la cittadinanza, la capacità d'essere protagonisti e partecipi, attori critici e riflessivi rispetto al proprio contesto sociale. Anzi una tale riflessività potrebbe essere pernicioso per un consumatore che dovesse interrogarsi sul senso del consumo, e dunque anche se solo intermittenemente, allorché riflette, interrompere il ciclo che si vuole permanente del consumo.

In tale congiuntura anche la democrazia è sempre più intesa, alla maniera di Schumpeter, non come autogoverno, o deliberazione collettiva, bensì come mercato delle *élites* politiche, concorrenza tra queste ed il voto, diritto politico per eccellenza, diventa allora una scelta consumistica, l'acquisto di una merce in un mercato, diritto economico. Anche qui l'Unione Europea non è servita per ostacolare o allentare il processo in atto di depoliticizzazione della gestione della cosa pubblica; invero lo ha diretto ed accelerato (come eloquentemente ed acutamente ci dicono gli autorevoli contributi del Forum di questo numero della rivista, tra i quali mi piace ricordare almeno quelli di Wolfgang Streeck e Domenico Majone).

Simbolo del degrado liberista è la condizione di abbandono e decadenza in cui si trova il trasporto su ferrovia nei paesi occidentali. Il caso emblematico è il Regno Unito dove la rete ferroviaria nazionale è stata privatizzata, rendendola una sorta di spezzatino di piccole compagnie le quali talvolta operano solo su una tratta. Ma anche in Germania si è privatizzato con gioia; per non parlare degli Stati Uniti

dove le infrastrutture pubbliche soffrono d'un cronico impoverimento. Lo Stato italiano non è certo più attento e generoso rispetto ai suoi treni, soprattutto rispetto a quelli che servono i lavoratori pendolari, o le regioni del Meridione, sgangherate e sudicie ridotte perennemente in ritardo. Il neoliberalismo odia il treno, e la ragione è che questo è un mezzo di trasporto che mette insieme le persone, ne fa compagni di viaggio, le riunisce, come assembla il paese dove si snodano i suoi binari, costituendone una sorta di fisica e morale vertebrazione. Ma è proprio questa, la vertebrazione, che non si vuole, l'esperienza di una direzione comune. Le stazioni, un tempo presidi pubblici, sono ora spesso chiuse, o luoghi desolati, senza più nessuno che le abiti. Non vi sono più capi-stazioni, non più biglietterie, solo macchine che ingoiano monete e biglietti di banca. L'esempio più drammatico di questo odio del treno è quello del Messico, in cui si decide di fare a meno del trasporto ferroviario di persone. Nel 1999 si chiude la bella stazione centrale di Città del Messico, Buenavista. La "road to serfdom" di Hayek aveva tutte le caratteristiche della strada ferrata, ed è per ciò che bisognava smantellarla.

Molto più congeniale al neoliberale risulta il trasporto su gomma, l'autovettura, in cui ciascuno è paradigmaticamente proprietario, consumatore, e imprenditore, individuo isolato nell'abitato della vettura contra altri individui altrettanto isolati nelle loro auto, con i quali compete sulla strada, per sorpassarli, in un contesto di relazioni intersoggettive non comunicativo, bensì solo diretto dalla soddisfazione delle preferenze soggettive. Il traffico automobilistico è così una metafora, o meglio una replica, del mercato. Riflette il modello cui si ispira la società che ci sta toccando di vivere: libertà di circolazione al posto di libertà politica, libertà negativa contrapposta alla libertà positiva. Con un po' di malizia si potrebbe aggiungere che la "cittadinanza europea" dei Trattati dell'Unione nella interazione

hobbesiana della circolazione automobilistica ritrova la sua vera ispirazione.

Una tale situazione, abbastanza ovviamente, crea insoddisfazione, precarietà, ansia, paure, tensioni, depressioni, disperazioni. Di ciò soffrono soprattutto i meno protetti, i più giovani, che avrebbero diritto a vedersi proiettare un orizzonte di progresso e di speranza, o i dimenticati e gli invisibili, come l'esercito di precari o di sottopagati di cui si alimenta l'economia dei paesi europei e la strategia di austerità scelta per far fronte all'emergenza finanziaria. Il sovra-nazionalismo, o certo globalismo giuridico, di cui l'Unione Europea si è fatta per decenni efficace portavoce e fortunata genitrice, paiono ora generare non più maggiori opportunità, o un benessere meglio redistribuito, bensì riduzione delle prestazioni sociali, approfondimento delle disuguaglianze, licenziamenti, annullamento di diritti una volta dati per scontati (il diritto di sciopero per esempio, o la contrattazione collettiva, o più modestamente ma anche più incisivamente tempi di lavoro, e di riposo da questo, dignitosi).

Gli ascensori sociali si sono bloccati. Anzi si erodono le posizioni già conquistate e la classe media sprofonda verso il basso. Professioni che una volta erano porte per una vita economicamente soddisfacente e dignitosa traballano nelle loro aspettative. Insegnanti, avvocati, giornalisti, impiegati pubblici, sbarcano il lunario con sempre maggiore fatica e con crescente affanno e preoccupazione per il presente. Il futuro si raccorcia alla soddisfazione dei bisogni attuali. "Azione" ed "opera", per usare categorie di Hannah Arendt, la condotta umana comunicativa e quella creativa di un manufatto vengono rimangiate dal "lavoro", l'impresa di se stessi ed il consumo della propria vita come investimento del solo capitale di cui si dispone. Ma siamo ora invasi di soggetti che di questo capitale dispongono a iosa. Sono i migranti che bussano alle nostre porte, e che nella concorrenza

bio-economica che regge le nostre società hanno il vantaggio d'essere portatori d'una esistenza che è *nuda vita*, vita senza vincoli, duramente competitiva, dunque vita privilegiata, perché nella sua miseria attrezzata, per la battaglia che c'impegna ogni giorno sul *mercato* che è divenuta la nostra esistenza sociale.

Sì; viviamo in un tempo ossessionato, e lo sappiamo.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

VITTORIO DANIELE - ALESSANDRO MORELLI -
ANDREA PORCIELLO

Presentazione

Presentazione

L'Europa vive una *crisi d'identità*. In un duplice senso. Da un lato, l'Unione Europea appare una realtà istituzionale indecifrabile (come emerge dai contributi del *Forum* coordinato da Mellace), dalla legittimazione incerta e discussa, anche per la sua connotazione sempre più tecnocratica (si veda l'intervento di Joerges). La stessa questione, vecchia e mai risolta, del *deficit* democratico dell'Unione appare oggi strettamente correlata al problema della crisi delle istituzioni democratiche statali, coinvolte da un processo d'integrazione sovranazionale dalle prospettive sempre più incerte.

Dall'altro lato, il continente europeo è agitato dal ritorno di movimenti nazionalisti e dalla riemersione d'istanze identitarie che, come sottolinea La Torre nel suo *Editoriale*, dipendono anche, e soprattutto, dal deterioramento della memoria storica dei popoli europei. In tale contesto, tornano a trovare espressione istanze secessionistiche (come quelle catalane, su cui si vedano i contributi di Menéndez e di Margiotta Broglio). A fronte di un quadro tanto caotico, la speculazione teorica sulle categorie tradizionali (come quelle di Stato, diritto fondamentale, ecc.), condotta dagli studiosi anche in prospettiva interdisciplinare, appare quanto mai necessaria, per non lasciare il dibattito pubblico in preda dei sofismi interessati di spregiudicati commentatori al servizio dei tanti, nuovi Principi in campo (si vedano, sul tema, il contributo di Bixio e l'intervista di Guzzo a Ferrajoli).

* Associato di Politica economica, presso l'Università degli Studi *Magna Graecia* di Catanzaro.

** Ordinario di Diritto Costituzionale, presso l'Università degli Studi *Magna Graecia* di Catanzaro.

*** Associato di Filosofia del diritto, presso l'Università degli Studi *Magna Graecia* di Catanzaro.

A tale crisi d'identità è, dunque, prevalentemente dedicato questo numero di *Ordines*.

Si aggiungono due saggi sulla mediazione civile in Italia (Ripepi) e sulla mediazione in Turchia (Yasan), e un contributo sul progetto russo “anti-europeo” (Mikhailenko).

Nella sezione dedicata alla *Discussione*, si pubblicano un contributo sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo gli interventi del decreto legislativo n. 75 del 2017 (Colosimo); un articolo sulla valutazione della ricerca nel campo della storia economica (Citarella); un saggio sul cambiamento organizzativo attraverso la cooperazione decentrata (Ventura); un contributo sull'imprenditoria femminile nei paesi sottosviluppati (Cristofaro).

Chiudono il numero, come di consueto, le recensioni, questa volta dedicate al volume di Brunello e Zagrebelsky, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, il Mulino, Bologna 2016 (Mazzuca); al libro di Luca Loschiavo, *L'età del passaggio. All'alba del diritto comune europeo (secoli III-VII)*, Giappichelli, Torino 2016 (Rotiroti); e al volume di Massimo La Torre, *Nostra legge è la libertà. Anarchismo dei moderni*, DeriveApprodi, Roma 2017 (Bilotti).



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

CHRISTIAN JOERGES

Si tacuisses, philosophus mansisses.

Why the OMT Controversy is Undecidable?

Abstract – In this article, the controversy between the European Court of Justice and the German Federal Constitutional Court over the Outright Monetary Transactions (OMT) Programme remains in the background. Rather than summarising and evaluating all this, the Author focuses his attention on a defence of the message in the title. Firstly, he starts with the ruling of the German Court of January 2014, which, as is well known, is the “first reference ever”. In this the Author focuses his attention on the two dissenting opinions by judges Lübbe-Wolff and Gerhardt. Then, the analysis focuses mainly on to the exercise of discretion by the ECB and the role of the judiciary. Thereafter, the Author examines the responses to these developments in various branches of European studies and concludes with an explanation of title.

Keywords – OMT Programme; European Court of Justice; German Federal Court; European Central Bank.

Si tacuisses, philosophus mansisses.
Why the OMT Controversy is Undecidable?***

Commentary on the controversy between the European Court of Justice and the Federal Constitutional Court over the “Outright Monetary Transactions” (OMT) Programme is available in abundance. The great majority of the commentators allies with Luxembourg; the reasoning of Karlsruhe is hardly appreciated anywhere, probably least in the quarters of European law scholarship in Germany. Rather than summarising and evaluating all this I will in the following remarks focus on a defence of the message in the title. This I will do in three steps:

- (1) I will start with the ill-fated ruling of the German Court of 14 January 2014, its “first reference ever”, as every commentator hastens to add¹. I am particularly interested in the two Dissenting Opinions by judges Lübbecke and Gerhardt.
- (2) I will then turn to the exercise of discretion by the ECB and the role of the judiciary.
- (3) Thereafter, I will look at the responses to these developments in various branches of European studies.
- (4) ... and then conclude with a further explanation of my title.

* Hertie School of Governance, Berlin. Centre for European Law and Politics, Bremen.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Contribution to the workshop “Europe’s Economic and Monetary Union 25 Years After the Creation”, of the European Law Forum, University College Dublin, 29 May 2017.

¹ BVerfG, 2 BvR 2728/13 vom 14.1.2014, §§ 1–105, www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140114_2bvr272813en.html.

Ad (1) Will Karlsruhe ever move “from barking to biting” – thereby falsifying Joseph Weiler’s famous comment?² What else could the judges have had in mind when submitting their “first reference ever”? The dissenters do not reveal this. They opted for inadmissibility. Judge Lübbe-Wolff has submitted a host of reasons³. Here is a selection:

- The order goes “beyond the limits of judicial competence under the principles of democracy and separation of powers” (3).
 - “The more far-reaching, the weightier, the more irreversible – legally and factually – the possible consequences of a judicial decision, the more judicial restraint is appropriate” (7).
 - “Where for reasons of law the judges’ courage must dwindle when it comes to the substance, they ought not to go into the substance at all” (27).
 - “The democratic legitimacy which the decision of a national court may draw from the relevant standards of national law (if any) will not, or not without substantial detriment, extend beyond the national area” (28).
- This point is particularly interesting. What Frau Lübbe-Wolff criticises here, has been thoroughly neglected in the judgment on the rescue package for Greece, where the Court defended the budgetary power of the German Bundestag while, by the same token, not caring at all for the rights of the Greek Parliament⁴.

She furthermore emphasised that the complaint could not insist on a specific action of the German government and parliament. “With regard to the question of whether there exists a qualified *ultra vires* act, the Federal Government and the *Bundestag* must have a margin of appreciation and

² JOSEPH H.H. WEILER, *The ‘Lisbon Urteil’ and the Fast Food Culture*, in *European Journal of International Law*, vol. 20, 3/2009, 505–509, 505.

³ The following numbers go to the paragraphs of her dissent.

⁴ See CH. JOERGES, *Der Berg kreite - gebar er eine Maus? Europa vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *WSI-Mitteilungen*, vol. 65, 8/2012, 560; M. EVERSON, *An Exercise in Legal Honesty: Rewriting the Court of Justice and the Bundesverfassungsgericht*, in *European Law Journal*, vol. 21, 4/2015, 474–499, 497.

discretion, which the citizen needs to accept” (15). Note that this is not the type of discretion, which is the key concept of the *Gauweiler* judgment⁵ to which I now turn.

Ad (2) Judge Lübbecke-Wolff refers to the powers of democratically-legitimated actors. The *Gauweiler* Court is concerned with the powers of a non-majoritarian institution – one, which enjoys unprecedented autonomy⁶. To understand both the importance and the *problématique* of the way the Court interprets the discretionary powers of the ECB, we should consider first the twofold meaning of the notion and then the constitutional context in which it has been applied. The “*Meroni*-doctrine” with its distinction of “wide discretionary powers” and “clearly defined executive powers” comes to the mind of European lawyers when they encounter our nation⁷. *Meroni* is as old as it is outdated, they would tend to add. But is it really? Joana Mendes, in her recent very subtle reconstruction of the relationship between discretion, law and judicial review, has documented how the *Meroni* dichotomy survived in the distinction between “discretionary power involving policy choices and discretion stemming from technical assessments”⁸. Is this a sound refinement? It is at least a bridge into the reasoning of the court. “Monetary policy”, so the Advocate General explained in his *Gauweiler* Opinion is “a highly technical terrain in which it is necessary to have an expertise and experience which, according to the Treaties, devolves solely upon the ECB”⁹. The two points are connected with each other here. For one: in the case of monetary policy, it is the technical

⁵ C-62/14 Peter Gauweiler EU:C:2015:400.

⁶ See D. CURTIN, *Accountable Independence’ of the European Central Bank: Seeing the Logics of Transparency*, in *European Law Journal*, vol. 23, 1-2/2017, 28-44.

⁷ Case C-9/56 *Meroni v High Authority* EU:C:1958:7 (*Meroni*).

⁸ J. MENDES, *Bounded Discretion in EU Law: A Limited Judicial Paradigm in a Changing EU*, in *The Modern Law Review*, vol. 80, 3/2017, 443–472.

⁹ Opinion of Advocate General Cruz Villalón in Case C-62/14 *Gauweiler*, para. 111.

side of the dichotomy, which justifies discretion and requires judicial caution. Second, and somewhat surprisingly, this expertise is declared to be uncontroversial or sacrosanct. It must not be contested, not be exposed to scrutiny by other bodies because the Treaty has assigned it to the ECB. Both points are as bold as they are unconvincing. Monetary policy is a very complex matter, but by no means a merely technical one. Here, as in so many other instances, Joana Mendes correctly notes, “technical assessments and policy choices are inextricably intertwined”¹⁰.

The whole weight of this assignment of discretionary powers becomes apparent only in the light of the institutional framework of EMU. The German Court had not only identified with another concept of monetary policy, namely that submitted by the President of the German Bundesbank, Jens Weidmann. It also had asked, or better insinuated that the ECB, by its explicit reference and approval of the conditions of the financial assistance programmes of the EFSF and/or the ESM, overstepped its monetary policy competence and interfered with the powers of the Member States in the sphere of economic policy. It had suggested that the OMT programme was incompatible with the prohibition of monetary financing (Article 123 TFEU). The *Bundesverfassungsgericht*, furthermore, had wondered how the support granted could be compatible with the budgetary autonomy and responsibility of Member States, which it held to be “constituent for the design of the monetary union”, as evidenced by Article 125 TFEU¹¹.

The argument of the Court of Justice on the epistemic nature of monetary policy and the supremacy of the expertise of the ECB is a response to the entire range of these queries. The whole construction is such that the conferral of de facto unlimited discretionary powers to the ECB becomes but a stringent implication of the design of the EMU.

¹⁰ Note 8, 471.

¹¹BVerfG, 2 BvR 2728/13 vom 14.1.2014, §§ 1–105, www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140114_2bvr272813en.html.

That design, so the Court stresses, is in one respect incomplete. Economic and Fiscal policy remained a reserve of the Member states, but the substance of monetary policy, which became the exclusive competence of the EU, was not positively defined. What is nevertheless clear under Articles 127(1) TFEU and 282(2) TFEU is the objective of monetary policy, namely the defence of price stability and hence the mandate of the ECB to pursue that objective with the help of the instruments described in Chapter IV of the Protocol on the ESCB and the ECB¹². In the parlance of Niklas Luhmann's sociology of law¹³, the Court moves here into realms of "purposive" programming, a move which liberates it from the disciplining power of traditional "conditional" legal programming. This liberating move does not do away with the importance of precedential case law. In its reference the German court had cited the passage of the *Pringle* judgment in which the Court of Justice had qualified the financial aid under the ESM Treaty as a matter of economic policy¹⁴. Again, through the resort to purposive programming this constraint is overcome. "When the ESM buys up bonds on secondary markets, it is 'economic policy'. When the ECB does the same, and makes these purchases conditional on compliance with the ESM's 'macroeconomic adjustment' demands, it is 'monetary policy'...[I]t is the difference between the objectives of the respective operations, which is decisive" – precisely this is the magic charm of purposive programming¹⁵. The ESCB/ECB are entitled to define the objectives and to determine the means in full autonomy. This cannot be otherwise once it has been held that the conduct of monetary policy "requires an expertise and experience which,

¹² *Gauweiler* judgment, paras. 42-45.

¹³ See, e.g., his *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, 36 ff.

¹⁴ Para. 64

¹⁵ H. SCHEPEL, *The Bank, the Bond, and the Bail-out: On the Legal Construction of Market Discipline in the Eurozone*, in *Journal of Law & Society*, vol. 44, 1/2017, 79-98, 96.

according to the Treaties, devolves solely upon the ECB”¹⁶. Governance in of the Eurozone, we have to realise, is a technocratic exercise. By definition, this type of praxis can be exposed neither to quests for democratic legitimacy nor to the constraints of the rule of law. What does this entail? The American law and political science scholar Alec Stone Sweet has characterized the foundational jurisprudence a “*juridical coup d’état, a fundamental transformation in the normative foundations of a legal system through the constitutional lawmaking of a court*”¹⁷. Pringle and Gauweiler present another example. Stone Sweet was sure to be empirically correct about the foundational jurisprudence but refrained from a definite normative assessment. Was this the type of “constitutional moment”, which Bruce Ackerman has identified in the constitutional history of the United States? Is it conceivable that the present transformation will “deserve recognition”, or is this an unconstitutional amendment of the European legal order?

To this point, I will return in my final remark. For the present, I am just concerned with the disquieting theoretical poverty of this revolutionary jurisprudence. One core assumption upon which it builds is plainly wrong. Technical expertise cannot be neatly separated from, or insulated against, normative assessments and policy choices¹⁸. A second weakness is not so plainly visible. This is the distinction between monetary policy and fiscal policy, which the Treaty has firmly institutionalized and which the OMT litigation sought to clarify. This legal architecture has a long history, which Isabel Feichtner, when she was still an assistant professor at the House of Finance at the Goethe University has reconstructed in an eye-opening

¹⁶ Opinion AG Gruz Villalón, para. 111.

¹⁷ A. STONE SWEET, *The Juridical Coup d’État and the Problem of Authority*, in *German Law Journal*, vol. 8, 10/2007, 915-928 at 924 ff.

¹⁸ J. MENDES, note 10 above.

essay¹⁹. We have learned to treat money as a commodity on which the state raises taxes. Tax revenues are sound finance; the alternative is to print money, a temptation that governments have to withstand in order to avoid inflation. This is why we need politically independent monetary authorities. In order to defend us against inflation these authorities must discipline governments and their fiscal policy. This is the narrative, which we have internalised in our nation states and on which the EMU relies. But this is also why we have established in the Eurozone a governance regime, which does not content itself with the adjustment of interest rates and the use of other conventional monetary policy instruments. An irresistible logic is at work here. The ECB cannot restrain itself to a focus on price stability and leave financial stability operations to national governments. The Bank's concerns for financial stability are the unlimited in their scope. They reach out into the whole range of economic and social policies with requests for structural reforms and adjustments²⁰. The fundamental error, Feichtner argues, is to treat money as an external factor and to conceal its construction by the state. Money should be understood as credit, be regarded as credit; the transfers of such credit only work if a state that guarantees their enforceability exists. She refers to sophisticated literature defending this reconceptualisation. This, however, is beyond my horizon. What I can see and what I feel is plainly visible is the destruction of the separation of fiscal and monetary policy by Europe's crisis politics and the jurisprudence of the CJEU. To repeat, "When the ESM buys up bonds on secondary markets, it is 'economic policy'" – this is the Pringle judgment. When the ECB does the same, and makes these purchases conditional on compliance with the ESM's macroeconomic adjustment demands, this is monetary policy ... – it all depends on who does it for what purpose.

¹⁹ I. FEICHTNER, *Public Law's Rationalization of the Legal Architecture of Money: What Might Legal Analysis of Money Become?*, in *German Law Journal*, vol. 17, 5/2016, 875-906.

²⁰ I. FEICHTNER, *ibid.*, p. 895.

Ad (3) However, sophisticated this reasoning may be, the practice, which it legalises, is anything but legitimate. Our crisis politics has created a sharp asymmetry between the North and the South of Europe; it has, to cite Habermas, divided Europe because of its palpable, indeed glaring social injustice²¹. The harsh critique of the famous philosopher is widely noticed but does not impress European integration studies. What I find amazing and telling are the affinities between all of its pertinent branches, law, economics, political science: a tacit consensus not to take normative concerns too seriously.

This seems most amazing in my own discipline. The *Pringle* judgment has hardly irritated anybody. The decision in *Gauweiler* is praised as a thoughtful and non-polemical examination of the somehow cheekily German reference. What is true for the jurisprudence of the ECJ, is *cum grano salis* also true for the enormous body of the so-called crisis law. I cite from the introductory chapter to a pertinent volume of the EUI in Florence: “After over half a decade of legal measures and prolific commentary on those measures, it is helpful to stand back and take stock. We will consider whether euro-crisis law ... has by now mainly become simply the macro-economic law of the EU”²².

The considerations end with a principled discharge, constrained by a few caveats.

Economists have replaced us lawyers as the prime advisors in European politics. Their views are dominated by functionalist reason. Even a

²¹ J. HABERMAS, *Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible*, in *European Law Journal*, vol. 21, 4/2015, 546-557, 550. («einer Krisenpolitik [...], die infolge ihrer handgreiflichen, ja schreienden sozialen Ungerechtigkeit die europäischen Nationen gegeneinander aufgebracht hat»).

²² TH. BEUKERS, C. KILPATRICK and B. DE WITTE, *Constitutional Change Through Euro-Crisis Law: Taking Stock, New Perspectives and Looking Ahead*, in id (eds) *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge: CUP, 2017, 1-24.

statement like “The first victim of the crisis is democracy” pronounced by my Berlin colleague Henrik Enderlein, is not meant to question that commitment²³. One of the leading German authorities in the field of monetary policy is the Director of the Max Planck Institute for Public Goods, Martin Hellwig. I listened to a talk of his on the Independence of the ECB. He made it clear that the law has nothing useful to contribute to the praxis of monetary policy. The German Constitutional Court – and then likewise its economic experts – are ignorant. “Economists are the ones who assess economic situations, whether there is an extraordinary crisis or not, how actors have to act to improve or protect welfare, and how the economic order looks like”²⁴.

And what about political science, a discipline brought to post war Germany to teach us, especially us lawyers, democracy? Political scientists explain events, identify independent and dependent variables, and analyse changes within the framework of their integration theories. These attitudes did not fundamentally change after the crisis²⁵. “Business as usual” – this diagnosis of my Berlin colleague Jachtenfuchs dates from 2013²⁶. Business is even improving because we are witnessing a take-over of core state function by European institutions. Not only neo-functionalists, but intergovernmentalists, too, are delighted; they observe a take-over by some

²³ H. ENDERLEIN, *Das erste Opfer der Krise ist die Demokratie: Wirtschaftspolitik und ihre Legitimation in der Finanzmarktkrise 2008-2013*, in H. BUCHSTEIN (ed.), *Die Versprechen der Demokratie*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, 45-75.

²⁴ F. TRAUT, *Tensions between fiscal and monetary policy in the Euro-zone: comparison between economic and legal approaches*, Ms. Hertie-School Berlin, 2017 (on file with author).

²⁵ CH. KREUDER-SONNEN, *Beyond Integration Theory: The (Anti-)Constitutional Dimension of European Crisis Governance*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, 6/2016, 1350-1366.

²⁶ PH. GENSCHER and M. JACHTENFUCHS, *Alles ganz normal! Eine institutionelle Analyse der Euro-Krise*, in *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, vol. 20, 1/2013, 75-88, 83.

new “deliberative” intergovernmentalism – more Europe everywhere – and this is by definition progress.

Epilogue

What have we done? We have legalised the transformation of Europe into a technocratic regime and forgot about our commitments to democracy and the rule of law. Was there no alternative? I have started my intervention with citations from Judge L ubbe-Wolff’s Dissent in the OMT order. This complaint was inadmissible she and her colleague Gerhardt have argued. I would modify their objections with the category used in my title. This is a case of “undecidability”²⁷. The German Court must realise that its commitment to the Basic Law and the German taxpayer is an insufficient entitlement to hand down a judgment, which would affect the rest of Europe in unpredictable ways. The CJEU must realise that it has no mandate to give its blessing to the establishment of a technocratic regime, which destructs the constitutional accomplishments of post-war Europe in the European “periphery”. Would a refusal to do this have changed the course of events? It would have impressed neither the ECB, nor the governments. However, it would have protected the integrity of the law, and, who knows, incentivised democratic political processes. Back in 1905, Justice Oliver W. Holmes delivered his seminal dissent in the *Lochner* Case submitting:

“This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law”²⁸.

²⁷ This is not an established category. See J. LENOBLE, *Law and Undecidability: A New Vision of the Proceduralization of Law*, in *Cardozo Law Review*, vol. 17, 5/1996, 935-1004.

²⁸ *Lochner v. People of State of New York*, U.S. Supreme Court, 198 U.S. 45 (1905).

n. 2/2017

Europe's dilemma is that no such majority has been put in place; the failure of *Gauweiler* is to conceal that deficit and to replace democratic will formation by technocratic rule.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

AUGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ

Ni tótem ni fetiche

ABSTRACT - The “Catalan Independent Crisis” is a symbol of the structural crisis of the Spanish Constitutional order. By one side, the arguments against the independence lack of the substantial reference to popular will but on the other side the arguments in favor are contradictory when they try to find its legitimacy in the constitutional order they are challenging. The solution could be find in a “semantic conception” of the constitution, according to which only the popular vote can reestablish the political certainty.

KEYWORDS – Catalan Crisis, Independence, Referendum, Constitutional legitimacy

Ni tótem ni fetiche**

SOMMARIO: 1. *¿La Constitución como tótem?* - 2. *La Constitución come fetiche* - 3. *¿Qué hacer?*

1. *¿La Constitución como tótem?*

El Gobierno presidido por Mariano Rajoy ha articulado su oposición a la celebración del referéndum del 1 de Octubre (y a la eventual declaración de independencia subsiguiente a un voto mayoritariamente favorable a la misma) en torno a la inconstitucionalidad tanto de la Ley por la que se ha convocado el mismo como la de una eventual secesión de Catalunya a resultas de la misma. Así, se sostiene que la “Ley del referéndum de autodeterminación vinculante sobre la independencia de Cataluña”¹ es contraria al ordenamiento constitucional español dado que la misma infringe no sólo el artículo 2 de la Constitución Española (“la indisoluble unidad de la nación española), sino también la división de competencias entre Estado y Comunidad Autónoma, en la medida en la que el Parlamento catalán se arroga una competencia que no es suya, la de convocar un referéndum.² Por tales razones, la citada ley no puede derivar su validez ni

* Profesor Contratado Doctor Permanente a la Universidad de León, España.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ La versión en castellano de la ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum (sic) de autodeterminación, puede consultarse en el *Diari Oficial*, 6 de Septiembre de 2017, disponible en <http://portalogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/7449A/1633376.pdf>.

² De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deriva que sólo podría plantearse una consulta popular sobre tal cuestión en el marco de un proceso de reforma de la Constitución que alterase el contenido del Artículo 2. Ello implica que tal consulta debería ir precedida de un referéndum “nacional” sobre la citada reforma constitucional. Véanse Sentencias

del Estatut d'Autonomia, ni, aún menos, de la Constitución española. Rota la cadena de validez en el proceso de creación del derecho, la inconstitucionalidad de la citada ley acarrea la de todas las normas de rango inferior que la desarrollen, así como la de las decisiones y los actos de las autoridades públicas que se encaminen a hacerla efectiva.³

A primera vista, la línea argumental del Gobierno español parece impecable. Hay cuando menos tres razones por las que no lo es. En primer lugar, porque dado que lo que se pone en cuestión en Catalunya no es la validez de esta o aquella norma del ordenamiento constitucional español, sino la validez y legitimidad del mismo en su conjunto, no basta con poner de relieve la inconstitucionalidad de la ley por la que se convocó el referéndum y/o las acciones de las autoridades públicas catalanas para prepararlo. La fuerza de la constitución, en tales casos, no puede derivarse de argumentos exclusivamente jurídicos, por lo que el disenso se extiende a la validez del ordenamiento en su conjunto. En tales circunstancias, como Kelsen puso de relieve, es la eficacia la que termina determinando la validez del ordenamiento en su conjunto. En segundo lugar, limitarse a resaltar la inconstitucionalidad de las acciones a través de las que se pretende romper con una práctica de obediencia al ordenamiento jurídico en su conjunto

103/2008 (sobre el llamado Plan Ibarretxe), disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2008/10/10/pdfs/T00003-00014.pdf> y Sentencia 42/2014 (derecho a decidir) disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2014/04/10/pdfs/BOE-A-2014-3885.pdf>. Aunque el Gobierno no se ha manifestado de forma explícita al respecto, la negativa en redondo a considerar siquiera la eventualidad de una negociación sobre el referéndum, podría apuntar a la asunción de que una consulta tal no cabe ni en la Constitución vigente, ni en ninguna Constitución reformada de acuerdo con los procedimientos constitucionales vigentes. La indisolubilidad de España se habría convertido de este modo en parte de un núcleo intangible implícito de la Constitución Española.

³ En particular, la suspensión de la Ley por el Tribunal Constitucional, así como el recordatorio explícito a las autoridades catalanas de la obligación de “impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada”, se limitarían a hacer explícito lo que se deriva lógicamente de la manifiesta inconstitucionalidad de la Ley.

puede ser contraproducente, dado que el resultado puede ser la aceleración del proceso de erosión de la legitimidad del orden constitucional. La perspectiva sociológica abierta por el concepto de derecho defendido por H.L.A. Hart nos alerta sobre los límites del derecho, en los términos desarrollados por Neil MacCormick. Finalmente, la práctica constitucional de estos últimos diez años pone de relieve que la “crisis catalana” ahonda la latente crisis de legitimidad de la Constitución, lo que hace aún menos adecuado parapetarse tras el tótem de la constitución, en lugar de articular una defensa sustentada en las razones normativas de la Constitución.

1. Que la Ley del Referéndum (como muchas otras leyes anteriores con fines relacionados con el mismo) sean inconstitucionales *desde la perspectiva del ordenamiento constitucional español* es difícilmente discutible (aunque, como veremos en la segunda sección, haya quienes hayan sostenido que no sólo se reconocería el llamado “derecho a decidir” en el derecho internacional público, por lo que la apertura a la normativa internacional sobre derechos fundamentales que deriva del Artículo 10.2 de la Constitución implicaría que ese derecho debería reconocerse también en el ordenamiento español). El fondo constitucional del conflicto es la puesta en cuestión de la validez y la eficacia en Catalunya del ordenamiento constitucional español *en su conjunto*. En tales circunstancias, limitarse a poner de relieve que tales actos no tienen encaje en la Constitución de 1978 dista de ser suficiente. Los argumentos estrictamente jurídicos son necesarios, pero manifiestamente insuficientes en los supuestos límite en los que se pone en cuestión la legitimidad del orden constitucional en su conjunto por un grupo social numeroso, que puede llegar a ser mayoritario en una parte significativa del territorio del Estado. En tales circunstancias, los argumentos jurídicos se agotan en sí mismos. Quien defienda una concepción coherentemente positivista de la constitución y del derecho sólo puede limitarse a observar cómo evolucionan los acontecimientos, dado que en tales casos la validez no puede sino *depender* de la eficacia. Si el intento de establecer un nuevo orden constitucional fracasa, tendrá sentido hablar

(también y sobre todo desde una perspectiva jurídica) de un intento de subvertir el orden establecido. Pero si triunfa, no tendrá sentido tal caracterización *ni siquiera desde una perspectiva coherentemente positivista*. En los términos de Kelsen:

“[S]i la intentona fracasara a causa de que el orden nuevo resultara ser ineficaz por no adecuarse a él las conductas de los destinatarios de las normas, entonces su actuación no se podría interpretar como un acto constituyente, sino como un delito de alta traición [Pero si quienes pretenden subvertir el orden jurídico establecido] alcanzan el éxito, esto es, si expira el viejo orden y comienza a ser eficaz el nuevo debido a que la conducta real de los individuos (...) se adecúa a éste y no al anterior (...) entonces se comenzará a operar con el nuevo orden en su calidad de ordenamiento jurídico (...)”⁴

La adhesión a un concepto “puro” de legalidad permite al teórico del derecho evitar las “distracciones” que resultan de los argumentos políticos y metafísicos sobre el derecho. El precio de esa “libertad” es que los argumentos jurídicos, así purificados, no pueden ni sustentar la fundación de un ordenamiento jurídico, ni servir de escudo cuando su legitimidad (y validez) sea puesta en cuestión.

2. A ello se añade que argumentar desde una perspectiva angostamente jurídica, puede ser no sólo insuficiente, sino contraproducente cuando amplios grupos sociales ponen en cuestión la validez y autoridad de las normas jurídicas (como es el caso en Catalunya). Por qué ello es así podemos observarlo si consideramos el conflicto que nos ocupa desde la perspectiva de una concepción del derecho en buena medida afín, pero distinta, de la kelseniana, la propuesta por H.L.A Hart y desarrollada ulteriormente por Neil MacCormick.

Hart definió al derecho como la unión de normas primarias (de conducta) y normas secundarias (que regulan la producción de las normas primarias).

⁴ H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, primera edición, cito por la edición de Gregorio Robles, Trotta, Madrid, 1934, 86.

De entre las normas secundarias, la por él llamada norma de reconocimiento es la piedra angular sobre la que se edifica el ordenamiento como sistema, al determinar la validez de todas las restantes normas jurídicas. A diferencia de la norma fundamental kelseniana, la norma de reconocimiento hartiana tiene un carácter marcadamente sociológico. En los términos del propio Hart:

“Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y de adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que necesitan satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno ‘por su cuenta’ y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán realmente estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta, y reconocerán la obligación de obedecerlas, o incluso harán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y ajenas”⁵

El hábito de obediencia hacia el ordenamiento constitucional español de una buena parte de los ciudadanos muestra claros signos de quiebra. Los indicios son múltiples y reiterados en el tiempo. En tal sentido, el hecho de que más de dos millones de residentes en Catalunya acudiesen a votar el 1 de Octubre no permite determinar si existe o no una mayoría robusta a favor de la independencia, pero sí que el hábito de obediencia al ordenamiento constitucional español no pasa por sus mejores momentos, a la vista de que

⁵ H. L. A. HART, *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, 145.

tales ciudadanos (incluso quienes votaron en contra) no se mostraron receptivos ni a las condenas del gobierno, ni tampoco al uso de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad (en qué medida la falta de inteligencia política del gobierno español el 1 de Octubre ha contribuido a sembrar la semilla de un hábito de obediencia a otro ordenamiento constitucional es una cuestión que excede del ámbito de este trabajo). A ello se une que el hábito de obediencia de los “funcionarios” encargados de aplicar el derecho dista de ser robustísimo. Lo es, al menos por el momento, entre los jueces. Pero no entre las fuerzas de seguridad del estado. En este sentido, no ha de tenerse en cuenta tan sólo la actitud de las fuerzas regionales y locales (los Mossos d’Esquadra y las policías locales), sino también la de las propias fuerzas estatales, que si bien actuaron en aplicación de las órdenes judiciales, y siguieron de forma disciplinada las órdenes de sus mandos, han dado muestras de un amplio malestar.⁶

En tales circunstancias es conveniente tener presente los límites del derecho como medio de integración social, como nos recordó reiteradamente Neil MacCormick.⁷ Cuando la autoridad de un ordenamiento constitucional está en cuestión, parapetarse detrás de la legalidad formal, o pretender imponer la misma valiéndose de la coerción sustentada en el derecho, dista de ser la estrategia más idónea para reestablecer la autoridad del ordenamiento. Antes al contrario, se corre el riesgo de agotar rápidamente las reservas de legitimidad democrática. De que el derecho, desnudo de legitimidad, quede reducido a pura fuerza.

⁶ ‘La Policía Nacional se aloja en Barcelona en un barco adornado con Piolín y Silvestre’, *El País*, 22 de Septiembre de 2017; ‘Sindicatos de Policía: Si Rajoy o Zoido no actúan ya, que dimitan’, *La Vanguardia*, 3 de Octubre de 2017.

⁷ Véase sobre el particular L. C. Blichner, *Juridification from Below: The Dynamics of MacCormick’s Institutional Theory of Law*, in J. E. Fossum – A. J. Menéndez (eds.), *Law and Democracy in Neil MacCormick’s Legal and Political Theory*, Springer, Dordrecht, 2010, 27-53.

3. A ello se une que la posibilidad de defender la validez del ordenamiento constitucional sobre la base de argumentos “puramente legales” ha sido profundamente socavada por la práctica constitucional reciente. La solidez de la apelación a la integridad constitucional hubiese exigido rechazar contundentemente la forma (y a mi juicio, el contenido) de la llamada “reforma exprés” del artículo 135 de la Constitución Española. Mal se explica que se rasguen las vestiduras constitucionales quienes aplaudieron o miraron para el otro lado cuando la constitución se modificó “in a fit of absent-mindedness”, en “dos tardes” del mes de agosto, mediante un procedimiento cuya idoneidad es quizás discutible incluso si se tratase de aprobar un decreto ministerial de cierta enjundia y trascendencia, y con mayor razón, una ley ordinaria.⁸ De igual forma, el uso del decreto ley en las legislaturas que comenzaron en 2008 y en 2011 es difícilmente compatible con el respeto del principio de legalidad.⁹ La proliferación de argumentos alambicados y barrocos es quizá demostrativo de que quienes se erigen en adalides del Estado de Derecho no pasan de leguleyos, y nos condenan a un Estado leguleyo (cosa bien distinta, sino antitética, del Estado de Derecho)¹⁰. A un Derecho que de tal sólo tiene la cáscara, pero no el contenido.

⁸ Reforma exprés que contribuyó además, lo que es muy relevante al discutir la cuestión catalana, a la ruptura del “pacto constituyente”, al dejarse a la entonces CiU fuera de las negociaciones para la redacción del nuevo texto del 135 CE. Qué consecuencias constitucionales se derivaban lo puso de relieve Duran i Lleida, de quien es difícil sospechar fervor independentista alguno: “Nos produce escalofríos (...) pensar que pueda dar igual a algunas fuerzas políticas que Convergència i Unió, que intervino en la Constitución, pueda sentirse no identificada con la misma”, Diario de Sesiones, 30 de Agosto de 2011, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_269.PDF, pág.7, segunda columna.

⁹ M. ARAGÓN REYES, *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.

¹⁰ F. RUBIO LLORENTE, ‘Una impugnación equivocada’, *El País*, 8 de Noviembre de 2003, https://elpais.com/diario/2003/11/08/opinion/1068246007_850215.html.

Dejando de lado de nuevo las valoraciones políticas, lo que todo ello pone de relieve es que la “cuestión catalana” es no sólo un conflicto con unas características y dinámicas propias, sino también un síntoma de una crisis estructural del sistema político y constitucional español.¹¹ Crisis que es en parte la inevitable consecuencia de una actitud reverencial hacia la Constitución (típica de las democracias jóvenes, máxime si moderadamente exitosas) que obstaculizó durante años su reforma, pero también en buena parte fruto de la mutación constitucional experimentada por la propia Unión Europea.¹² Esta crisis hubiese acabado manifestándose con independencia de la cuestión catalana. Tiempo y ocasiones hubo para reformar la Constitución.¹³ Quienes se negaron a ello son responsables materiales de que la fuerza de la Constitución, y de los argumentos derivados de la misma, sean crecientemente limitados.

2. *La Constitución como fetiche*

Los argumentos en los que el gobierno de la Generalitat, y la mayoría parlamentaria que lo respalda, sustentan la legitimidad de la ley de Referéndum son esencialmente dos. Según el primero, más ornamental que sustantivo, la apertura a la normativa internacional en materia de protección de derechos humanos contenida en el Artículo 10.2 implicaría que el llamado “derecho a decidir” sería parte del ordenamiento constitucional español. El segundo y fundamental parte de la constatación de que las elecciones autonómicas de 2015 habrían constituido un momento

¹¹ J. PÉREZ ROYO, *La reforma constitucional inviable*, Catarata, Madrid, 2015.

¹² Remito a: *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 14/2013, 453-256; y ‘A European Union in Constitutional Mutation’, in *European Law Journal*, 21/2014, 127-141.

¹³ F. RUBIO LLORENTE (ed.) *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

de ruptura constitucional. El resultado de las mismas implicaría un mandato a la nueva mayoría para—en los términos del preámbulo de la ley de referéndum—“culminar el proceso [de secesión del Estado Español] con la convocatoria del referéndum de autodeterminación”, un proceso en el que “confluyen la legitimidad histórica y la tradición jurídica e institucional del pueblo catalán –solo interrumpida a lo largo de los siglos por la fuerza de las armas”.

El primer argumento no sólo es manifiestamente endeble (tanto en lo que concierne al perfil concreto del llamado “derecho a decidir” en derecho internacional, como a la interpretación del Artículo 10.2 CE) sino, y esto es decisivo, escasamente coherente con el segundo. Si la ley de referéndum comporta “un acto de soberanía”, o lo que es lo mismo, un acto de ruptura con el ordenamiento constitucional español, no tiene mucho sentido (jurídico o constitucional) que los redactores de la misma hayan dedicado su esfuerzo a explicar cuál sea el contenido del derecho constitucional español.

Mediante el segundo argumento, el “derecho a decidir” se convierte en el perno normativo sobre el que se construye un nuevo ordenamiento, un ordenamiento radicalmente independiente, soberano, del ordenamiento español. Pero si se rompe con la Constitución Española en nombre de la soberanía democrática, esa ruptura no puede implicar una ruptura con el ideal regulador de Estado Democrático y Social de Derecho, sino que, antes al contrario, la legitimidad de la ruptura depende de forma determinante de que el que se pretende nuevo centro de poder ejerza el mismo de acuerdo con la gramática propia de la democracia. O dicho de otro modo, el Parlamento catalán puede pretender que la ley de referéndum anticipa una ruptura que hace absurdo enjuiciar la propia ley mediante referencia a la Constitución Española, pero no puede simultáneamente escapar al control normativo del ideal de Estado Democrático y Social de Derecho. Desde esta última perspectiva, y no sólo desde la perspectiva de la constitución española, la ley de referéndum es un cúmulo de despropósitos. Sería irónico,

si no fuese trágico, que el procedimiento de aprobación de la misma reprodujera en buena medida el propio de la “reforma constitucional exprés” del artículo 135 CE. Lo dicho respecto a la misma es aquí también aplicable. A ello se une, como ha sido ya puesto de relieve, que es escasamente juicioso considerar que la mayoría simple de los votos emitidos sea suficiente para declarar la independencia (Artículo 4.4 de la ley), que el voto se produzca menos de un mes después de la aprobación de la ley (Artículo 9.1 de la ley) y que la estructura institucional de organización y de garantías del voto deba constituirse, en buena medida, crearse en ese reducidísimo plazo de tiempo. Reproduce también los peores hábitos del legislador estatal el hecho de que la ley prevea su entrada en vigor inmediata. De la colosal improvisación da cuenta que el paso previo a una ruptura constitucional se dé declarando que seguirán vigentes por el momento, y en su integridad, el conjunto de las normas que lo eran hasta entonces, incluidas las normas fundamentales del derecho de la Unión Europea y la propia Constitución Española. A ello se une el carácter impresionista e improvisado con el que el Gobierno catalán ha desarrollado y aplicado la Ley. Me interesa ahora destacar como tras ello subyace una concepción absolutamente semántica de la constitución, no ya española, sino catalana *in fieri*. De este modo, si la argumentación del Gobierno español se parapeta tras la constitución como tótem, el gobierno catalán hace de la constitución un mero fetiche.

3. ¿Qué hacer?

Con independencia de la idoneidad en abstracto de un referéndum pactado, llegados a este punto sólo una consulta popular puede dar paso a un marco político estable en España (y en Catalunya).¹⁴ Y ello porque la cadena de

¹⁴ F. RUBIO LLORENTE, “Un referéndum para Cataluña”, *El País*, 8 de Octubre de 2012, https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html.

n. 2/2017

decisiones y no decisiones de los últimos años ha generado dinámicas de división y de conflicto que no pueden superarse de otro modo. Sin la claridad que se deriva del referéndum, la espada de Damocles de la ilegitimidad radical penderá sobre la solución que se dé al conflicto, sea cual sea la misma. El peligro para la estabilidad política derivaría de que no habiéndose celebrado el referéndum, no podría establecerse a ciencia cierta de qué lado está la mayoría, lo que haría plausible que todos reclamasen representarla. Si los líderes políticos nacionales y regionales pactasen una reforma amplia del Estatut, los descontentos atacarían el acuerdo en nombre del carácter presuntamente mayoritario de quienes hubiesen favorecido la independencia de Catalunya; al tiempo que se alzarían muchas voces que denunciarían lo acordado como una rendición a una presunta minoría independentista. SI por el contrario se acordase la independencia de Catalunya, o la misma se impusiese de forma unilateral, habría quien, en ambos estados, esgrimiese la existencia de una presunta mayoría en contra de la misma. En tales circunstancias, ambas partes podrían sostener, con un mínimo de plausibilidad, que la razón está de su parte, y que lo acordado es una solución espúrea, que “traiciona” la “genuina” voluntad de los ciudadanos. En tales circunstancias, sólo el voto de los ciudadanos puede restablecer la certidumbre política cortando el nudo gordiano de la incertidumbre. El referéndum puede y debe ser la ocasión para sacar la discusión del binario en los que hemos permitido caiga con una larga serie de decisiones, y sobre todo, de no decisiones y omisiones.

Para ello, es necesario que tomemos conciencia de que la crisis catalana es sólo el más agudo de los síntomas de la crisis de la constitución (y por ende) del Estado español. Y que tanto la articulación territorial del Estado (ique no es tan sólo un problema catalán o vasco!), como la integración social y económica (a la vista de que hace años que las políticas públicas, lejos de remover los obstáculos que se impiden o dificultan la plenitud de la libertad y la igualdad entre ciudadanos, los fomentan), como la articulación de las relaciones entre España y la Unión Europea requieren una reforma en

profundidad de la Constitución. Es tiempo de que los ciudadanos se (re)apropien de a misma, tras discutirla y tomar conciencia tanto de sus límites como de sus logros. Ni tótem ni fetiche, sino constitución democrática, y por tanto, viva.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

COSTANZA MARGIOTTA

Sulla (im)possibilità della secessione. Per una legalità «liminale»

ABSTRACT - This essay investigates three open-ended questions related to secession. The first is the secession-self-determination of peoples relation: the a. goes again through the frequent error of seeing the two terms (concepts and rights) as synonymous. The second question relates to the current «success» of the well known theories of secession: the so-called *Choice theories of secession*. After having discussed the reasons of this «new type of secessionism», the a. exemplifies how from the international perspective secession can be considered as an «ultimate right» and that, if one can talk of a thing such as legality when referring to secession, it can be done only in the sense of a liminal legality: a legality that reside in the border area between the internal and the international legal order.

KEYWORDS – secession, self-determination, choice theories of secession, legality.



COSTANZA MARGIOTTA*

**Sulla (im)possibilità della secessione. Per una legalità
«liminale»****

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La confusione concettuale - 3. Un secessionismo di tipo nuovo: la teoria democratica della secessione - 4. La questione della legalità - 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Appare opportuno premettere che in questo contributo verranno affrontate una serie di questioni in materia di secessione che rimangono ancora aperte, lasciando alle conclusioni il collegamento tra i diversi aspetti affrontati.

In primo luogo mi soffermerò, ancora una volta, sulla distinzione tra diritto di autodeterminazione dei popoli (a volte presentato di nuovo come principio¹) e c.d. «diritto» a secedere. Nonostante tutti gli sforzi volti a dimostrare l'errore della sovrapposizione tra i due diritti, la confusione è sempre presente. Sebbene tale errore non riguardi più i leader dei movimenti secessionisti, che ormai hanno appreso il linguaggio corretto da usare per mobilitare le minoranze a favore dell'indipendenza, esso è ancora frequente in dottrina.

Affronterò, quindi, il successo attuale di una teoria della secessione che risale a più di vent'anni fa: la c.d. *Choice Theory of Secession*. La teoria democratica della secessione non aprì, in quel periodo, nessun

* Professore associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di scienze politiche, giuridiche e studi internazionali dell'Università degli studi di Padova.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ In proposito J. KLABBERS, *The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law*, in *Human Rights. Quarterly*, 1/2006, 186-206.

significativo dibattito, mentre oggi si discute largamente sulla possibilità, per un gruppo territorialmente concentrato, di scegliere «democraticamente» l'indipendenza. Il dibattito non prese avvio negli anni Novanta nonostante uno dei più famosi «avvisi» di quegli anni, quello della Corte Suprema del Canada, avesse prospettato la possibilità che un voto di una netta maggioranza in favore della secessione «obbligasse» lo Stato da cui si intendeva secedere a negoziare il relativo procedimento. Successivamente, affronterò la questione della «legalità» della secessione. Si tratterà di capire, in altri termini, di quale legalità si parli quando si parla di secessione «legale».

2. La confusione concettuale

Anche di recente si è scritto che le corti apicali, nazionali e internazionali, avrebbero separato l'autodeterminazione dal suo gemello siamese, la secessione²: non è che un esempio della diffusa confusione concettuale e normativa tra i due «gemelli» presente nella letteratura in materia. Da questa confusione nascono molti degli errori («giuridici» e «concettuali») che accompagnano da anni il dibattito sulla legittimità dell'indipendenza da uno Stato sovrano di gruppi territorialmente concentrati.

Più di un autore ritiene che il diritto all'autodeterminazione possa comprendere il diritto a una certa forma di secessione (la c.d. secessione rimedio), oppure che il diritto all'autodeterminazione nella fase postcoloniale non può che significare diritto di secessione o, ancora, che la secessione non sarebbe altro che l'autodeterminazione nella sua dimensione esterna. La letteratura giuridica, infatti, non ha mai adottato una volta per tutte la distinzione fra secessione e autodeterminazione. Un primo luogo comune le vorrebbe *storicamente* correlate, un secondo vorrebbe la prima contenuta *logicamente* nella seconda.

² *Ivi*, 206.

Per quanto riguarda il *primo* luogo comune, va segnalato che, anche se le due nozioni non fossero separabili storicamente – secessione e autodeterminazione sono state, infatti, *overlapping concepts* in alcuni determinati momenti della loro storia concettuale –, ciò non autorizza a considerarle sovrapponibili. A proposito del *secondo* luogo comune, si può immediatamente chiarire che autodeterminazione non implica secessione. Si può pretendere, esercitare ovvero vedersi riconosciuto il diritto all'autodeterminazione dei popoli senza che ciò comporti necessariamente un diritto alla secessione, e, meno che mai, un riconoscimento di esso come conseguenza dell'autodeterminazione.

A differenza della letteratura specialistica³ i leader dei movimenti secessionisti hanno, invece, smesso di usare il linguaggio «nobile» dell'autodeterminazione dei popoli⁴ e si sono decisi a usare il concetto «demonizzato» di secessione. Più di dieci anni fa, io stessa avevo invitato i movimenti «a dare a Cesare quel che è di Cesare», ovvero a esprimersi nei termini della secessione se il loro obiettivo era quello di ottenere l'indipendenza dallo Stato di cui facevano parte, a costo di non avere un fondamento giuridico delle loro rivendicazioni. Era ancora «consuetudine», infatti, esprimersi, tra i movimenti indipendentisti come quelli catalani, corsi, baschi, sardi o scozzesi, in termini di autodeterminazione dei popoli. Il fatto che tali movimenti non ebbero per anni il successo sperato potrebbe spiegare la «svolta linguistica» che ha portato i medesimi a esprimersi in termini di «separazione». È molto probabile che anche l'opinione della Corte suprema del Canada abbia positivamente inciso su tale svolta: in quell'occasione la Corte affermò che l'eventuale distacco del Québec non avrebbe potuto in alcun modo essere considerato autodeterminazione, ma solo secessione. Essa, infatti, ribadì

³ E, anche, a differenza di quanto scrivevo più di dieci anni fa in C. MARGIOTTA, *L'ultimo diritto: profili storici e teorici della secessione*, Bologna, Il Mulino, 2005.

⁴ L'autodeterminazione ha sempre goduto, invece, di una ottima reputazione nel pensiero giuridico e politico, cfr. in proposito C. MARGIOTTA, *L'ultimo diritto*, cit., cap. IV.

che l'autodeterminazione opera, essenzialmente, nei tre seguenti casi: dominio coloniale; soggezione di un popolo «to alien subjugation, domination or exploitation» e, «possibly», nel caso in cui «a people is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part»⁵. In negativo, potrebbero aver inciso anche le opinioni della Commissione Badinter relative alla c.d. «dissoluzione» dell'ex-Jugoslavia. I pareri della Commissione, avendo confuso secessione e autodeterminazione, hanno prodotto effetti geopolitici perversi: lo sta a dimostrare la situazione del Kosovo, primo territorio facente parte dell'ex Repubblica socialista di Jugoslavia ad aver preteso di separarsi, che sta ancora aspettando il riconoscimento internazionale dell'indipendenza, mentre la dichiarazione di «dissoluzione» della Repubblica ha permesso alla Commissione stessa di «scegliere» a quali soggetti, fra quelli che chiedevano di secedere, riconoscere l'indipendenza⁶.

L'invito rivolto ai leader dei movimenti ad usare il linguaggio separatista quando l'intenzione fosse quella di secedere, era il frutto della consapevolezza che fosse necessario decostruire il nesso solitamente istituito fra autodeterminazione e secessione: si era infatti determinata una equivoca sovrapposizione fra un concetto (l'autodeterminazione) che aveva sempre avuto connotazioni immediatamente positive e un altro (la secessione) che - almeno dal momento in cui aveva assunto significato politico, da quando, cioè, il concetto aveva subito una demonizzazione - aveva spesso e immediatamente suscitato reazioni negative.

La ricostruzione storico-concettuale delle diverse azioni indicate dalla parola secessione mette in luce come sia possibile dare una definizione univoca di tali azioni in quanto tutte si riferiscono pur sempre alla separazione di qualcuno/qualcosa da qualcuno/qualcosa: riferimento che

⁵ Corte Suprema del Canada, *Reference Re Secession of Quebec*, 1998, 2 S.C.R. 217.

⁶ Basandola erroneamente sul principio di autodeterminazione Per un'analisi accurata delle «storture» della Commissione Badinter mi permetto di rinviare al mio C. Margiotta, *L'ultimo diritto*, cit., 194 ss.

invece non si attaglia al concetto di autodeterminazione non definibile in termini di separazione. Quando l'autodeterminazione è stata codificata nell'ordinamento internazionale, l'orientamento è stato quello di non mettere in discussione l'assolutezza del principio di integrità territoriale degli Stati, a differenza della secessione che comporta la rottura dell'integrità territoriale degli Stati. L'autodeterminazione non riguarda, infatti, il contenitore, ma i contenuti dell'azione politica e si sviluppa all'interno dei confini esistenti: il suo oggetto, a differenza della secessione, non sono i confini, ma la pretesa di «poter scegliere da chi essere governati e di non far dipendere il governo da una volontà diversa da quella dei governati su un territorio dato». Non a caso quando il diritto di autodeterminazione dei popoli venne riconosciuto nel diritto internazionale e poi applicato nella fase della decolonizzazione, si decise che per «popolo» si intendessero le popolazioni collocate all'interno delle frontiere fissate dalle ex potenze coloniali. I popoli vennero, quindi, identificati con l'intera popolazione stanziata (e stanziale) su una realtà geopolitica preesistente: si disse, infatti, che fosse il territorio a definire il destino dei popoli più che i popoli a definire la sorte dei loro territori. Esattamente il contrario di quanto avviene con la secessione, la cui stretta connessione con i confini costituisce una delle discriminanti principali, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, del rapporto con l'autodeterminazione. L'autodeterminazione non ha, invece, mai mutato i confini preesistenti all'esercizio del relativo diritto.

Va ribadito che spesso i movimenti secessionisti hanno fatto ricorso al principio di autodeterminazione dei popoli per ottenere facilmente una copertura giuridica e per legittimare la secessione a livello internazionale, trovando nella prima il fondamento della seconda: anche se il principio di autodeterminazione è stato sempre applicato in modo da non ricomprendere la secessione, ragione per cui tali movimenti non hanno mai trovato appoggio nella comunità internazionale. Il riconoscimento del diritto dei popoli a autodeterminarsi, ottenuto già con la Carta ONU, è

stato, infatti, accompagnato dalla clausola dell'intangibilità delle frontiere e dell'integrità territoriale. I popoli a cui, nel processo di decolonizzazione, venne riconosciuto tale diritto avevano, infatti, come obbligo quello di non modificare le frontiere ereditate dal regime coloniale. Ad individuare e circoscrivere il soggetto autorizzato a autodeterminarsi sono stati, pertanto, i confini e il territorio: i popoli sono stati, infatti, definiti dall'ordinamento internazionale in base alla loro collocazione geografica.

Presupposto dell'applicazione del diritto all'autodeterminazione nel contesto della decolonizzazione fu che stato (e nazione), popolo (e nazione) fossero entità concettuali non separabili, è ovvio che fra stato e popolo rimane sempre uno spazio che impedisce l'affermazione della reciproca identità: a dimostrazione di questo sta proprio la secessione, o meglio le molte richieste di separarsi, numerose proprio al termine del processo di decolonizzazione. A dimostrazione, cioè, che resta sempre uno spazio fra popolo, come progetto animato da una dinamica di libertà, e nazione, come comunità ascrivibilmente definita. Proprio la secessione dimostra che stato e popolo non sono un tutto unico identitario e la medesima, se propriamente distinta dall'autodeterminazione, è un ottimo angolo visuale per guardare ai limiti dello Stato-nazione e per mettere in discussione la piena affermazione della reciproca identità fra Stato e popolo-nazione. Il tentativo di rompere l'unità del popolo-nazione, insito nella secessione, mette in luce ciò che è sempre dato per presupposto: l'identificazione all'interno di un dato territorio di nazione, popolo, stato.

Dall'analisi del principio di autodeterminazione risulta un elemento di staticità che impedisce l'emergere di strumenti giuridici idonei a superare la «fissità» dei confini: non a caso gli stessi internazionalisti hanno difficoltà a prospettare una norma che legittimi la secessione. La secessione territoriale, sintomo di tensione e forma di dislocazione dei confini, si presenta, invece, come elemento di dinamicità che impone la tematizzazione della intangibilità dei confini all'interno dei quali si presuppone identità fra popolo e nazione. La secessione, infatti, vorrebbe

separare l'unità «popolo» appellandosi alle diversità nazionali: non a caso i secessionisti pretendono il riconoscimento del diritto di «scegliere con chi vivere» su un territorio sul quale rivendicano la sovranità.

Va, comunque, ricordato che solo separando i concetti è possibile porre il problema dell'esistenza, nell'ordinamento internazionale, di un diritto di secessione e capire perché la comunità internazionale sia tanto restia a riconoscere tale diritto, che rischia di mettere in discussione quella stabilità e conservazione (anche dei confini) su cui la comunità internazionale ha posto le proprie fondamenta. La secessione, infatti, a differenza del diritto di autodeterminazione dei popoli, che è norma cogente di diritto internazionale, non è mai stata riconosciuta in tale ordinamento e resta un fatto non giuridico, sebbene normativo, in quanto produttivo di diritto e di effetti specifici. Non è quindi appropriato parlare dei movimenti secessionisti come possibili titolari del diritto all'autodeterminazione, perché tali non sono considerati dal diritto e dalla comunità internazionale: nel caso in cui si decidesse di riconoscere un diritto a secedere nell'ordinamento internazionale esso non dovrebbe fare alcun riferimento all'autodeterminazione, dal momento che quest'ultima non ha mai previsto la definizione dei confini.

3. Un secessionismo di tipo nuovo: la teoria democratica della secessione

Sebbene la moltiplicazione degli Stati-nazione non possa rallegrare, non si può neanche fare dell'unità nazionale un idolo da difendere a qualsiasi costo⁷. È utile, pertanto, ricostruire la giustificazione che i nuovi leader dei movimenti secessionisti hanno individuato per legittimare agli occhi del mondo una separazione dallo Stato di origine e quale sia, tra le teorie della secessione, quella più idonea per comprendere l'attuale fase del relativo

⁷ M. BASCETTA, *L'Europa e i paradossi dell'indipendenza*, in *Il Manifesto*, 23 settembre 2017.

fenomeno. È noto che tra gli approcci teorici alla secessione tre risultano più rilevanti: *National self-determination theories of Secession*, che giustificano tutte le forme di secessione in termini di autodeterminazione dei popoli-nazione; le *Choice Theories of Secession*, che applicano i principi della democrazia e della libertà alla definizione dei confini, e le *Just-Cause theories of Secession* che vedono nella secessione una forma di riparazione di ingiustizie.

È la fine dell'uso del linguaggio riconducibile al principio di autodeterminazione nazionale da parte dei leader dei movimenti secessionisti a segnare il declino delle *National self-determination theories of Secession* e la nuova fortuna delle teorie democratiche. È stato osservato, in proposito, come la nuova e più recente ascesa di un movimento indipendentista come quello catalano – ma lo stesso discorso può valere per la Scozia o il Québec⁸ – non possa più essere semplicemente ricondotta alla sola propensione verso il nazionalismo neo-conservatore, quanto, piuttosto, sia da ascrivere a un nuovo slancio per la democrazia ben esemplificato dallo slogan «diritto di decidere» che ha segnato l'indipendentismo catalano, e non solo⁹. Sebbene anche questo caso possa

⁸ P. A. KRAUS, J. VERGÉS GIFRA, *Introduction*, in PETER A. KRAUS & JOAN VERGÉS Gifra (eds.), *The Catalan Process. Sovereignty, Self-Determination and Democracy in the 21st Century*, Col·lecció Institut d'Estudis de l'Autogovern, p. 20: «The most characteristic feature of this new secessionism is the goal of “correcting «the shape of a given state unit by democratic means. In this respect, Catalonia has obvious commonalities with Quebec and Scotland. We do not argue that [ethno-nationalist] motives are completely absent in Catalonia today, but we want to highlight that they clearly play a secondary role in comparison with the *civic* demands to find a democratic solution to the Catalan question».

⁹ J. LÓPEZ, *The Right to Decide: a Right of the 21st Century*, in PETER A. KRAUS & JOAN VERGÉS GIFRA (eds.), *op.cit.*, p. 135: «The right to decide, as a new political framework, did not appear for the first time in Catalonia. It was first expressed in 2005 by the President of the Basque autonomous community at that time, Juan José Ibarretxe, as a concept linked to a proposal for a new relationship between the Spanish state and the Basque autonomous community. Within this context, however, it did not intend to

essere ricondotto, com'è stato osservato, alla «famiglia di problemi che si agita sotto l'equivoca etichetta del populismo»¹⁰, è comunque opportuno notare che - nonostante la propaganda spagnola tenda a mostrare all'esterno solo il lato del nazionalismo etnico espresso in forme populiste e reazionarie - gli argomenti democratici hanno giocato un ruolo centrale nel formare una cornice di riferimento al movimento separatista, che infatti è riuscito a tenere insieme anche anime molto diverse, dai gruppi femministi a quelli antinazionalisti e a gruppi di estrema sinistra (si veda la *Plataforma pel dret a decidir*)¹¹. Non va dimenticato, però, che il c.d. populismo catalano è uno dei tanti esempi di quelle risposte alla crisi economica che hanno assunto la forma del desiderio di dare fine alla solidarietà finanziaria all'interno di uno Stato. Sotto le vesti della rivendicazione della diversità culturale e linguistica, l'indipendentismo catalano di oggi sembrerebbe nascondere, per alcuni, ragioni squisitamente economiche¹².

Sia per le ragioni economiche sia per la recente tendenza a evidenziare il

present any difference from the concept of the right to self-determination. It has also appeared in Quebec and Scotland, but with little political and media relevance».

¹⁰ M. BARBERIS, *L'Incredibile e triste storia della candida Catalogna e della sua Spagna snaturata*, in *Governare la paura*, 2017, <https://governarelapaura.unibo.it/article/view/7512/7229>, 13.

¹¹ J. LÓPEZ, op. cit., p. 26, ha sostenuto che il «right to decide» è «an expression that has had a pivotal role in the mobilizations and ideology that characterize the Catalan process» e P.A. KRAUS, *Democratizing Sovereignty: the Catalan "Process" in a Theoretical Perspective*, in PETER A. KRAUS & JOAN VERGÉS GIFRA (eds.), op. cit., pp. 99 ss., p. ha affermato «that the traditional vocabulary of nationalism studies has clear limits when it comes to finding an appropriate way to analyze the Catalan process».

¹² È da notare che fra le principali cause dell'interruzione del processo di federalizzazione dell'Unione Europea c'è proprio la mancata europeizzazione della *solidarietà finanziaria* fra gli Stati membri dell'Unione Europea, in proposito C. Margiotta, *Perché la secessione fa paura?*

Un aggiornamento su "l'ultimo diritto", in *Governare la paura*, 2017, <https://governarelapaura.unibo.it/article/view/7514/7231>, 44.

carattere democratico delle rivendicazioni separatiste, le tesi dei teorici dell'autodeterminazione nazionale come secessione, non sembrano più offrire argomenti strategici agli attuali movimenti separatisti¹³. Per esibire la «faccia nobile» del secessionismo non sembrano più, da sole, utili le seguenti giustificazioni: l'enfasi sulla comunità come gruppo identitario definito e unico, con caratteristiche ascrivite conservate nonostante la costrizione all'interno di confini in cui la nazione e lo Stato non coincidono, l'esaltazione della connessione storica del gruppo a un territorio (la concezione essenzialista della legittima proprietà del territorio) e quella della necessità di costituire un proprio Stato come unica possibilità per «salvaguardare» le culture nazionali

La questione dei criteri che definiscono l'appartenenza al gruppo destinato a votare nel referendum per l'indipendenza e poi a far parte del nuovo Stato, non possono più, ad esempio, essere ridotti esclusivamente alle caratteristiche ascrivite che farebbero di una semplice collettività una nazione, come affermato dai sostenitori dell'autodeterminazione secessionista; né è possibile, dopo decenni di retorica globalista, pensare le comunità culturalmente omogenee come oggettivamente date o trattare le nazioni come categorie fisse, ignorando «la fluidità e l'ambiguità che sorge dai matrimoni misti, dal bilinguismo, dalle migrazioni, dall'assimilazione intergenerazionale»¹⁴. Difficile anche sostenere che, alla luce di

¹³ I. SERRANO, *Normative Views in Practice: the Political Discourse on Secession in Catalonia 2003-2015*, in PETER A. KRAUS & JOAN VERGÉS GIFRA (eds.), *op. cit.*, 153, «Exploring the analytical possibilities of arguments discussed by normative theories of secession, the basic feature of contemporary Catalan nationalist discourse could be summarized as a shift from cultural and national preservation arguments to the legitimacy of a unilateral definition of the institutional status of Catalonia, articulated as a response to the perception of failure of accommodation within the state and Europe and as a rational means of improving welfare policies and economic performance».

¹⁴ R. BRUBAKER, *Myths and Misconceptions in the Study of Nationalism*, in M. MOORE (a cura di), *National Self-Determination and Secession*, Oxford University Press, Oxford, 233 ss., 256. Eppure è stato osservato (PETER A. KRAUS, JOAN VERGÉS GIFRA, *Introduction*, *op. cit.*, p. 21) che «The recent rise of a new secessionism in Western Europe suggests that

determinati eventi, il nazionalismo sia condizione necessaria per la democrazia e che l'identità nazionale condivisa aiuterebbe a supportare la giustizia distributiva.

Una cultura comune, una storia comune, una lingua comune, il senso della propria differenza da altri gruppi o persone, l'attaccamento al medesimo luogo geografico, che sembravano sufficienti agli occhi dei separatisti per rivendicare la secessione, pur rimanendo aspetti nevralgici delle rivendicazioni secessioniste, appaiono oggi più annacquati in contesti come quello dell'Unione Europea: se è probabile, come sostenne negli anni Novanta Milward¹⁵, che l'Unione Europea si era dimostrata capace di «salvare» gli Stati-nazione più che di realizzare una nuova «entità» o «unità» politica, è altrettanto probabile, però, che essa avesse «attutito» i nazionalismi indipendentisti grazie alla strategia della c.d. Europa delle regioni o dei popoli. Anche l'idea che lo Stato non sia più l'unica possibile forma per misurarsi politicamente e giuridicamente con lo spazio e che esso non sia più la sola forma di organizzazione politica esistente, dalla modernità sino agli esordi dell'Unione Europea, potrebbe aver dato l'illusione che la statualità non sia più da considerare, come sostennero i teorici dell'autodeterminazione secessionista, una panacea, capace di favorire l'autodeterminazione nazionale ovunque possibile.

In ogni caso, per i teorici dell'autodeterminazione separatista come per i sostenitori delle teorie democratiche, la secessione dovrebbe essere una questione di scelta e non semplicemente la risposta alle ingiustizie, come invece volevano le c.d. *Just-Cause theories of Secession*, che in questa fase, quanto meno nel quadro europeo, non possono ricevere grande attenzione da parte dei leader secessionisti dal momento che esse prevedono la secessione come «ultimo rimedio» in caso di gravi ingiustizie, quali l'esclusione di una popolazione dalla rappresentanza, la sospensione

the dynamic of globalization and transnational integration fuels rather than obstructs aspirations to alter political borders drawn in pre-democratic times».

¹⁵ A. MILWARD, *The European Rescue of the Nation States*, Routledge, London, 1992.

dell'autonomia o la violazione dei diritti umani. Certo la secessione «ultimo rimedio» sarebbe, per alcuni autori, l'unica cui l'ordinamento internazionale riconoscerebbe legittimità. Mentre c'è chi ha sostenuto che alcune mosse del governo spagnolo, successive al referendum di ottobre, potrebbero spostare l'ago della bilancia in favore della Catalogna, facendo rientrare il suo caso fra le possibili secessioni «rimedio alle ingiustizie». Se prima del referendum di ottobre – anche nel caso in cui un «remedial right to secession» fosse stato riconosciuto dal diritto internazionale –, la Catalogna non sarebbe mai rientrata in tale fattispecie – e, quindi, sarebbe rimasta in quell'area di neutralità in cui il diritto internazionale colloca le secessioni – dopo il suo espletamento le cose, secondo alcuni, sono cambiate e potrebbero ancora cambiare dopo le elezioni del 21 dicembre, perché la sospensione dell'autonomia catalana da parte del governo centrale potrebbe aumentare il «livello di legittimità» della richiesta di indipendenza.

Sono gli argomenti democratici quelli che oggi sembrano, comunque, offrire maggiore fondamento alla propaganda indipendentista di molti movimenti separatisti in Europa¹⁶. Quello democratico sembra il quadro più allettante per questi movimenti: in particolare, contro lo stigma anti-liberale che spesso viene attribuito ai separatismi e che accompagna i discorsi dei loro leader, ma anche quelli dei teorici del nazionalismo etnico, i nuovi leader tendono a valorizzare le «qualità» del diritto di voto e della libertà collettiva dei membri di un gruppo territorialmente concentrato. Argomenti che si basano sul diritto astratto di un determinato

¹⁶ J. LÓPEZ, *The Right to Decide: a Right of the 21st Century*, op. cit., p.135, «The right to decide, as a new political framework, did not appear for the first time in Catalonia. It was first expressed in 2005 by the President of the Basque autonomous community at that time, Juan José Ibarretxe, as a concept linked to a proposal for a new relationship between the Spanish state and the Basque autonomous community. Within this context, however, it did not intend to present any difference from the concept of the right to self-determination. It has also appeared in Quebec and Scotland, but with little political and media relevance».

demos di scegliere il proprio futuro politico: «this is because the question of democracy is inextricably linked to the question of the *demos*, to the question of which collectivity is legitimately entitled to rule itself»¹⁷. La richiesta è quella di essere liberi di esprimere la propria volontà politica in quanto *demos*. Il che significa anche che, in teoria, non è necessario che, a pretendere di secedere, sia una «nazione» o comunque una comunità che tale si definisca e che solo grazie alla volontà di un gruppo di persone di esprimersi politicamente sul proprio futuro politico sia possibile indentificare il gruppo. Negare la possibilità di chiedere ai propri cittadini se desiderano rimanere a far parte dello Stato dovrebbe essere considerato un limite o comunque un'espressione della bassa qualità dei principi democratici¹⁸.

Parlando di potere costituente, quale soggetto collettivo capace di esprimersi in maniera diretta per via referendaria (al di fuori dei vincoli costituzionali) a favore o contro l'indipendenza, i movimenti separatisti europei sembrano rifarsi alle c.d. *Choice Theories of Secession*. Basti pensare che il c.d. «diritto di decidere» è diventato in Catalogna lo slogan che ha maggiormente tentato, negli ultimi dieci anni, di dare una parvenza di legittimità alla richiesta di indire un referendum per la secessione (che fosse giuridicamente vincolante) e che è riuscito a tenere insieme anime politiche diverse e gruppi sociali catalani diversi. C'è chi ha anche cercato di sostenere la validità del «diritto di decidere» dal punto di vista dell'ordinamento costituzionale, alla luce del diritto di voto o di principi astratti, quali lo stesso principio democratico, e da quello dell'ordinamento europeo, in conformità all'articolo 2 del TUE che, riconoscendo i principi democratici, fornirebbe un quadro normativo sufficiente a indebolire le

¹⁷ PETER A. KRAUS, JOAN VERGÉS GIFRA, *Introduction*, op. cit., 21.

¹⁸ J. LÓPEZ *The Right to Decide: a Right of the 21st Century*, op. cit., 122.

considerazioni politicamente e giuridicamente contrarie alla secessione unilaterale¹⁹.

È evidente che uno dei problemi che riguardano le posizioni richiamate risiede nell'interpretazione del concetto di democrazia, che rischia troppo spesso di essere confuso semplicemente con il principio maggioritario che prevarrebbe sugli altri profili della democrazia costituzionale. Quest'ultima sarebbe qualcosa di più di una semplice aggregazione delle volontà di una maggioranza, almeno da quando gli Stati costituzionali prevedono che le decisioni prese democraticamente debbano rispettare i diritti fondamentali di tutti (le conseguenze della secessione avrebbero, infatti, effetti sugli individui appartenenti a un'intera popolazione) e il c.d. «rule of law». La forza legittimante della democrazia e delle decisioni democratiche è necessaria ai gruppi secessionisti per far prevalere la separazione (unilaterale) democratica su qualsiasi altra ipotesi, per cui non si potrebbe assumere, ad esempio, che il principio del *rule of law* possa prevalere sul principio maggioritario. Se da un lato queste posizioni non tengono conto che gli stessi argomenti possono valere per lo Stato da cui si intende separarsi, che potrebbe vantare una pretesa all'unità derivante da argomenti altrettanto legittimi e democratici, dall'altro oggi sembra più «politicamente corretto» fare ricorso a teorie democratiche per rivendicare la secessione piuttosto che fare appello al sentimento nazionalista. Anche il «successo» - nonostante «l'insuccesso» - del referendum per l'indipendenza della Scozia dimostrerebbe l'importanza delle *Choice theories of Secession*²⁰, secondo le quali è sufficiente che una maggioranza

¹⁹ In proposito C. CLOSA, *Secession from a Member State and EU Membership: the View from the Union*, in *European Constitutional Law Review*, 2/2016, pp. 240-264.

²⁰ Come già era successo a proposito del Québec alla luce dell'opinione della Corte Suprema del Canada. Cfr. in proposito N. WALKER, *Internal Enlargement in the European Union: Beyond Legalism and Political Expediency*, in C. CLOSA (a cura di), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union. Troubled Membership*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 155-184.

territorialmente concentrata esprima il desiderio di separarsi, attraverso referendum o plebiscito, per giustificare la secessione.

Sarebbero, quindi, le qualità politiche, piuttosto che quelle culturali, le caratteristiche fondamentali per giustificare il diritto di secessione: ciò che rileva è soltanto la volontà dei membri del gruppo di costituirsi in un'unità politica propria e indipendente. Sono l'autonomia individuale e la libera associazione, base della legittimità di ogni governo, a consentire a un gruppo di ritirare la propria «adesione» ad uno Stato. Secondo i sostenitori delle tesi democratiche poiché il consenso sarebbe necessario alla legittimità dell'autorità politica, allora andrebbe riconosciuto il diritto a secedere per i gruppi territorialmente concentrati, onde evitare che alcuni di questi rimangano «sudditi» di uno Stato del quale non riconoscono l'autorità.

Si è sostenuto che chi considera il consenso condizione necessaria per legittimare l'autorità politica, debba necessariamente riconoscere il diritto a secedere. Trattandosi di una «teoria plebiscitaria pura del diritto di secessione» o di una «teoria volontarista», come ebbe a definirla, negli anni Novanta, Allen Buchanan²¹, la decisione di secedere presa democraticamente deve essere accettata anche da chi non è d'accordo (sia fuori dall'area in cui è stato indetto il referendum, sia da chi ha votato in senso contrario). La secessione, infatti, può essere decisa unilateralmente: è sufficiente che il gruppo che intende separarsi sia sufficientemente grande per assumere le responsabilità fondamentali di uno Stato indipendente e scelga, attraverso il referendum, di separarsi dallo Stato originario. Non è, quindi, necessario che un gruppo, per secedere, dimostri di avere qualche caratteristica ascrivibile in comune, quali l'etnia, o una cultura «avvolgente» (encompassing): è sufficiente che tale gruppo voglia

²¹ A. BUCHANAN, *Secession: The Legitimacy of Political Divorce From Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, Boulder, 1991.

costituire un proprio Stato²². Qualsiasi gruppo, per quanto eterogeneo, potrebbe, quindi, candidarsi ad esercitare il diritto di secessione; non sarebbe neanche necessario dimostrare una qualche connessione (reale o fittizia) con il territorio sul quale costruire il proprio (nuovo) Stato.

Una serie di problemi si celano, però, dietro l'appello alla democrazia come forma di legittimazione della secessione. Il primo riguarda l'autonomia individuale. Il diritto di secessione, secondo questa linea interpretativa, si risolverebbe nel diritto all'associazione politica, il quale a sua volta è fondato su una ragione più profonda: il valore dell'autonomia individuale. Ma sono gli stessi teorici ad inficiare il diritto a secedere fondato sul principio universale di autonomia individuale quando, ad esempio, non riconoscono a minoranze troppo esigue il diritto a secedere perché non in grado di assumere le responsabilità fondamentali di uno Stato indipendente²³, oppure quando non portano alle estreme conseguenze la teoria dell'autonomia individuale come diritto alla secessione, non prevedendo la possibilità che a secedere sia lo stesso individuo²⁴.

Se il valore dell'autonomia, essendo fondamentale, dovrebbe essere accresciuto dall'esercizio del diritto a secedere, l'esercizio di tale diritto dovrebbe essere concesso a tutti. Altrimenti non è chiaro, in primo luogo, cosa aggiungerebbero alla secessione le teorie democratiche rispetto a quanto sostenuto dalle *National Self-Determination Theories of secession*,

²² J. LÓPEZ, op. cit., p. 131: «The demand of the right to decide observed in Western liberal-democratic states is usually related to the defence of inclusive or civic, rather than ethnic, nationalism. It is not expected, nor is it claimed, that individuals who are part of the political community demanding the right to decide must have the same origin or share the same ethnicity».

²³ Per C.H. WELLMAN, *A Defense of Secession and Political Self-Determination*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2/1995, pp. 142 ss., p. 162, infine, sia la regione che secede sia lo stato «residuale» devono essere «abbastanza grandi, coesi e geograficamente contigui per formare un governo che effettivamente adempia le funzioni necessarie per creare un ambiente politico sicuro».

²⁴ Come opportunamente sottolineò R.W. MCGEE, *Secession Reconsidered*, in *The Journal of Libertarian Studies*, 1/1994 pp. 11 ss., 33.

per le quali è l'autonomia collettiva del gruppo a giustificare il diritto all'autodeterminazione secessionista. E, in secondo luogo, non si capisce in che modo - se è sempre il principio di maggioranza democratico a restare la garanzia dell'autonomia individuale - l'autonomia individuale degli individui sarebbe accresciuta dal momento che i sostenitori della teoria democratica non ritengono che sia necessario che lo Stato, da cui ci si separa, non sia uno Stato democratico. In nessun caso, quindi, l'individuo sarebbe più *self-governing*, ovvero maggiormente autonomo²⁵.

Altri problemi connessi al passaggio dal diritto individuale all'autonomia al diritto collettivo di secessione (giustificato anche in termini di diritto individuale esercitabile collettivamente [Philpott 1995, 369]), possono emergere, ad esempio, quando alcuni cittadini abbiano votato a favore della secessione, altri contro, e i pro-secessionisti e gli anti-secessionisti non possano essere separati territorialmente. In questa ipotesi lo Stato nato dalla secessione sulla base del principio maggioritario violerebbe l'autonomia e la libertà di associazione dei cittadini che non erano d'accordo con la secessione, perché obbligherebbe i dissenzienti ad associarsi con persone con le quali non intendevano mettersi insieme. Non

²⁵ Un'altra notazione sull'autonomia individuale può essere utile per mettere in evidenza altre possibili contraddizioni delle teorie che si fondano su di essa. Ad esempio H. BERAN (*A Democratic Theory of Political Self-Determination for a New World Order*, in P. B. LEHNING (a cura di), *Theories of Secession*, Routledge. London, New York, 1998, pp. 32 ss., nonostante faccia derivare la possibilità di secessione dalla libertà di associazione, concepita in termini del valore dell'autonomia individuale, nel porre alcune condizioni restrittive al relativo diritto riconosce, alla fine, che non tutti finiranno nell'associazione preferita. È vero che il suo modello *recursive* è costruito in modo tale da permettere una massimizzazione di associazioni politiche preferite, ma l'autore stesso sembra ammettere che in certi casi alcuni finiranno in una unità politica che non si sono scelti, a causa di considerazioni di contingenza connesse alla stabilità politica, alla praticabilità e alla contiguità territoriale. A quelli che finiranno nell'associazione politica non desiderata sembrerebbero, dunque, negati sia il diritto (alla libertà) di associazione politica sia il diritto all'autonomia individuale.

pare, insomma, che il consenso possa fornire ragioni valide pro o contro la secessione²⁶.

Il secondo problema risiede, volenti o nolenti, nella determinazione pre-democratica dell'appartenenza al gruppo secessionista. Sebbene i teorici della secessione democratica tendano a dimostrare che basti l'espressione del desiderio di secedere da parte di un gruppo territorialmente concentrato attraverso un referendum o un plebiscito per legittimarlo, nei loro scritti appare chiaro che è sempre necessario determinare preventivamente quale sia il gruppo che può pretendere un titolo su un determinato territorio. Il ricorso alla tradizione storica, che legherebbe il gruppo al territorio, e all'attaccamento «comunitario» al territorio stesso, appare precedere qualsiasi consenso democratico: territorio e votanti devono, in qualche modo, essere determinati prima di decidere alcunché. Per pretendere un diritto al consenso appare evidente, leggendo i teorici democratici, che è necessario preliminarmente individuare un qualche

²⁶ Sebbene vi sia chi ha sostenuto (S. TIERNEY, *I-CONnect Symposium: The Independence Vote in Catalonia—Sovereignty Referendums: Constitutionalism in Crisis?*, Int'l J. Const. L. Blog, Oct. 5, 2017, at: <http://www.iconnectblog.com/2017/10/i-connect-symposium-the-independence-vote-in-catalonia-sovereignty-referendums-constitutionalism-in-crisis>), forse non a torto, che «The crucial lesson of the Quebec case of 1998 and subsequently in the Scottish experience of 2014 is that, through the referendum, the asserted constituent power of a sub-state people takes on constitutional and not merely political significance. The Supreme Court in Ottawa recognised this, as did the UK Government in the Edinburgh Agreement by which it granted unequivocal legal authority to Scottish nationalists to stage their referendum. In the end both states understood three vital principles: that constitutional supremacy is founded upon the legitimacy that stems from consent, in a deeply pluralised polity the sources of that consent are themselves plural and that no more clear expression of a lack of consent to membership of the state is to be found than that declared by a people mobilised as a sovereign public. Canada and the UK came slowly to accept the dramatic capacity of the referendum to instantiate and give voice to the popular force that underpins the very legitimacy of the multinational state, but in doing so they may have saved their states from a painful loss. Whether this is a lesson that will or can be learned by the Spanish state, and perhaps in time also by the European Union, remains to be seen».

diritto al territorio di un determinato gruppo. Ma allora, e in definitiva, sembra impossibile giustificare l'autodeterminazione secessionista in termini esclusivamente democratici: per far sì che la pretesa di una comunità alla secessione si concretizzi, ci si deve, infatti, riferire alla determinazione pre-democratica dell'appartenenza ad essa. Le *choice theories* rimangono strettamente connesse alle, se non addirittura debitorie delle, teorie della autodeterminazione secessionista: difficilmente l'interazione fra democrazia, sovranità e statualità risulterà, quindi, priva di contraddizioni.

Quello che dovrebbe essere un «secessionismo di tipo nuovo», il cui fine sarebbe quello di correggere la forma dello Stato esistente attraverso mezzi democratici, rischia di doversi «riflettere» nel secessionismo di «vecchio stampo». Se anche, come è stato sostenuto, la relazione fra il «diritto di decidere» e la nazione fosse puramente empirica, nel senso che tale diritto normalmente emerge dove esistono nazioni senza stati, e non normativa, per cui il nuovo Stato non sarebbe legittimato dall'esistenza di una nazione ma da quella di una volontà democratica permanente, si può sostenere che il diritto di secessione non appare, comunque, solo una semplice estensione dei principi democratici applicati al progetto di nuovi confini territoriali. Il diritto di decidere non sembra interpretabile come svincolato da una «qualche» legittimazione nazionalista e apre la questione più interessante per gli studiosi: chi sia il soggetto legittimato a secedere. Per quanto civico o *soft* - un nazionalismo che certamente, da un lato, evita la polarizzazione del conflitto lungo le linee identitarie (ad esempio, Spagnoli vs. Catalani) e che, dall'altro, percepisce la propria discriminazione in termini politici e non culturali o etnico-linguistici - può portare comunque alla disputa sulla definizione della nazione. Basti pensare alla controversia, di fronte al Tribunale Costituzionale Spagnolo nel 2010 relativa al nuovo Statuto catalano del 2006, sulla definizione del popolo catalano come nazione, risolta a favore della Spagna come unico (popolo) «Nazione»

possibile in senso costituzionale²⁷. La secessione, in fondo, pretende proprio di separare l'unità popolo (Nazione) appellandosi alle diversità nazionali, per cui il rischio di uno scontro fra la sacralità dei confini in nome dello Stato-Nazione (con la N maiuscola) e di quelli di un eventuale nuovo Stato-nazione (con la n minuscola) rimane sempre presente.

Il terzo e ultimo problema aperto è quello delle virtù o dei limiti del referendum, quale strumento di democrazia diretta (di cui i referendum secessionisti sarebbero solo una delle tante espressioni) nell'ambito dei processi secessionisti e con riferimento ai problemi di democraticità legati alla sua applicazione nei casi concreti. Se non si vuole abbandonare la cornice democratica, è ovvio che ci si deve interrogare su cosa debba fare una determinata comunità politica per diventare «democraticamente» un nuovo Stato. La questione che si apre, di conseguenza, è quale sia il valore dei referendum nei processi di secessione, se, cioè, si possano considerare rispettosi del principio democratico quando si tratta non di verificare questioni cosiddette ordinarie (questioni importanti di politica interna), ma di definire dei confini.

Per quanto sia, comunque, opportuno sottolineare, con Bauböck²⁸, che «non sembra che ci sia alcun modo ovvio per sottoporre un cambiamento di confini a un test democratico che considera il voto di tutti i cittadini favorevoli ad essa e che dà un risultato che dovrebbe essere accettato come vincolante da tutti» e che «una comunità democratica non può coerentemente applicare i criteri del *decision-making* democratico, che

²⁷ G. CONTI, *La Catalogna tra secessione e Costituzione*, in *Diritti comparati*, 1/2017, <http://www.diritticomparati.it/la-catalogna-tra-secessione-e-costituzione/>; in proposito si veda anche G. DELLEDONNE, *Speaking in Name of the Constituent Power: the Spanish Constitutional Court and the New Catalan Estatut*, in *Perspectives on Federalism*, 1/2011, pp. 1-14 e V. FERRERES COMELLA, *The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's 'Right to Decide' (Comment on the Judgment 42/2014)*, in *European Constitutional Law Review*, 3/2014, pp. 571-590.

²⁸ R. BAUBÖCK, *Why Stay Together? A Pluralist Approach to Secession and Federalism*, Working Paper, Institute for Advanced Studies, Vienna. 1997, p. 12.

usa internamente, per definire i propri confini esterni», quand'anche si ammetta che l'istituto referendario è lo strumento più adatto a legittimare i processi secessionisti, rimane aperta la questione di quale procedura di voto sia la più adeguata dal punto di vista democratico e della difficoltà di definire, in maniera chiara e neutra, il concetto di maggioranza²⁹: un referendum per tutti gli elettori dello Stato, oppure due consultazioni diverse, una nell'area sulla quale la maggioranza pretende di creare uno Stato indipendente e in tutto lo Stato di origine, o, ancora, un referendum nel territorio che si vuole separare, ma con una supermaggioranza? I teorici della secessione democratica non vedono, inoltre, alcuni dei limiti dello strumento referendario, spesso criticato per essere strumento maggioritario «incapace di tutelare le minoranze perdenti, e potenzialmente in grado di produrre effetti destabilizzanti, specie laddove sono presenti divisioni etniche, linguistiche, religiose, che rischiano di degenerare in conflitti»³⁰.

I teorici democratici, ancora, sostengono che debbano essere consultati solo i membri del gruppo secessionista, ma non chiariscono come mai solo i separatisti debbano essere consultati e soprattutto questa tesi non mi pare argomentabile in termini di consenso popolare. Si pone, inoltre, la questione degli aventi diritto al voto, che riapre nuovamente quella della definizione pre-democratica dei criteri di appartenenza al gruppo, e quella

²⁹ Il grande dilemma relativo al referendum, almeno relativamente ai fenomeni secessionisti, è se debba essere svolto solo nella regione che vuole secedere (e quindi la maggioranza sarebbe relativa a quella regione) o in tutto il paese dal quale una regione vuole secedere (e allora la maggioranza sarebbe riferita all'intero territorio), quale percentuale debba raggiungere la partecipazione al referendum e quale valore numerico debba avere la maggioranza che vota a favore della secessione per dirsi «clear majority». Tutte questioni che, come affermato dalla Corte canadese, debbono essere risolte dagli attori politici: «it will be for the political actors to determine what constitutes 'a clear majority on a clear question' in the circumstances under which a future referendum vote may be taken».

³⁰ L. FROSINA, *Profili giuridici e aspetti problematici dei referendum secessionist. Un'analisi comparata*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3/2017, 32.

della necessità di definire il *quorum* dei votanti per ritenere valido il referendum indipendentista³¹. In altri termini, i teorici democratici sostengono che i separatisti abbiano un puro, essenziale e libero diritto di autogovernarsi e che il resto del paese non possa rivendicare il diritto di votare sulla scelta dei separatisti: sarebbe una beffa, secondo questi autori, che un altro gruppo potesse avere il diritto di decidere se un gruppo territorialmente concentrato possa godere dell'indipendenza. Da questa tesi, deriva, però, anche l'obbligo morale di accettare la secessione da parte dello Stato originario, quale effetto del referendum indipendentista: il problema è che in teoria questi referendum dovrebbero avere natura consultiva e non vincolante, nel senso che alla loro celebrazione non si può ricondurre immediatamente (a meno che non sia stato diversamente statuito³²) l'indipendenza della regione in questione ma si può ricondurre l'obbligo di negoziare al fine di giungere a una secessione consensuale. Il referendum, insomma, andrebbe considerato necessario per conoscere la volontà della maggioranza a favore di un'eventuale separazione, ma non dovrebbe essere considerato sufficiente per conferire un diritto unilaterale a secedere.

Oggi è inevitabile ammettere, dopo una ben nota opinione della Corte Suprema del Canada, che la manifestazione della volontà popolare attraverso referendum (libero e aperto a tutti) a favore della secessione non può lasciare indifferente lo Stato centrale: anzi, che dopo il voto a favore della secessione di una parte dello Stato nasce un obbligo per l'altra parte di intavolare negoziati con la regione che intende separarsi, negoziati che, però, non necessariamente hanno come esito *esclusivo* la secessione. La Corte, pur non riconoscendo un obbligo dello Stato ad accettare una

³¹ Di certo una partecipazione dei votanti al 42%, quale quella al recente referendum catalano, nel caso in cui esso si fosse svolto in maniera libera e aperta, non sarebbe stata, molto probabilmente, sufficiente per dichiarare l'indipendenza o per obbligare ai negoziati la Spagna.

³² È stato il caso della separazione del Montenegro dall'ex Unione di Serbia e Montenegro.

dichiarazione unilaterale di secessione, non nega che uno Stato debba consentirla nei casi in cui la richiesta sia sostenuta da una chiara maggioranza in una determinata regione. Dal parere della Corte canadese si può dedurre che se, da un lato, c'è l'obbligo per lo Stato centrale di cercare con diligenza una soluzione politica alla crisi, dall'altro vi è quello per il gruppo secessionista di non dichiarare l'indipendenza prima della fine dei negoziati.

È indubbio, quindi, che il richiamo alla democrazia del «secessionismo di tipo nuovo» è tutt'altro che irragionevole quanto strategico, perché le conseguenze della dichiarazione di indipendenza – compreso il riconoscimento da parte della comunità internazionale – dipendono, in ultima istanza, dal modo in cui è nato il nuovo Stato. La prassi recente sembra, in effetti, indicare che il rispetto del principio democratico è necessario, sebbene non sufficiente, affinché la comunità internazionale *metabolizzi* il processo secessionista.

4. La questione della legalità

Che la secessione non abbia, in generale, trovato riconoscimento né negli ordinamenti interni né, a maggior ragione, nell'ordinamento internazionale, non deve stupire. L'*exit* è stata, invece, istituzionalizzata in quel sistema giuridico inusitato e atipico che è l'Unione Europea. Un ordinamento che, dal Trattato di Lisbona (2007) in poi, «legalizza» la secessione, autorizzando gli Stati membri a lasciare l'Unione in modo unilaterale e incondizionato, sebbene non immediato (obbligo di negoziare nei due anni successivi alla dichiarazione di *exit*). Anche quest'ultima «novità» normativa non deve stupire. In tutti e tre i casi la spiegazione è la stessa: se la dissoluzione dell'UE non farebbe che riportare la politica *entro* lo Stato, la secessione dagli Stati membri fa paura perché non si è saputo pensare la politica *oltre* lo Stato.

La secessione, infatti, se portata alle estreme conseguenze determina la fine dello Stato: nel momento in cui si accetta la secessione da uno Stato di un gruppo territorialmente concentrato si deve accettare anche la secessione di un altro gruppo territorialmente concentrato dal nuovo Stato e così via. Quando, infatti, ci si deve fermare nella concessione a un gruppo, territorialmente concentrato all'interno di uno Stato, del diritto di secessione già riconosciuto precedentemente a un altro gruppo territorialmente concentrato? Il possibile carattere *recursivo* del diritto di secessione mostra che il problema nasce dalla difficile, se non impossibile, coincidenza fra Stato e nazione: è nello spazio di non-coincidenza fra popolo e Stato o popolo e nazione che si dà ragione delle nuove domande di secessione, in nome di una «nazione» diversa. La corsa senza fine verso la statualità può, infatti, portare, alla lunga, a quella proliferazione di Stati che provocherebbe la crisi del sistema stesso degli Stati che la secessione vorrebbe invece perpetuare: questo il motivo per cui la secessione fa paura. Rimarrà sempre, infatti, uno spazio di non-coincidenza fra Stato e nazione e fra nazione e popolo a giustificare nuove secessioni.

Questo il motivo per cui la secessione, quando ambisce a diventare un vero e proprio diritto, si presenta «ancora» come diritto incerto e virtualmente distruttivo, come «ultimo diritto», ultimo vantaggio che si può avere da un sistema che viene abbandonato e che viene esposto al rischio della dissoluzione.

Se invece del tema della legittimità politica del movimento secessionista, si affronta quello della legalità o illegalità della secessione, occorre chiedersi quale ordinamento giuridico debba *governare* l'atto di separazione. Se è stato sostenuto che non è appropriato valutare la legalità di una secessione unilaterale alla luce dell'ordinamento giuridico contro il quale è diretta³³,

³³ M. WELLER, *Secession and Self-determination in Western Europe: The Case of Catalonia*, in Blog of the European Journal of International Law. Si legge peraltro nel parere consultivo della Corte internazionale di giustizia (CIG, *Advisory Opinion of 22 July 2010 Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of*

dal momento che un atto del genere consiste proprio nella rimozione di una popolazione e di un territorio dall'ordinamento esistente e nella costruzione di un nuovo e indipendente sistema giuridico³⁴; se, dal punto di vista dell'ordinamento europeo – a differenza della Brexit – la questione della secessione dagli Stati membri è tutta interna allo Stato dove è in atto il tentativo di separazione, allora resta da interrogarsi, rimanendo a disposizione *solo* l'ordinamento internazionale, su quale sia lo statuto della secessione all'interno del medesimo. A meno di non dover semplicemente ammettere che il «diritto» non abbia niente da dire di fronte alle crisi secessioniste.

Prima di riferirsi all'ordinamento internazionale, occorre ricordare che la secessione, dal punto di vista degli ordinamenti costituzionali, è stata per decenni vista come un «tabù», «qualcosa da non pronunciare nel vocabolario giuridico, un fatto caratterizzato da una natura squisitamente politica, non disciplinabile con gli strumenti del diritto perché intrinsecamente implicante la rottura con l'ordine costituito»³⁵. Oggi, però, si è aperto un nuovo dibattito, tutto incentrato non più sul se, ma sul come *costituzionalizzare* il fenomeno secessionista pretendendo di «addomesticare» qualcosa che, fino a pochi anni prima, era apparso un animale indomabile e, quindi, non disciplinabile. Anche in questo caso, comunque, non si può non ammettere (o almeno così fanno alcuni dei protagonisti del dibattito) il carattere distruttivo della secessione quando ambisce al riconoscimento giuridico, perché il contro-argomento della costituzionalizzazione della secessione è il correlato rischio di esporre

Indipendence Respect of Kosovo, par. 121) che una dichiarazione di indipendenza non ha luogo nell'ordinamento giuridico dal quale l'entità cerca di secedere.

³⁴ Per cui non avrebbe senso interrogarsi sulla *costituzionalità* o *incostituzionalità* dell'atto secessionista: M. WELLER, *Secession and Self-determination in Western Europe: The Case of Catalonia*, cit.

³⁵ G. MARTINICO *Le costituzioni come strumento di gestione del rischio: il caso della secessione*, in *Governare la Paura*, 2017, <https://governarelapaura.unibo.it/article/view/7513/7230>, 22.

costantemente l'ordinamento «d'origine» al ricatto dell'*exit* come strategia per ottenere maggiori competenze o migliori condizioni di autonomia. Non essendo ancora «usanza» costituzionalizzare la secessione, la questione che rimane aperta, in ogni caso, è se, anche in assenza di principi costituzionali espliciti, sia possibile tentare di procedimentalizzare il fenomeno separatista, dando al diritto un ruolo che non lasci la questione solo alla politica o ai rapporti di forza³⁶

L'ampio dibattito sull'opportunità di costituzionalizzare il diritto a secedere³⁷ nasce dal dilemma se la mancata costituzionalizzazione finisca per demonizzare la secessione, quando invece la sua costituzionalizzazione la *normalizzerebbe* (in quanto normata) trasformando il tabù «in uno dei tanti diritti ed opzioni di cui dispongono le entità sub-statali» e facendogli perdere «molto del suo appeal»³⁸. D'altra parte la storia degli Stati moderni ha, in parte, dimostrato come la costituzionalizzazione della secessione, cioè il tentativo di neutralizzare un eventuale conflitto, possa finire, a un dato momento, per incentivarla³⁹ e come la mancata costituzionalizzazione della stessa – che rende il processo, anche successivo a un eventuale dichiarazione di indipendenza, molto più complesso – possa, invece, finire per disincentivarla, o quantomeno per scoraggiare l'entusiasmo dei separatisti chiamati al voto per esprimersi su una eventuale separazione (si pensi ai risultati dei referendum in Québec e in Scozia). Anche per questo motivo il diritto a secedere non ha trovato facile collocazione negli ordinamenti costituzionali.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cfr. G. MARTINICO, *op. cit.*, e S. MANCINI, *Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione*, in «Rivista Aic», 2015, n. 1, in www.osservatorioaic.it/download/.../mancini-2015-bis.pdf e D. HALJAN, *Constitutionalising Secession*, Oxford, Hart, 2014; D. WEINSTOCK, *Constitutionalizing the Right to Secede*, in «Journal of Political Philosophy», 2001, n. 2, pp. 182-203.

³⁸ S. MANCINI, *Ai confini del diritto*, cit.

³⁹ In proposito G. MARTINICO, *op. cit.*

Dal punto di vista del sistema giuridico, la secessione resta, quindi, una situazione di fatto – che rende difficile fare ricorso a forme normative per legittimarla e fa sì che il riconoscimento *a posteriori* di nuovi soggetti statali nati da processi secessionisti non implichi la sussistenza di una norma invocabile *a priori*⁴⁰ – ma pur sempre fatto normativo, in quanto produttivo di diritti e di effetti specifici nell'ordinamento internazionale.

Se, infatti, sembra difficile riconoscere la secessione, lo stesso non può dirsi per i suoi risultati, perché, dopo l'atto di separazione, torna a intervenire l'ideale *regolativo* del «diritto internazionale». Il fatto in sé resterebbe condizione di applicazione delle norme ma non la loro fonte: il fatto sarebbe indispensabile per l'attivazione del diritto, ma non prevarrebbe sul medesimo. Infatti, la peculiarità dell'insurrezione secessionista sta nel carattere di transitorietà: la posizione degli insorti cambia in funzione del risultato dell'insurrezione: o scompaiono, in quanto «sconfitti» dal governo «legittimo», o si trasformano in uno Stato, ovvero in un nuovo soggetto autonomo di diritto internazionale, che però necessita di un riconoscimento (dichiarativo e non costitutivo della statualità), che sia idoneo a influire sulla «praticabilità» dell'entità di nuova formazione sul piano internazionale. Un riconoscimento che è di norma avvenuto solo dopo che lo Stato nuovo, nato dal processo di secessione, fosse stato riconosciuto dallo Stato da cui si era separato⁴¹, quando cioè quest'ultimo non aveva più voluto o potuto mantenere sotto la propria giurisdizione quel territorio (e gli insorti) che si stavano separando.

⁴⁰ Per esempio, la Corte Suprema del Canada (*Reference Re Secession of Quebec*, 1998, 2 S.C.R. 217), nell'opinione sull'eventuale secessione del Québec aveva affermato che, anche se l'indipendenza del Québec fosse stata riconosciuta a livello internazionale, tale riconoscimento non avrebbe dato alcuna legittimazione retroattiva a un evento che si era consumato sul piano meramente politico-fattuale.

⁴¹ Si è, infatti, creata una norma consuetudinaria nell'ordinamento internazionale (consolidata) che stabilisce che nessun riconoscimento di nuovi stati possa avvenire senza il previo riconoscimento da parte dello Stato da cui si vuole separare.

Ex iniuria ius non oritur, ovvero le secessioni «illegali» non fanno scaturire alcun diritto di secessione *a posteriori*: per illegali⁴², quindi, si devono considerare tutte quelle secessioni riconosciute tali dallo Stato dal quale un gruppo di «insorti» pretende di secedere. In una sorta di sinergia fra diritto internazionale e diritto interno, la legalità della secessione è, quindi, in qualche modo *liminale*: andrebbe, infatti, individuata in una zona di confine fra i due ordinamenti.

Sebbene l'ordinamento internazionale non pretenda di regolare le aspirazioni secessionistiche non essendovi una vera e propria regola proibitiva in materia, resta vero che i criteri del diritto internazionale, che segnano la strada percorsa sin qui dalla comunità degli Stati per riassorbire le crisi secessionistiche, sono quelli che garantiscono l'integrità territoriale. L'ordinamento internazionale, infatti, non legittima né vieta la secessione, ma manifesta un forte favore per l'integrità territoriale: ciò è comprensibile in quanto il diritto internazionale è fatto e applicato dagli Stati che hanno tutto l'interesse a non autorizzare alcun meccanismo internazionale che possa favorire il proprio smembramento. Non a caso, vista dalla prospettiva della comunità degli Stati, la secessione non è tanto un concetto *conservatore* quanto *rivoluzionario*, perché si presenta come una sfida al profilo più «conservatore» della società internazionale: la strenua difesa dell'intangibilità dei confini. Se il diritto internazionale aspirasse espressamente a determinare criticamente la stessa ragion d'essere degli Stati fino a promuoverne e a sancirne la disintegrazione, attraverso il riconoscimento del diritto a secedere, esso si trasformerebbe in uno strumento rivoluzionario, diverso da e contrario a quello che,

⁴² Almeno fino all'opinione della Corte di giustizia internazionale sul caso Kosovo: oggi, infatti, apparirebbero *illegali* in senso stretto solo le secessioni in cui sono intervenuti Stati terzi a favore del movimento secessionista.

almeno tendenzialmente, ci si attende da un sistema giuridico, e cioè stabilità e conservazione⁴³.

Quello internazionale è, quindi, un sistema *neutrale* in materia di secessione, eccetto che nei casi in cui siano state violate norme dello *ius cogens*. Peraltro, il divieto di dichiarazione di indipendenza, secondo il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia (CIG) circa la dichiarazione di indipendenza del Kosovo, non sarebbe più implicito nel principio di integrità territoriale, eccetto che nei casi in cui tale integrità venga violata da parte di un altro Stato⁴⁴. Ciò non significa, in ogni caso, che il diritto internazionale riconosca a una qualunque entità, all'interno di uno Stato, il diritto di dichiarare *unilateralmente* la propria indipendenza. Come sopra accennato, la prassi recentemente indica che il rispetto del principio democratico è necessario, sebbene non sufficiente, alla *metabolizzazione*, da parte della comunità internazionale, del processo secessionista. Il processo attraverso il quale la secessione *de facto* è perseguita, o è stata perseguita, deve essere legittimo: ciò conferma che è preferibile che la comunità secessionista riesca a ottenere, attraverso negoziati, il riconoscimento da parte dello Stato originario per poi essere più facilmente riconosciuta, come entità statale autonoma a livello internazionale.

In questa sorta di «legalità di confine» tra sistemi giuridici, l'elemento rilevante ai fini della verifica internazionale della liceità «interna» della secessione, sarebbe l'ottemperanza dell'obbligo di negoziare la separazione, conseguente a sua volta a un eventuale voto di una «chiara maggioranza» in favore di essa. In altri termini, accanto agli elementi

⁴³ La comunità internazionale ha posto le proprie fondamenta sulla stabilità e la conservazione dei confini, mentre i fenomeni secessionisti sono crisi di ogni configurazione consolidata dei confini e sintomo di tensione dell'elemento confine.

⁴⁴ È il caso di Cipro-turca. Il principio di integrità territoriale è confinato alla sfera delle relazioni fra gli Stati. Il principio quindi vieterebbe la distruzione dell'integrità territoriale di uno Stato da parte di un altro, ma non si applicherebbe *più* (?) internamente in relazione a una popolazione che cerca la secessione.

tradizionali della statualità (popolo, territorio, governo) vi è anche quello della legittimità del processo di formazione dello Stato. Al principio di effettività, in virtù del quale una secessione anche se unilaterale e incostituzionale dovrebbe essere riconosciuta dall'ordinamento internazionale qualora risulti vincente, deve fare da contrappeso quello di legittimità. Anche in questo caso si apre, però e nuovamente, la questione del valore dei referendum nei processi di secessione, se si possano, cioè, considerare rispettosi del principio democratico quando si tratti di definire confini esterni.

Dal punto di vista internazionalistico, comunque, si può osservare come l'opzione escogitata dal presidente Puigdemont lo scorso ottobre, di far dichiarare l'indipendenza al Parlamento della Catalogna per poi congelarla potrebbe essere considerata conforme al diritto internazionale così come interpretato sia dalla CIG, nel caso Kosovo, sia dalla Corte canadese, nel caso Québec. Dalla lettura combinata dei pareri delle due Corti, infatti, è possibile dedurre che: a) la dichiarazione di indipendenza da parte di un gruppo secessionista è ammissibile dal punto di vista giuridico e quindi – a differenza di quanto sostenuto dalla Corte canadese – non è più vietato dichiararla prima che i negoziati (obbligatorî) siano arrivati a termine e abbiano portato all'accettazione della secessione da parte dello Stato centrale; b) il suo «congelamento» è conforme sia al parere della CIG sia a quello della Corte canadese, perché la prima non ha preso in considerazione le conseguenze sul piano giuridico e politico della dichiarazione stessa, mentre la seconda richiede che tali conseguenze siano «negoziate» affinché vi sia la preconditione per il riconoscimento internazionale della nuova entità statale, che potrà avvenire solo dopo che il processo di separazione sia riuscito ad imporsi sulla contraria volontà dello Stato d'origine.

La questione di base rimane, quindi, quella della chiara manifestazione di una volontà di separarsi per obbligare lo Stato centrale a «tollerare» un'eventuale secessione. Nel caso della Catalogna tale questione rimane

irrisolta. Il referendum per l'indipendenza non può essere considerato un vero e proprio atto di libera volontà della popolazione: troppe sono state le intimidazioni del governo spagnolo nei confronti della popolazione catalana che voleva recarsi a votare⁴⁵. Le autorità spagnole non potrebbero, quindi, invocare la non credibilità del referendum sulla base della mancata partecipazione ad esso: a impedire, ai votanti di recarsi alle urne, anche attraverso un uso eccessivo della forza, è stata la polizia dello Stato spagnolo. Determinare, nella situazione catalana, i termini della legalità *liminale* è, al momento, praticamente impossibile. Nella zona di confine tra i sistemi giuridici (interno e internazionale), resta ancora, infatti, un cono d'ombra, rappresentato dal modo in cui si è svolto il referendum.

5. Osservazioni conclusive

Dalle tre questioni in materia di secessione, che ho detto essere ancora aperte e che ho affrontato nei paragrafi precedenti, si può dedurre che, nonostante nei casi dei fenomeni separatisti europei il diritto internazionale sia stato relegato in una posizione periferica, è in tale ordinamento che si deve decidere se riconoscere un diritto a secedere e se individuare gli strumenti giuridici idonei a superare la «fissità» dei confini. È stato, infatti, affermato, a ragione, che «it seems not too exaggerated to predict that secession will continue to be one of the major political themes of the 21st century»⁴⁶. Da quanto osservato, nel caso in cui la comunità degli Stati decidesse di riconoscerlo, il diritto di secessione non dovrebbe fare alcun riferimento all'autodeterminazione dei popoli, dal momento che

⁴⁵ In riferimento invece al possibile boicottaggio interno e all'eventuale carattere di illegittimità del referendum, cfr. i lavori dal 1991 della Commissione Badinter sulla crisi jugoslava (Arbitration Commission of the Conference on Yugoslavia).

⁴⁶ PETER A. KRAUS, JOAN VERGÉS GIFRA, *Introduction*, op. cit., 21.

l'esercizio del relativo diritto non ha mai previsto la definizione dei confini. L'abbandono del linguaggio del diritto dei popoli all'autodeterminazione, da parte dei leader dei movimenti secessionisti europei, sta proprio a dimostrare che di secessione si deve parlare quando si tratti di «rompere» l'integrità territoriale degli Stati esistenti.

Se negare a tutti i costi la possibilità di riconoscere un diritto a secedere può tradursi in un «atto di fede incondizionato» nei confronti dell'unità nazionale (difendendo a tutti i costi la mitica identificazione, all'interno di un dato territorio, di nazione, popolo, stato), riconoscerlo può avere, invece, due conseguenze molto diverse. La prima è quella di accettare che la nazione abbia nella sua interezza un valore morale intrinseco (o, perlomeno, che la giustificazione per riconoscere alle nazioni un diritto alla secessione vada trovata «nell'importanza dell'identità nazionale e della appartenenza nazionale per gli individui»), anche nel caso in cui si «sposino» le teorie democratiche. Come abbiamo visto, nonostante gli sforzi di sganciare i separatismi dai sentimenti nazionalisti, sembra impossibile giustificare la secessione in termini esclusivamente di democrazia in quanto è sempre necessario fare riferimento alla determinazione pre-democratica dei criteri di appartenenza al gruppo secessionista. Qualora non si voglia accettare l'esistenza di un valore morale intrinseco alla nazione, l'ulteriore conseguenza è quella di dover riconoscere a tutti i gruppi, se non a tutti gli individui, il diritto a separarsi, portando alle estreme conseguenze l'ultimo diritto e obbligando a ripensare dalle fondamenta la forma di organizzazione politica escogitata dalla modernità per misurarsi con lo spazio, lo Stato.

Se anche non si voglia portare alle estreme conseguenze il diritto a secedere - il cui riconoscimento giuridico è sempre e comunque virtualmente distruttivo dello Stato e del sistema degli Stati a causa del suo possibile esercizio senza limiti - è certo che la questione della sua legalità resta, comunque, quella di un tipo peculiare di legalità. Definirla *liminale* è sembrato il modo migliore per spiegare cosa si intenda quando si parla di

«secessione legale»: solo in una sorta di sinergia fra diritto internazionale e diritto interno è possibile parlare di legalità della secessione.

Come osservato, le teorie democratiche sono le più idonee per comprendere l'attuale fase del fenomeno secessionista poiché la prassi recente indica che il rispetto del principio democratico è necessario alla *metabolizzazione*, da parte della comunità internazionale, del processo secessionista. Tale principio, però, non è sufficiente a giustificare la legalità della secessione: è vero che ci sarebbe, da un lato, l'obbligo per lo Stato centrale di cercare una soluzione politica di fronte a un voto maggioritario a favore della secessione di un gruppo territorialmente concentrato, ma, dall'altro, vi è l'obbligo per il gruppo secessionista di non dichiarare l'indipendenza prima della conclusione dei negoziati con lo Stato d'origine. I relativi negoziati non devono, peraltro, avere come esito obbligato la secessione, ma possono portare al riconoscimento di una maggiore autonomia all'interno dello Stato d'origine. In questa sorta di «legalità di confine» tra sistemi giuridici, l'elemento rilevante, ai fini della verifica «internazionale» della liceità «interna» del processo secessionista, sarebbe l'ottemperanza dell'obbligo di negoziare la separazione, successivo, a sua volta, ad un eventuale voto di una «chiara maggioranza» in favore di essa.

È ovvio che se non si vuole abbandonare la cornice democratica, è necessario capire «come», e «se», si possano determinare «democraticamente» i confini esterni di un nuovo Stato e quali siano gli strumenti più adeguati al fine di tale scelta. Il caso scozzese, nonostante l'insuccesso, viene considerato un ottimo esempio di un possibile processo di secessione consensuale attraverso l'espletamento di un referendum (democratico?). La verifica della legalità *liminale* tra l'ordinamento interno (che non riconosceva la secessione) e l'ordinamento internazionale (che non riconosce ancora la secessione in quanto tale), sarebbe stata sicuramente possibile nel caso di successo dell'indipendenza scozzese. La

Catalogna, invece, non può certamente essere ancora oggetto di un test di legalità *liminale*.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

ANDREA BIXIO

La statualità come momento di una teoria giuridica della società

ABSTRACT - The article deals with the changes of the notion “state” and the evolution of sovereignty model. Theorists working in traditional concept of state may have difficulty understanding the concepts and terminology of another point of view, overlooking the necessary dialectical connection between sovereign state and *status societatis*.

This contribution aims to find a different way of engaging the modern statehood, through which one can achieve a modern theory of the state based on a new form of sovereignty, understood as an associative and contractual relationship.

KEYWORDS – Sovereignty – Self-government - Status societatis - Theory of the state – Modern state concept.



La statualità come momento di una teoria giuridica della società**

SOMMARIO: 1. *La statualità come rapporto non statale* - 2. *La statualità come momento di una teoria giuridica della società* - 3. *Il significato della teoria dello stato* - 4. *La teoria dello stato e le ragioni sociali della sua configurazione* - 5. *I limiti della teoria dello stato* - 6. *Le origini della teoria giuridico-sociale della statualità* - 7. *Excursus: la dissoluzione del concetto di stato e la dottrina tedesca* - 8. *Excursus: la dissoluzione del concetto di stato e la dottrina italiana.*

1. La statualità come rapporto non statale

Assistiamo da lungo tempo a mutamenti istituzionali spesso eterogenei, che ci portano al di là dei confini concettuali dello stato propriamente inteso. Quest'ultimo, concepito tradizionalmente come il soggetto portatore esclusivo della sovranità, vede come colpita questa sua qualità. Gli elementi di accentramento si presentano sempre più subordinati e serventi nei confronti delle forme di decentramento. La supremazia dell'amministrazione scolora, rispetto alla volontà dei privati. Il settore della giustizia tende sempre più ad autonomizzarsi, per affermare garanzie di imparzialità diverse dalla supremazia e terzietà dello stato. Molti tipi di rapporti privati pretendono di superare i propri limiti tradizionali, presentandosi come espressione di interessi, certo ancora privati, ma a rilevanza pubblica. Momenti contrattualistici assumono funzioni pubbliche ad esempio nella definizione dello stato sociale e del mercato del

* Professore emerito di Sociologia Generale presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

lavoro. Sul piano ultrastatale le varie forme di limitazione della sovranità internazionale degli stati, il sorgere di comunità di stati sulla base non della sovranità, ma di elementi e principi pattizi, l'affermarsi su questa medesima base di un nuovo diritto oggettivo (di origine appunto contrattuale) e di nuove istituzioni che limitano gli stessi soggetti che le hanno poste in essere, confermano i profondi mutamenti che sono intervenuti nella definizione della statualità.

Tutte queste trasformazioni ed altre ancora mostrano la necessità di ripensare i rapporti statuali; di ripensarli, però, in profondità, senza riproporre il modello di stato sovrano ereditato da una risalente, pur gloriosa tradizione; perché il compito attuale consiste nella comprensione della nuova condizione dei rapporti, non nella riduzione e nella costrizione delle più recenti trasformazioni negli antichi ed in gran parte superati schemi concettuali.

Bisogna, dunque, concentrare l'attenzione su come stia cambiando la statualità, senza rimanere schiavi di concezioni che riducono la statualità stessa a quella definita dallo stato inteso nel suo significato più ristretto, dallo stato concepito come soggetto, più in particolare come soggetto dotato di una sovranità esclusiva. Bisogna, in una parola, evitare l'abitudine concettuale che induce a pensare la statualità solo ed esclusivamente come statualità.

Se non si intraprenderà questo itinerario, se non ci si dirigerà verso una via meno frequentata, non si riuscirà a proporre un disegno che possa dimostrare di avere la capacità di ricostruire in unità concettuale vecchi e ancora sussistenti fenomeni e nuovi tipi di rapporto, nuove istituzioni. Si lascerà che queste ultime semplicemente si giustappongano all'antica impalcatura, inconsapevoli della propria e dell'altrui razionalità. Si consentirà che il sistema dei rapporti sia pervaso da progressivamente più rilevanti elementi d'irrazionalità.

Quei rapporti, quelle istituzioni finirebbero per chiudersi in un'ottica ristretta, nella difesa della propria prerogativa particolare, senza rendersi



n. 2/2017

conto che quest'ultima ha la propria giustificazione nel riferirsi ad un sistema più ampio. La chiusura in una prospettiva limitata non è, dunque, cosa priva di conseguenze; essa dà luogo a conflitti, che possono produrre se non una decadenza delle istituzioni, quanto meno uno sviluppo irrazionale della statualità, una disarmonia nelle relazioni sociali in ordine ai rapporti statuali.

Per poter comprendere, perciò, la funzione, il significato delle nuove forme di rapporto, per poter collocare nel modo più idoneo i tipi più significativi dei nuovi rapporti istituzionali, bisogna riaprire un discorso sulla statualità come tale, chiarirne l'irriducibilità alla statualità, ridiscutere le ragioni che hanno condotto a tradurre l'istituirsi dei rapporti sociali come rapporti statuali nel semplice porsi del primato di un ente tendenzialmente esclusivo; si devono ripensare, più in particolare, le concezioni, le prospettive fondamentali sulla cui base si è potuta verificare una tale impropria e fuorviante trasposizione dei concetti, un tale dominio dello stato sulla più ricca e vasta fenomenologia della statualità.

2. La statualità come momento di una teoria giuridica della società

Riaprire un discorso sulla statualità al di là della forma specifica definita dallo stato, ha un ulteriore significato; vuol dire riscoprire che i rapporti statuali possono sì dar luogo ad una specifica organizzazione, ma di per sé costituiscono qualcosa di affatto diverso da ogni tipo di istituzione. Sono relazioni che, lo si vedrà meglio in seguito, sorgono nel momento stesso in cui i soggetti si pongono in reciproco rapporto, ovvero si associano. L'orizzonte concettuale entro cui, dunque, si deve ridiscutere la statualità, è quello definito da una teoria giuridica della società (non subito dello stato) colta in un'ottica di diritto pubblico.

Solo se ancoriamo il nostro ragionamento a quello specifico momento in cui vediamo i soggetti legarsi vicendevolmente sul piano pubblico, solo se in tale momento saremo capaci di scorgere il porsi della statualità,

potremo ad un tempo da un lato cogliere quest'ultima nel momento del suo primo imporsi, dall'altro lato mostrare come essa stessa presieda all'instaurarsi dei primi legami che vincolano in una unità sociale giuridicamente qualificata gli individui, senza che ciò comporti subito una sua riduzione alla statalità.

Per liberare la statualità da visioni preconcepite, bisogna abbandonare il terreno definito dallo stato e tornare ad interessarsi delle categorie giuridiche con le quali solitamente cerchiamo di comprendere la statualità nel suo porsi come rapporto sociale qualificato giuridicamente. Dobbiamo in certo qual modo compiere un itinerario inverso rispetto a quello tracciato in una sua specifica stagione dalla teoria dello stato.

Mentre quest'ultima, per portare alle sue estreme conseguenze le premesse concettuali che hanno caratterizzato lo stato nell'età moderna, ha indugiato nel sottolineare l'insufficienza delle categorie sociali (anche di quelle elaborate dal diritto) di definizione dello stato, nell'attuale condizione, volendo, anzi, dovendo non difendere lo stato, ma liberare la statualità dal suo dominio, si è nella necessità di riprendere quelle categorie, di rivalutarle, di reinterpretarle all'interno di una problematica tutta diversa, tutta nuova rispetto al pur glorioso tradizionale diritto pubblico.

I rapporti di sovranità, ovvero di sovra/sottordinazione, se non possono più essere considerati come esclusivi di un solo soggetto (lo stato), cessano di svolgersi in un'unica direzione (dal sovrano al suddito), divengono relazioni di reciprocità e perciò fundamentalmente contrattuali ed associative; relazioni contrattuali ed associative che, però, hanno come oggetto la statualità, l'istituzione di uno status comune e poi di un comune rapporto di sovra/sottordinazione inteso come strumento di coordinazione. Il discorso sulla statualità si sposta, cioè, sul terreno del momento sociale della statualità stessa, mettendo in parte in ombra quella prospettiva eminentemente politica che sembra più legata alla nozione tradizionale di sovranità.

D'altra parte che all'origine della stessa sovranità vi sia una relazione associativa e contrattuale è cosa nota. Il sovrano può legittimamente essere titolare delle proprie prerogative solo in cambio di protezione e questo patto presuppone, quanto meno logicamente, un accordo finalizzato all'istituzione dell'unità sociale. Vi è, dunque, una dimensione, un momento dell'analisi della statualità, in cui si può e si deve riflettere sull'aspetto 'sociale' di quest'ultima. Questo momento, il cui significato profondo è come caduto nell'oblio, nelle nuove condizioni e in differenti modi va riproposto, proprio perché le nuove forme assunte dalla stessa sovranità si rendano intelligibili.

3. Il significato della teoria dello stato

La prospettiva sopra indicata è stata spesso misconosciuta ed osteggiata. Il liberalismo si è concentrato soprattutto sulla difesa dell'autonomia della società dallo stato e non ha potuto, dunque, rivolgere la sua attenzione all'analisi della funzione direttamente statale della società. Il socialismo a sua volta si è occupato piuttosto del deperimento, dell'abolizione, della estinzione dello stato stesso e del nascere di un nuovo ordine sociale, che del sorgere di una nuova forma di statualità. Le vicende della statualità di conseguenza sono state affidate alle cure della teoria dello stato, più in particolare della teoria giuridica dello stato; dunque ad un sapere che si è fondato sostanzialmente sulla negazione della possibilità di una statualità non statale. Si può comprendere quali siano state, perciò, le difficoltà che hanno incontrato sia la statualità come concetto relativamente autonomo dalla statualità, sia la prospettiva che intende rivalutare la dimensione socio-giuridica della statualità. Si è continuato a parlare dello stato ed alla socialità si è fatto riferimento in modo tale da riaffermare il primato diretto o indiretto dell'altro elemento.

Nonostante ciò, vale, tuttavia, la pena di ripercorrere brevemente le vicende della teoria giuridica dello stato, perché in essa emergono due differenti aspetti, la negazione di cui si è detto, ma anche qualcosa d'altro: l'annunciarsi di una nuova forma di statualità (par. 5), di quella statualità che qui si vuole appunto tematizzare.

Per ripercorrere un tale itinerario soffermiamoci soprattutto sul primo aspetto.

Ora, da questo punto di vista va ribadito che il significato della teoria dello stato, così come si è definito nel corso del suo sviluppo, si risolve fondamentalmente nel tentativo di evitare qualsiasi traccia di una compiuta analisi della statualità fondata su una teoria giuridica dei rapporti sociali; su una teoria, cioè, in grado di descrivere il porsi dei rapporti statuali a partire dai propri concetti fondamentali: volontà, contratto, obbligazione, status.

Tentativo che si è risolto in un duplice tipo di rimozione: o nella espulsione del momento sociale come qualcosa di estraneo al diritto, o, all'opposto, nell'affermazione sì della socialità, ma di una socialità trasformata in un ordine normativo superiore, ipostatizzato, esplicitamente o surrettiziamente, nello stato, con la conseguente sottovalutazione della centralità delle sue dimensioni giuridicamente più peculiari, degli aspetti, cioè, contrattuali ed associativi.

La teoria giuridica dello stato, dunque, per poter evitare il sorgere di una statualità differente dalla statualità, ha dovuto contrastare il riconoscimento di una fonte di statualità autonoma e diversa dallo stato stesso; ha dovuto, perciò, espellere dalla propria considerazione o la socialità come tale, o gli elementi di autonomia di questa costitutivi. Ha dovuto cercare semmai di fare della socialità un simulacro della sovranità (ad esempio con la dittatura del proletariato).

Questo, dunque, il significato generale della teoria dello stato, questa la conclusione a cui si deve giungere, se si vuole cogliere con uno sguardo d'insieme quel tipo di sapere.



n. 2/2017

La teoria dello stato, tuttavia, va analizzata un po' più da vicino; e ciò perché può talvolta sembrar contraddire proprio il giudizio qui espresso, mostrandosi come un che di fortemente critico proprio verso lo stato. Infatti la teoria dello stato si articola in due differenti indirizzi, uno statalista, l'altro appunto antistatalista.

Anzi, questo stesso secondo indirizzo presenta ora una prospettiva normativista (che può far sospettare una surrettizia rivalutazione dello stato, in quanto prima fonte delle norme), ora una prospettiva antinormativista (che può indurre nell'idea che vi sia una teoria dello stato realmente antistatalista).

Come districarsi all'interno di queste ramificazioni della teoria dello stato? È possibile rintracciare in essa un medesimo atteggiamento che si possa ricondurre al significato sopra enunciato?

Alcune brevi considerazioni possono mostrarci che a questi interrogativi si può rispondere positivamente e che dunque proprio grazie alla critica della teoria dello stato si possa sperare di poter rivalutare la prospettiva che si è cercato di inaugurare.

Prima di procedere, però, bisogna premettere un'importante avvertenza. Per intendere il significato della teoria dello stato, bisogna non farsi catturare dalla sua ideologia, bisogna non accettarne lo statuto epistemologico. Si deve, invece, assumere un diverso punto di vista; quel punto di vista che è stato quasi costantemente osteggiato e che qui si è voluto riprendere, la prospettiva giuridico-sociale rettamente intesa, quella che non cade nell'errore di fare della socialità stessa un surrogato della sovranità accentrata. Solo in questo modo, infatti, si potrà riuscire a mostrare i limiti di una teoria e ad un tempo intenderne gli aspetti evolutivi, le dimensioni che mostrano i segni dell'emergere di nuove forme di statualità.

Ora da questo punto di vista la teoria dello stato è essa stessa nella sua struttura una teoria giuridica dei rapporti sociali. Solo che per alcuni, i sostenitori della statalità del diritto, la teoria giuridica dei rapporti sociali

si risolve tutta nell'analisi dei rapporti di subordinazione, nella dottrina della sovranità e dello stato (forti del fatto che la positività del diritto ci suggerisce che in una certa epoca tutto il diritto proviene dallo stato). Per altri, invece, quella medesima teoria consiste prima che nell'analisi delle relazioni di sovranità, in quella delle relazioni di coordinazione; ma queste a loro volta vengono concepite principalmente di nuovo in funzione della subordinazione svolta dagli stessi rapporti di coordinazione. La teoria dello stato finisce, così, per far prevalere in ogni caso, direttamente o indirettamente, l'elemento della subordinazione.

Questo risultato naturalmente si mostra con maggior evidenza negli statalisti.

Nello stato inteso come persona giuridica e come soggetto di diritto giuristi come Gerber e Laband, statalisti consapevoli, da un lato hanno ricondotto la società alla statualità, perché dal punto di vista teorico hanno ritenuto che lo stato altro non fosse che la società nel suo risolversi in sistema politico, dall'altro lato hanno ridotto, mediante la giuridificazione dello stato, tutta la socialità a quella normativamente predefinita¹. I rapporti

¹ Vale la pena qui riportare le parole stesse di CARL FRIEDRICH VON GERBER, particolarmente illuminanti sul tema dell'integrazione fra Stato e società, cioè su uno degli assi portanti della tradizione del diritto pubblico tedesco: «Nello Stato un popolo trova la disciplina giuridica della sua vita collettiva. In esso un popolo giunge ad essere riconosciuto e a valere giuridicamente come un'unità etica totale. In esso un popolo ricerca, trovandoli, i mezzi più essenziali alla difesa e all'incremento dei suoi interessi collettivi. Esso è la forma giuridica della vita collettiva di un popolo e questa forma è uno dei tipi originari ed elementari di ordinamento etico dell'umanità. Se si considera il popolo, unito nello Stato, da un punto di vista *naturale*, si ha l'impressione di trovarsi di fronte ad un organismo, cioè ad un insieme di membri, ognuno dei quali concorre, con il suo ruolo particolare, al raggiungimento del suo scopo comune. Se si considera, però, dal punto di vista *giuridico*, lo Stato, si coglie innanzi tutto il fatto che in esso il popolo assurge, nel suo insieme, alla coscienza e alla capacità di volere richieste dal diritto; in altre parole, che in esso il popolo consegue la personalità giuridica», in *Grundzuge des deutschen Staatsrechts*, Dresden, 1880; trad. it. a cura di P. L. LUCCHINI, Giuffrè, Milano, 1961, 95. Va ricordata inoltre la decisa polemica dell'Autore contro quella dottrina che

sociali, cioè, prima vengono pensati, nella figura dello stato, come pura subordinazione e poi questa stessa subordinazione risulta riconfermata grazie al fatto di presentarsi come vera e propria normatività.

All'interno della prospettiva antistatalistica accade qualcosa di analogo. Gli antinormativisti, in particolare, si rivolgono anch'essi allo studio piuttosto della regola sociale (Duguit)² o della comunità (Gierke, Preuss o quanti si riferiscono al marxismo)³ intesa come fonte di normatività, che a quello

voleva interpretare lo Stato all'interno del diritto delle corporazioni (Bähr, *Der Rechtsstaat*, 1864) e cioè del diritto privato, nonché, aggiungiamo noi, all'interno di quel prevalere della statualità sociale che è stata tipica del diritto feudale oramai al tramonto. Una lettura privatistica dei rapporti pubblici in quel momento rappresentava una sopravvivenza di concetti oramai superati. Volendo tuttavia abbandonare forme non più utilizzabili di statualità sociale, inevitabilmente si dimenticò il senso più profondo e generale di quest'ultima. Per ciò che concerne P. LABAND si rinvia al suo diritto pubblico, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit., in cui le tendenze statalistiche, che in Gerber erano attenuate da una sensibilità liberale operante nella strutturazione dei concetti, risultano rafforzate fino a dissolvere qualsiasi dualismo fra Stato e popolo. A tal proposito è opportuno richiamare la giusta notazione di MAURIZIO FIORAVANTI: «Eppure, non vi sarebbe niente di più deformante di una interpretazione che frettolosamente assimilasse i due giuristi sotto la comune etichetta del “metodo giuridico”. Il significato di “giuridico”, in pochi anni, dal '65 al '76, è completamente mutato. Tra quelle due date si pone la fondazione del *Reich*, ed è questo il momento di cesura, che vale non solo per il filone liberal-organicista, come già abbiamo visto con Gierke, ma anche per la linea che da Savigny, attraverso Gerber, conduce fino a Laband», *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano, 1979, 341-342.

² L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, cit. ; *Traité de droit constitutionnel*, Paris, cit.

³ Di grande importanza è anche la riflessione di HUGO PEUSS, per aver da un punto di vista liberale svincolato la nozione di sovranità dagli elementi assolutistici di origine romanistica presenti nella *Genossenschaftstheorie* di Gierke, *Die Lehre Gierkes und das Problem der peussischen Verwaltungsreform*, in *Festg. für O. von Gierke*, Breslau, 1910, e per aver condotto una serrata critica alla posizione di Laband, *Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveranität*, in *Festg. für P. Laband*, cit., rivendicando l'importanza dell'idea di origine germanica dell'auto-amministrazione delle comunità. Per il pensiero di Gierke si veda *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868-1881; *Giovanni*

dello stato e, appunto, della sovranità. Tuttavia quegli stessi elementi svolgono una funzione di accentramento e di dominio non dissimile da quella svolta dallo stato.

In ambedue questi indirizzi la prospettiva del primato dello stato resta dominante, o perché anche la comunità, anche la regola sociale si trasformano in qualcosa di istituzionale che resta chiuso all'interno della prospettiva tradizionale della sovranità e dunque (al di là delle negazioni dello stato spesso da questi indirizzi formulate) della realtà statale, o perché, una volta abolito lo stato, si cade in un'ottica meramente amministrativa priva di consapevolezza relativamente ai problemi della statualità, che finisce dal punto di vista pratico per divenire preda del suo stesso nemico; anzi, ritenuto lo stato abolibile o deperibile, si finisce per non affrontare le questioni più rilevanti, quelle di cui appunto bisognerà trattare, i problemi della trasformazione della statualità.

Questa riduzione della teoria giuridica della società intesa come fondamento della statualità allo stato, espressa in forma dichiarata dalle dottrine più esplicitamente statalistiche, ha subito, perciò, solo un'attenuazione con le dottrine antistatalistiche. Queste, anzi, producono le medesime conseguenze (e qui si giunge all'ulteriore distinzione di cui si è detto) sia che si presentino come normativistiche (e dunque subordinate

Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche, (1880), Torino, 1974. In una prospettiva diretta ad assumere una visione materialista per superarla mediante una epistemologia kantiana (e in una diversa stagione), va ricordata in particolare l'opera di R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Berlino, 1896; *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, in particolare *Die Art der Geschichtlichen Sein*, p. 481; autore che, aspramente criticato da MAX WEBER, *R. Stammlers Überwindung der materialistischen Geshichtsauffassung*, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübingen, 1968 e dallo stesso Kelsen, ha finito per contribuire a sviluppare le posizioni antiformalistiche e un discorso dissolutivo del concetto di stato. In questo contesto vanno di nuovo ricordate le opere di F. LASSALLE, *System der erworbenen Rechte*, 1861, cit.; A. MENGER, *Neue Staatslehre*, cit., e di K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, 1904, cit.



ad una forma pur attenuata di statalismo), sia che si mostrino come antinormativistiche (e dunque legate ad una prospettiva maggiormente “sociologica”).

E su questo punto risultano particolarmente illuminanti gli insegnamenti di Kelsen e Duguit.

In queste concezioni seppure è in certo grado riconosciuto che non ogni teoria della statualità si identifica con lo stato (questi sono gli aspetti positivi a cui si è accennato), perché fondamentali non sono semplicemente i rapporti di subordinazione, ma anche quelli di coordinazione (la coordinazione stessa costituisce l'unico modo possibile nelle società complesse per poter semmai subordinare), si è finito, però, per ipostatizzare proprio la funzione stessa di subordinazione della coordinazione. Si è conseguentemente affermato che la funzione dominante spetta non allo stato, all'esponente dei rapporti di sudditanza, ma per alcuni all'ordinamento (normativisti), per altri alla regola sociale (antinormativisti), alle figure esponenziali dei rapporti di coordinazione. Tuttavia subito si è avuto come il timore di essere andati troppo avanti e di aver come incrinato il primato surrettizio della funzione di subordinazione (della coordinazione). Cosicché si è cercato di espellere per un verso dall'ordinamento giuridico elementi sociali e principi a questi ispirati per subordinarli all'ordinamento normativo stesso (normativisti), per un altro verso dall'ordinamento sociale tutti quei momenti che, come il contratto o i fatti associativi, potessero far pensare al primato di una libera coordinazione sociale non sottoposta ad una socialità normativa sempre particolarmente attenta a garantire la subordinazione (antinormativisti)⁴. Si è in altri termini superato una visione statalistica, senza però valorizzare

⁴ Bisogna qui ricordare che vi sono in questo caso posizioni come quella di VON SAVIGNY, *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, ora pubblicato in J. STERN, *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit*, Darmstadt, 1959 che, anche se in modo non del tutto netto, mantengono l'idea di una socialità come ordine spontaneo, relativamente svincolata da una socialità normativa, di cui si parlerà in seguito.

gli elementi che soli potevano mettere in luce una teoria giuridico-sociale della statualità idonea a chiarire proprio le più recenti trasformazioni di quest'ultima; si è compresa l'importanza della coordinazione, ma non si è voluto rinunciare ad una qualche forma di primato della subordinazione.

4. La teoria dello stato e le ragioni sociali della sua configurazione

In realtà questi sviluppi della teoria dello stato possono essere intesi come il riflesso, il tentativo di comprendere e di razionalizzare i mutamenti che erano intervenuti nella realtà. Il particolare carattere, che il primato dello stato ha assunto negli anni del maggiore sviluppo delle dottrine statalistiche, deriva dagli assetti statuali che sono scaturiti dalla rivoluzione francese. Quel primato ha avuto la funzione di decretare il tramonto del potere del sovrano per sostituirvi la supremazia di un ente rappresentativo della totalità della nazione, di una nazione che mediante la rivoluzione si era venuta impadronendo delle condizioni politiche fondamentali della propria esistenza. Tutti potevano godere di diritti minimi derivanti dalla cittadinanza. Diritti politici, non diritti sociali, però, perché questi ultimi potevano far risorgere le pretese e le aspettative dei vecchi ceti sociali abbattuti dai moti rivoluzionari. Lo stato, cioè, doveva esaurire in sé tutta la socialità effettivamente e storicamente possibile e quest'ultima finiva per rifluire tutta in una teoria dello stato che non riconosceva nulla al di fuori di sé.

Come è noto, sono restati, però, fuori dall'orizzonte dello stato proprio i nuovi interessi sociali che si andavano organizzando per riaffermare altrettanto nuovi diritti dichiaratamente sociali. Ora, di fronte al premere di questa realtà, anzi quando questa realtà ha raggiunto una sua condizione matura, la socialità effettivamente organizzata non la si è più potuta esaurire tutta nello stato. E' divenuto necessario, allora, da un lato considerare quest'ultimo solo come uno degli elementi da coordinare

mediante l'ordinamento, dall'altro lato accogliere anche i nuovi rapporti socialmente emergenti espellendo dal sistema di coordinamento (ordinamento normativo, ordinamento sociale di natura normativa) solo quegli elementi, quei momenti sociali che risultassero andare al di là della subordinazione al dominio dell'ordinamento normativo stesso (elementi ideologici radicalmente liberistici o anarchici, elementi strutturali come l'autonomia).

Quando, cioè, lo stato, inteso in senso stretto, non è apparso più in grado di assorbire in sé tutte le istanze sociali e dunque di svolgere una funzione ordinante, si è ritenuto che spettasse all'ordinamento come tale garantire le integrazioni necessarie fra lo stato stesso e le organizzazioni emergenti della società. Era l'ordinamento che doveva coordinare le diverse realtà, ridimensionando il ruolo dello stato, ma al contempo salvandone l'elemento centrale, la subordinazione, il primato di questa, funzionalizzando a quest'ultima la stessa attività di coordinamento.

Questi sviluppi hanno avuto conseguenze specifiche sul piano della teoria. Se i gruppi sociali tendevano ora ad abolire lo stato, ora a subordinarlo alla propria potenza sociale, si correva il rischio di dissolvere la normatività stessa, la sua autonomia, la sua razionalità là dove si fosse voluto colpire il suo alfiere, la sua fonte indiscussa.

Bisognava, allora, da un lato rendere autonoma la teoria della normatività da quella della società, dall'altro lato liberare la normatività dallo stato, evitando che quest'ultimo ne fosse il signore. Si doveva colpire la potenza autonoma dello stato dissolvendola semmai nella stessa normatività. Operazione, questa, che fu compiuta in modo differentemente analogo da Kelsen e da Duguit (dal normativismo e dall'antinormativismo) dissolvendo il primato concettuale dello stato ed affermando quello della normatività: l'uno ponendo la supremazia della normatività in sé (pura) ed espellendo (subordinando) da essa la socialità (ovvero la socialità non

normativizzabile)⁵, l'altro sottolineando la superiorità di una socialità normativa (regola sociale) escludente ogni forma di differente socialità che potesse essere considerata anomica (non normativizzabile)⁶.

Non a caso proprio Kelsen è stato il più acuto demolitore sia delle teorie socialiste dello stato, di quelle comuniste in particolare, sia di quelle che facevano della decisione politica e della sovranità l'origine dell'ordinamento (Schmitt); non a caso Duguit può essere considerato il più radicale critico dello statalismo (sia conservatore che rivoluzionario) e ad un tempo di una socialità nemica della regola sociale.

Da questi risultati non si discostarono neppure quanti cercarono di restaurare lo stato ritenendo che bisognasse prendere le distanze dall'antistatalismo di cui si è parlato. Per Heller e per Carl Schmitt, in fin dei conti, Kelsen e Duguit, se volevano salvare il primato dei rapporti di subordinazione, certo non dovevano affidarsi ad un ragionamento tendente a giustificare la superiorità della normatività o della regola sociale; perché questo tipo di legittimazione avrebbe condotto in ogni caso alla dissoluzione degli stessi rapporti di subordinazione che si intendeva

⁵ Così H. KELSEN: «L'identità fra Stato e ordinamento giuridico risulta evidente dal fatto che anche i sociologi definiscono lo Stato come una Società politicamente organizzata. Dato che la società, come unità, è costituita da un'organizzazione, è più esatto definire lo Stato come "organizzazione politica". Un'organizzazione è un ordinamento. Ma in che cosa consiste il carattere "politico" di questo ordinamento? Nel fatto che esso è un ordinamento coercitivo. Lo Stato è un'organizzazione politica, perché è un ordinamento che regola l'uso della forza, perché monopolizza l'uso della forza. Ma questo, come abbiamo visto, è uno degli elementi essenziali del diritto. Lo Stato è una società politicamente organizzata perché è una comunità costituita da un ordinamento coercitivo, e questo ordinamento coercitivo è il diritto [...] Il dualismo fra diritto e Stato è una superstizione animistica. L'unico dualismo legittimo qui è quello fra validità e efficacia dell'ordinamento giuridico. Ma questa distinzione non ci autorizza a parlare dello Stato come di un potere che sta a parte, o dietro all'ordinamento giuridico», in *General Theory of Law and State*, Harvard Un. Press, Cambridge, 1945; trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, Ed. di Comunità, Milano, 1966, 194 – 195.

⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, cit.

surrettiziamente salvare, essendo normatività e regola solo ipoteticamente superiori. Meglio era riconoscere che la socialità riservava per sé una potenza produttiva più potente degli schemi giuridici, rivendicando un primato nel suo rapporto con il diritto.

Se si voleva sostenere la superiorità delle relazioni di subordinazione nella definizione dell'ordinamento, più efficace sarebbe stato affidarsi direttamente alla natura espressamente sociale di tali relazioni, alla loro implicita capacità di istituire ordine giuridico.

Costoro, pur ritenendo la sovranità un momento di manifestazione del legame fra sociale e giuridico, reputavano non fosse più possibile ripensare lo stato (dopo l'opera dissolutiva di Kelsen) all'interno di un'ottica puramente giuridica.

Così, mentre Heller riteneva che il sinolo di società e diritto - lo stato, la sovranità - dovesse esser colto in un'ottica sociologica⁷, in modo (in parte) analogo Carl Schmitt dichiarava che dovesse esser compreso fondamentalmente in una prospettiva politica⁸.

Si approda, cioè, all'affermazione dell'impossibilità di una teoria della statualità che non finisca per presentarsi come dottrina della sovranità e della decisione in ultima istanza (in stato d'eccezione).

Si giunge ad una teoria della statualità che pur di sostenere il primato delle relazioni di subordinazione, per impedire ogni discorso su una teoria non statalistica della statualità, riduce la stessa forza emergente del sociale a quella di una potenza dominante, sottoponendo a critica lo stesso punto di vista giuridico; il quale va invece salvato in una nuova prospettiva, perché una socialità autenticamente intesa (nei suoi elementi e concetti

⁷ H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, 1926; *Die Souveranität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, 1927; *Der Begriff des Gesetzes in der Rechtsverfassung*, 1927; *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, 1929, in *Gesammelte Schriften*, cit.

⁸ C. SCHMITT, *Der Begriff der Politischen*, 1932, cit.; *Legalität und Legitimität*, 1932, cit., *Über die drei Arten der rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934, cit.

fondamentali) non può certamente prescindere, quando si voglia rettamente intendere la statualità sociale.

5. I limiti della teoria dello stato

Il risultato di questo processo di trasformazione della teoria dello stato è consistito, dunque, nel perpetuare in una diversa forma la statalità e nell'impedire un più profondo ripensamento intorno alla statualità.

L'aver sostituito il primato dei rapporti di subordinazione personificati dallo stato con quello basato sull'ordinamento e sulla normatività non introduce sostanziali elementi originali. In ogni caso la finalità ultima delle riflessioni teoriche resta quella di riaffermare l'importanza decisiva dei rapporti di subordinazione nell'istituire relazioni sociali dalla rilevanza normativa. Sia nello statalismo tradizionale che nelle posizioni antistatalistiche, a cui si è fatto riferimento, viene evitato ogni discorso sulla statualità basato sugli elementi caratteristici di una socialità giuridicamente qualificata non ridotta subito a qualcosa di predefinito normativamente: sul contratto, sull'autonomia. Per questo motivo il primato dei rapporti di coordinazione, necessario per poter aprire alle nuove forme di socialità, non viene inteso nel suo significato profondo neppure dagli antistatalisti e viene trasformato subito in quello di una pur diversamente colorata subordinazione.

In realtà la lezione kelseniana è stata intesa in modo insufficiente. Non ci si è chiesto che cosa volesse effettivamente significare la riaffermazione del metodo giuridico, il primato del diritto, la riduzione dello stato all'ordinamento.

Il significato implicito di questo tipo di riduzione, il significato inconsapevole della destrutturazione kelseniana della teoria dello stato non consiste nell'eliminazione di quest'ultima, ma nell'aver liberato



n. 2/2017

appunto la teoria della statualità dal dominio dell'assolutizzazione di un suo momento, lo stato.

Mediante la riduzione dello stato all'ordinamento e della sovranità alla validità di quest'ultimo, si afferma che in realtà lo stato è sì un che di giuridico; solo che non è un soggetto, ma un complesso ordinato di rapporti. Dove per ordinato si intende un sistema organico di relazioni giuridiche.

È su questo punto che ci si deve soffermare con particolare attenzione; è questo tipo di discorso che va inteso nel suo significato più profondo.

Il sorgere di un complesso organico di rapporti, pur strutturato e differenziato al suo interno, sta ad indicare che nel mentre la soggettivizzazione dell'ordinamento nel suo complesso - la statualità del diritto - decade, emerge l'importanza di un particolare e specifico centro di imputazione dei rapporti giuridici, l'organo; con il quale a sua volta si può iniziare a costruire una statualità da intendersi come risultato di rapporti fra centri d'imputazione certo eteronomi, ma non semplicemente 'sudditi', ovvero come affermazione di una statualità non statale.

Kelsen, dunque, anche se non elimina affatto la possibilità di una teoria dello stato, contribuisce a trasformarla non del tutto consapevolmente in una teoria della statualità.

Egli intende i rapporti giuridici come relazioni fundamentalmente interorganiche. Ma dal momento che questo tipo di relazioni costituisce un elemento caratteristico del diritto amministrativo, la formula risulta di per sé ambigua come ambiguo è il tipo di diritto a cui afferisce. Il diritto amministrativo, infatti, da un lato è l'emanazione dell'esecutivo e della sovranità, dall'altro lato, nella sua forma più sviluppata, si viene configurando come un sistema di garanzia proprio nei confronti di questa stessa sovranità. E' un diritto che tende a distinguersi sempre più dalla propria origine (la sovranità); cosicché proprio i rapporti interorganici possono risultare, in questa prospettiva, rapporti statuali deprivati del

momento del primato dello stato e di una sovranità intesa come un che di *ab-solutum*.

In Kelsen, però, è presente un limite che finisce per celare questi esiti. Perché interpretando l'organo, il rapporto fra organi come qualcosa di dipendente esclusivamente da una norma che lo domina, resta all'interno di una concezione statalistica riaffermante fundamentalmente il primato del momento di una gerarchia rinviante ad una sovranità ultima.

In realtà i rapporti fra organi si presentano in questo modo solo se vengono concepiti in una prospettiva di diritto amministrativo tradizionale, più in particolare di un diritto amministrativo inteso come semplice esecuzione dell'atto sovrano (non di ogni diritto amministrativo). Se invece in quelle medesime relazioni il riferimento ad una norma esterna (eteronomia) non viene inteso come subordinazione ad un atto di dominazione, se cioè non solo la discrezionalità ma anche l'autonomia più ampia non vengono di per sé cancellate dall'eteronomia, se anzi (come nel diritto contrattuale) quest'ultima appare al servizio, funzionale ad un corretto esercizio dell'autonomia, il riferimento alla statalità, al diritto amministrativo tradizionale, alla sovranità viene meno. Vi si sostituisce il riferimento all'autonomia, appunto, e dunque alla contrattualità, in sintesi ai rapporti associativi piuttosto che a quelli strettamente corporativi.

In questa prospettiva, che è appunto quella che si vuole sviluppare, i rapporti giuridici restano, certo, relazioni interorganiche; queste, tuttavia, danno luogo a relazioni statuali non di per sé solo statali, recuperando la funzione statutale (organica) delle relazioni di autonomia e contrattuali; le quali finiscono per presiedere non solo al momento pubblico dei rapporti privati, ma anche in una particolare loro forma, lo si vedrà in seguito, ai rapporti statuali in senso proprio, ad una statualità, non di per sé strettamente statale, intesa come risultato costante del processo di sviluppo delle relazioni interorganiche basate sull'autonomia.

Si dà così la possibilità di una teoria della statualità distinta da quella della statalità, si dà la possibilità di una teoria della statualità intesa piuttosto

come dottrina dei rapporti giuridico-sociali che non quale teoria della sovranità e dello stato.

La dottrina della statualità non statale che si intende presentare e che corrisponde ai più recenti sviluppi della statualità, se colta in questa prospettiva, è la vera erede dell'opera di Kelsen, è la condizione che consente di superare i limiti di quest'ultima, rendendola semmai a sua volta maggiormente feconda.

La frattura fra la teoria dello stato e l'analisi della statualità va dunque ricomposta, i nessi fra due apparentemente differenti universi vanno ricostruiti proprio per poter cogliere le odierne profonde trasformazioni della statualità; in particolar modo quelle che si stanno sviluppando dopo la crisi dello stato sociale. All'interno di queste trasformazioni non emerge forse l'esigenza di rendere più flessibile questo tipo di stato, di ricostruirlo presentandolo più come il risultato della partecipazione, dell'autonomia dei soggetti e dei gruppi, in una parola dell'elemento associativo, che nelle forme, certamente anch'esse legate all'interpretazione giuridico-sociale della statualità, di un'entità organica centralizzata, di una struttura fondamentalmente corporativa?

La statualità va, dunque, colta nel suo momento giuridico-sociale; in una prospettiva specifica, però, che riconosca una nuova e più alta funzione pubblica all'autonomia dei soggetti e agli elementi associativi, dopo che con lo stato sociale sono stati difesi ed anzi promossi quelli più corporativi. Se lo stato sociale si è istituito nella forma piuttosto di una corporazione che di un'associazione, si deve, con ciò, abbandonare del tutto l'elemento e la strumentazione giuridica associativa, dimenticando che l'uno e l'altra rappresentano i principi cardine, la base stessa della statualità al suo sorgere, ovvero dello *status societatis*? Molti problemi dello stato sociale, l'eccessiva burocratizzazione, il deperimento delle autonomie e delle libertà individuali e sociali non possono essere ricondotti, nella loro

struttura fondamentale ad un mutamento profondo intervenuto nella costituzione sociale della statualità? Non bisogna allora tornare a riflettere sulla logica della statualità come contratto e come associazione, in modo da far venire di nuovo alla luce la complessa opera istitutiva e trasformativa della statualità stessa?

Qui si tratta, dunque, di ricomporre i nessi fra teoria dello stato e della società in modo affatto specifico, riprendendo e rielaborando su un diverso piano le riflessioni che hanno sottolineato l'emergere delle società intermedie ed il loro rapporto con le relazioni contrattuali⁹. Bisogna assumere di nuovo una prospettiva, per lungo tempo abbandonata; ripensarla in funzione dei problemi nuovi che sorgono dall'evoluzione stessa, più recente, dei rapporti statuali. Bisogna rivalutare un punto di vista, quello contrattualista, che oggi in parte sopravvive nell'ambito della teoria politica, ma che proprio per ciò, proprio per il fatto di essersi precluso un'analisi dei rapporti giuridici, non ha potuto elaborare una sufficiente teoria della statualità.

6. Le origini della teoria giuridico-sociale della statualità.

Tanto più sconcertati si resta di fronte a questo vuoto, al misconoscimento dell'importanza di un'analisi della statualità basata sull'elemento associativo, se si considera che questa mancanza di attenzione, costituisce un fenomeno relativamente recente.

Nel diritto pubblico che ha dato luogo allo stato moderno, si è sempre presupposta una teoria della società come analisi di una statualità prestatale. Questo tipo di teoria basato sul contratto, nelle trattazioni dell'età del giusnaturalismo, ha potuto precedere l'analisi della sovranità e in generale dello stato e ha potuto fungere da fondamento di un discorso su quest'ultimo, perché ha presentato sé stesso proprio come una teoria

⁹ Cfr. P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Persona e comunità*, I, 1954 – 1964, cit., 29.



n. 2/2017

della statualità. Tutta l'analisi dei rapporti contrattuali è stata finalizzata alla determinazione di una specifica configurazione dei rapporti statuali, articolati nello *status societatis* e nello stato politico.

Perciò la 'società' è apparsa e può ancora mostrarsi non come un complesso di relazioni di condizionamento esterno, sviluppato nei confronti di una specifica organizzazione giuridica, lo stato (punto di vista parziale che si è venuto affermando con la nascita della moderna sociologia), ma come un presupposto interno capace di spiegare il sorgere e il configurarsi della stessa statualità.

Per essere più espliciti, una teoria giuridico-sociale della statualità può e deve far riferimento ad una dimensione sociale intesa non come il regno della fattualità, della contingenza e delle sue "leggi", ma come un universo specifico di rapporti appartenenti alla normatività e obbligatorietà costitutiva dei comportamenti, intese l'una e l'altra come modo d'essere dato (i giusnaturalisti avrebbero detto naturale), dalla cui struttura fondamentale si possa dedurre il sorgere, il prender forma dei rapporti statuali. In questa prospettiva non l'oggettività (*ob-jectum*), ma l'obbligatorietà (*ob-ligatum*) costituisce l'orizzonte di esperienza; e non la prima, ma la seconda consente di spiegare il complesso istituirsi di un universo di relazioni e dunque anche di quelle statuali.

È su questa base che ancor oggi, pur in un diverso contesto e con differenti intenzioni, si può riproporre un'analisi di questi temi.

È pur vero che in questa prospettiva vengono ripresi concetti storicamente legati alla teoria della statualità (sociale) sviluppata dai giusnaturalisti. Essi verranno riproposti, tuttavia, in un affatto diverso significato e per ragioni "pratiche" specifiche, diverse da quelle proprie del giusnaturalismo. Detto questo, bisogna riconoscere che sarebbe ingenuo non approfittare di alcuni insegnamenti del pensiero giusnaturalista. Non bisogna seguire, ad esempio, il comportamento assunto dal diritto pubblico positivista, il quale volendo e dovendo abbandonare la logica e le politiche del diritto legate a quella corrente di pensiero, ha finito per

misconoscerne le ragioni e per rifiutare di ripensare alla funzione, ad esempio, dei rapporti pubblici di natura contrattuale, alla funzione di una categoria necessaria, invece, al ripensamento della forma stessa della statualità.

La visione giusnaturalista ha semplicemente risposto, a suo modo, all'appello cui ogni sapere deve corrispondere. Perché, apparendo necessario, nell'età della formazione dello stato moderno, ridefinire tutto l'apparato dei vincoli giuridici di coordinazione e di subordinazione, per superare la struttura politico-amministrativa di un sistema fondamentalmente feudale, ha ritenuto necessario ricostruire i primari legami giuridico-sociali. Ha inteso rideterminare la forma fondamentale della statualità.

Per questo motivo la grande trattatistica giusnaturalista ha dovuto premettere alla vera e propria teoria dello stato (sovranità) una dottrina della statualità intesa come rapporto giuridico-sociale.

Una volta posta in essere una nuova forma di statualità, una teoria giuridica della società di questo tipo non è apparsa più necessaria. Anzi, è stata ritenuta in molti casi pericolosa, perché avrebbe potuto mettere in questione i risultati raggiunti, abbandonando lo stato al libero esercizio delle volontà delle parti contraenti. Si è preferito, così, coltivare una teoria della società interessata più all'analisi della contingenza sociale che a quella della giuridicità e della statualità. Si è preferito esaltare una dottrina della statualità svincolata da una propria, autonoma teoria giuridico-sociale, facendo a meno della forza dinamica sia del contratto che del momento associativo della statualità.

Non che gli elementi di una teoria giuridica della (statualità della) società siano totalmente scomparsi; essi sono sopravvissuti, però, per lo più all'interno di una teoria della sovranità e dello stato. L'autonomia della volontà contrattuale, trasformandosi nel sistema costituzionalizzato delle libertà, da fondamento della statualità si è mutata in ragione di legittimazione della sovranità, in semplice sostegno di una sovranità che si

era consolidata, disciogliersi proprio dalle volontà dei soggetti del contratto e dominando su di esse. Gli elementi di una teoria giuridica della società si sono mostrati, cioè, come momenti del realizzarsi di una sovranità assoluta che dal tipo autocratico (assolutismo) declinava nel tipo democratico (sovranità popolare). Così il diritto pubblico si è venuto presentando sostanzialmente come diritto dello stato ed oggi può quasi meravigliare che un'opera come il contratto sociale di Rousseau possa essere, anzi sia stata definita come un trattato di diritto pubblico.

Quando, però, nuove istanze sociali, nuove pretese individuali e soggettive invocano legittimità e riconoscimento; quando queste istanze, queste pretese intendono rifondare i principi dell'organizzazione giuridica, non si può restare rinserrati nei limiti di un falso dogmatismo, non si può evitare di riaprire un discorso sulla dimensione socio-giuridica non corporativa ma associativa della statualità.

7. Excursus: la dissoluzione del concetto di stato e la dottrina tedesca

Gli elementi che possono essere richiamati per tracciare un itinerario sulla dissoluzione del primato del concetto di stato sono multiformi e non tutti approdano ad una esplicita critica della nozione di stato.

Ci si può riferire ad esempio al ruolo primario che la scienza giuridica tedesca dell'ottocento assume nella definizione del sistema giuridico e che finisce appunto per porre limiti seri alle prerogative dello stato. Si pensi a tal proposito all'opera di f. C. von Savigny (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (1814), in Thibaut und Savigny, a cura di J. Stern, Darmstadt, 1959) e allo stesso formalismo dei concetti di G. F. Puchta (*Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828; *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1841). Si pensi però anche al secondo R. von Jhering, che pur mantenendo un ruolo centrale allo stato (nelle condizioni di stato di diritto), privilegia il momento di reale produzione del diritto

come ordine già intrinsecamente coattivo al di là del principio stesso di statualità (*Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1893³).

Elementi di questo tipo si possono ritrovare però anche là dove si afferma la supplenza del giudice in caso di lacune (P. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914), a cura di r. Dubischar, berlin-zurich, 1968) o dove si rivendica la libertà del diritto rispetto appunto allo stato (H. Kantorowicz, *Der Kampf um Rechtswissenschaft* (1906), in *Rechtswissenschaft und Soziologie*, a cura di t. Würtenberger, Karlsruhe, 1962).

Qui, ma soprattutto in E. Ehrlich (*Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), München-Leipzig, 1929²), e nei socialisti (F. Lassalle, *System der Erworbenen Rechte*, (1861), Leipzig, 1880²; A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena, 1904²; . Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatsrechts und ihre Soziale Funktion*, Stuttgart, (1904), 1965³), in francia in L. Duguit (*Le droit social, le droit individuel et la transformation d li Etat*, Paris, 1908; *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1921), si possono rinvenire elementi di un pensiero che nei momenti naturalistici, realistici e sociologici colgono fattori rilevanti di una statualità non statale.

Vi sono, dunque, molti elementi che concorrono a sviluppare tematiche implicanti la crisi dello stato. In particolare va segnalata quella prospettiva di pensiero, risultata così rilevante nella dottrina tedesca, che ha voluto affermare il primato del metodo giuridico. Pur partendo da presupposti statalistici (si pensi a C. Gerber (*Über Öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852; *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, Dresden, 1880) e a P. Laband (*Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1883), questo metodo produce effetti dissolutivi che conducono al primato dell'ordinamento sullo stato a partire da G. Jellinek (*Das Recht des Modernen Staates*, Berlin, 1900) per arrivare a H. Kelsen (*Hauptprobleme Des Staatsrechtslehre Entwickelt aus der Lehre Vom Rechtssatz*, (1911), Tübingen, 1923²; *General Theory of Law and State*, (1945), trad. it., Milano, 1952; *Reine Rechtslehre*, (1960), trad. it., Torino, 1966).

Accanto a queste opere vanno ricordati i lavori di Vaihinger (*Die Philosophie des Als-Ob*, Leipzig, 1923¹) e del Krabbe (*Die Lehre der Rechtssouveränität*, Groningen, 1906) particolarmente rilevanti non solo perché presenti al Kelsen e da questi discussi, ma soprattutto perché il primo volgendo ad una desostanzializzazione dello stato, il secondo separando lo stato dalla sovranità, contribuiscono a porre le premesse per lo sviluppo di una idea di statualità non statale.

Va inoltre rilevata l'importanza della posizione di F. Sander in ordine alla questione della proceduralizzazione del diritto. L'enfasi data alla dimensione procedurale pone infatti le premesse per concepire la statualità come un rapporto e non come una qualità ascrivibile ad uno specifico ente. (*Rechtsdogmatik oder Theorie Der Rechtserfahrung. Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*, in *Zeitsch. F. Oeff. Recht*, band 2, 1921, pp. 511-670; *Der Begriff der Rechtserfahrung*, Tübingen, 1923)

L'attenzione ad elementi che si risolveranno in una dissoluzione del primato statale si possono ritrovare anche in altri importanti indirizzi di pensiero, quello storicistico da un lato e quello sociologico dall'altro. Per il primo è stato già citato il Savigny, per il secondo Lorenz von Stein. Quest'ultimo in particolare ha avuto una rilevante funzione nell'aprire una prospettiva sulle condizioni sociali degli assetti costituzionali. A differenza che in Marx per il quale è nel momento della produzione economica che la società si costituisce, in von Stein viene messo al centro dell'attenzione il momento istitutivo come luogo in cui e rispetto a cui il movimento della società produce una trasformazione strutturale (*Die Geschichte der Sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Leipzig, 1850; *System der Staatswissenschaft, 1852-1856*, Stuttgart, 1852- 1856; *Die Verwaltungslehre*, Stuttgart, 1868; trad. it. *La scienza della pubblica amministrazione*, Torino, 1897; in it. *Opere scelte*, I e II vol., Milano, 1986). Per misurare la distanza che separa lo storicismo di Savigny da altre visioni legate ad una concezione autoritaria e conservatrice dello

stato, vale la pena ricordare l'opera di quel romanticismo politico che Carl Schmitt ha sottoposto ad una serrata critica, ovvero all'opera di A. Müller (*Von der Notwendigkeit einer Theologischen Grundlage der Gesamten Staatswissenschaften und der Staatswirtschaft Insbesondere*, Leipzig, 1819) e di C. L. Von Haller (*Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des Natürlichgeselligen Zustandes ; Der Chimäre des Künstlich-Bürgerlichen Entgegengesetz*, Winterthur, 1816).

Il tema della crisi dello stato diventa nel nostro secolo dominante (A. Weber, *Die Krise des Modernen Staatsgedanken in Europa*, Stuttgart, 1925). La dottrina a suo modo incorpora nelle sue categorie il fenomeno e sviluppa differenti discorsi tesi a riformulare la statualità. Gli indirizzi più interessanti sono quelli che sfociano da un lato nel formalismo, a tal proposito si è già accennato al Kelsen, dall'altro lato nella rivalutazione dell'elemento sociale (Duguit) e politico (C. Schmitt, *Verfassungslehre*, (1920), Berlin, 1928; trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984; *Der Begriff Der Politischen*, (1932) e *Legalität Und Legitimität*, Leipzig-München, 1932; *Über die Drei Arten Der Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934; trad. it. A cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972). Sempre in polemica con il formalismo va ricordata l'opera di H. Heller (*Die Krisis der Staatslehre*, (1926); *Die Souveranität. ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Volkerrechts*, (1927); *Der Begriff Des Gesetzes in der Rechtsverfassung*, (1927); *Bemerkungen zur Staats- und Rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, (1929), in *Gesammelte Schriften*, Tübingen, 1971; trad. it. A cura di P. Pasquino, la sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato, Milano, 1987; *Staatslehre*, Leiden, 1934; trad. itt. A cura di U. Pomarici, *Dottrina dello stato*, Napoli, 1988), di R. Smend e di F. Kauffmann che pur volendo recuperare la funzione centrale dello stato propongono punti di vista che, come nel caso del concetto di integrazione, rinviano a rapporti di natura fondamentalmente sociale che presuppongono appunto un indebolimento ed uno svuotamento del

concetto stesso di stato. (R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928; *Integrationslehre*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, 5, (1956); trad. it. Con introd. Di C. Zagrebelsky, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988).

Per segnalare il clima che si viene affermando nel secondo dopoguerra vale la pena citare un breve passo di E. Forsthoff, rinviando ad altro luogo il dibattito sullo stato sociale-democratico che caratterizza questo periodo: «chi ha studiato i movimenti costituzionali di questo secolo, le sue rivoluzioni, i suoi sovvertimenti, le sue guerre civili e le sue dittature, non potrà dubitare che una dottrina dello stato dei nostri giorni potrà permettersi - meno che mai - di prevedere solo situazioni normali e di credere nella fine di ogni potere e di ogni politica. E in particolare non si lascerà ingannare nel corso degli anni neanche da una ulteriore spoliticizzazione sotto la legge fondamentale. Sarebbe tragico, se di fronte ad un futuro turbamento della situazione di normalità -ed è sottinteso che nessuno lo può desiderare- una dottrina dello stato ridotta ad uno stato di diritto introverso non potesse offrire altro che una retorica scientifica-spirituale o la ripetizione fatale della ammissione: il diritto dello stato finisce qui.» (*Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964; trad. it. A cura di C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, p. 306). In queste poche parole il timore di una spoliticizzazione dello stato di diritto, che finirebbe per rendere inerme quest'ultimo, si accompagna con la consapevolezza intorno ad una particolare situazione: una situazione caratterizzata dal fatto che alla spoliticizzazione dello stato di diritto potrebbe corrispondere una politicizzazione di potenze sociali esterne al diritto. Di qui il rifiuto di pensare la fine del diritto dello stato. Ora, da un tale dilemma, ovvero dall'esigenza di mantenere nell'orbita del diritto dello stato l'elemento politico e sociale pur essendo consapevole dei processi di spoliticizzazione che investono lo stato, non si esce se non prendendo atto di questi processi, cercando di individuare un differente modo di legarsi al

diritto da parte di una statualità relativamente orfana dell'indiscusso primato statale.

8. Excursus: la dissoluzione del concetto di stato e la dottrina italiana

Oltre agli sviluppi della dottrina tedesca, vanno ricordate le vicende di quella italiana, perché particolarmente rilevante in ordine al nostro tema. In Italia, come è noto, si assiste all'abbandono dei paradigmi giusnaturalistici ed individualistici mediante la mutazione del modello della dottrina dello stato tedesca, in particolare mediante un riferimento all'opera del Savigny e di G. Jellinek. Una volta compiuto il processo di unificazione del paese, si è dovuto procedere ad un adeguamento del quadro teorico ai più recenti assetti caratterizzati dalla presenza di una nuova entità statale da rendere stabile ed unitaria di fronte ad una società relativamente arretrata; quanto meno rispetto ai risultati politici conseguiti. Di qui l'affermazione del primato dello stato e di una lettura dello Jellinek compiuta in una direzione che porta (a differenza della linea Jellinek - Kelsen) verso la decisa affermazione ed il rafforzamento dell'idea di stato.

Va ricordato a questo proposito il programma intellettuale di colui che viene a ragione considerato il fondatore del nuovo diritto pubblico italiano, V. E. Orlando *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Torino, 1890; *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1899; *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940).

Nonostante ciò si sviluppa subito, sulla base di un organicismo di vario tipo, un dibattito che è alla base del sorgere dello stato sociale e che tende a dissolvere l'autonomia del concetto di stato rispetto a nozioni legate a prospettive di integrazione sociale. In questo processo vi è chi come santi romano tende a sottolineare l'autonomia dello stato nei confronti della società pur nelle trasformazioni che muovono all'integrazione fra i due

elementi, e chi, è emblematica la posizione di A. Volpicelli, radicalizza il discorso sull'integrazione dissolvendo l'autonomia della società, ma anche surrettiziamente quella dello stato nei confronti della struttura sociale corporativa.

Così il romano: "il nucleo di verità più indiscutibile che anima le moderne tendenze al sistema corporativo sta nel rilievo molto semplice, che i rapporti sociali che interessano il diritto pubblico non si esauriscono in quelli che hanno per termini l'individuo da una parte, lo stato e le comunità territoriali minori, dall'altra.... Da questo punto di vista, il sistema corporativo, considerato nel suo svolgimento normale e non nelle sue degenerazioni, appare naturale, può servire a mitigare le dannose conseguenze dell'eccessivo individualismo." Con la conseguenza che "un principio sembra a noi che risulti sempre più esigente e indispensabile: il principio, cioè, di un'organizzazione superiore, che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi". (*Lo stato moderno e la sua crisi*, (1910), in *lo stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, p. 18 ss.). Sulla concezione organica dello stato si veda anche lo scritto del 1919 di A. Cicu, *Concezione organica dello stato*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1965.

Ma mentre nel romano secondo l'insegnamento di Orlando va mantenuta viva una distinzione fra stato e società, in A. Volpicelli lo stato si presenta, più radicalmente, come "la coestensiva e contemporanea organizzazione politica della società" diretta ad eliminare qualsiasi dualismo fra stato ed individuo, fra stato ed organizzazione sociale. (Vittorio Emanuele Orlando, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1928, I; *I fondamenti ideali del corporativismo*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1930, III).

Va ricordato qui il dibattito sullo stato sindacale richiamato dal romano nello scritto sopra citato, particolarmente rilevante proprio rispetto al tema della crisi dello stato non solamente liberale: S. Cassese, B. Dente, *Una discussione del primo ventennio del secolo: lo stato sindacale*, in

Quaderni storici, 1971, VI, p. 943; S. Cassese, *Socialismo giuridico e 'diritto operaio'*. *La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974-1975, III-IV. Di S. Panunzio si veda *Il Sentimento dello Stato*, Roma, 1929. Connessa strettamente ad una tale tematica si impone la discussione sullo stato corporativo. Pur senza pretendere di ricostruire un tale dibattito, è opportuno rinviare ad alcune opere particolarmente significative: G. Bottai, *La concezione corporativa dello stato*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, I; *Le corporazioni*, Milano, 1932; G. Zanobini, *Il diritto corporativo e gli altri rami del diritto*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1933, II; *Corso di diritto corporativo*, Milano, 1940⁵; F. Battaglia, *Il corporativismo come essenza assoluta dello stato*, in *Archivio di studi corporativi*, 1935, VI; vV. Cesarini Sforza, *Corso di diritto corporativo*, Padova, 1935⁴; L. Barassi, *Diritto sindacale e corporativo*, Milano, 1932; F. Carnelutti, *Intorno ai presupposti scientifici del diritto corporativo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1932, XXIII, p. 598; U. Forti, *Sull'autonomia del diritto corporativo*, (1929), in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937; *Diritto amministrativo*, Napoli, 1931.

Vale la pena infine segnalare un altro modo di pensare l'integrazione ed il relativo affievolimento dell'autonomia dello stato, quello che persegue la fondazione della società *in interiore homine*, dell'autorità nell'interiorità dell'individuo; un modo caratteristico del periodo e non legato solo alle posizioni gentiliane (G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, (1916), Firenze, 1955; *Genesi e struttura della società. Saggio di filosofia pratica*, Firenze, 1946), ma anche a quelle spiritualiste e di filosofia esistenziale (G. Capograssi, *Saggio sullo stato*, (1918), in *Opere*, Milano, 1959, I; *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, (1921), in *Opere*, cit., I; A. Cicu, *L'idea di dovere e l'idea di diritto*, (1921), in *Scritti minori*, Milano, 1965, I, I, p. 43).

Il processo di integrazione passa attraverso i vari momenti dell'ordinamento e dunque ad esempio attraverso il riconoscimento degli



interessi rispetto alla pubblica amministrazione ed al sistema della rappresentanza (O. Ranelletti, *La rappresentanza nel nuovo ordinamento amministrativo italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXI, 1929; *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912 ; *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1929 ; C. Esposito, *la rappresentanza istituzionale*, Tolentino, 1938), *La centralità della forma partito* (S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945; S. Mortati, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E.orlando*, Padova, 1957; O. Ranelletti, *Il partito nazionale fascista nello stato italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, XXVIII, 1936, p. 24), *La survalutazione dello stato come organismo* (D. Donati, *La persona reale dello stato, (1921)*, in *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, 1966).

Infine va segnalato il passaggio alla costruzione dello stato sociale democratico operato attraverso l'opera anche di giuristi che hanno dato un contributo alla razionalizzazione dello stato sociale corporativo. (F Carnelutti, *stato democratico: stato corporativo*, in AAVV, *Verso il corporativismo democratico*, Bari, 1951). Va naturalmente ricordata l'opera di S. Mortati *Istituzioni di diritto pubblico*, (1955), Padova, 1991), di C. Esposito (*Diritto costituzionale vivente. Capo dello stato ed altri saggi*, (1960-1963), Milano, 1992). Ma va soprattutto ricordato il lavoro dei giuristi che nel periodo costituente diedero avvio al rinnovamento dello stato sociale fondandolo democraticamente; oltre a quelli già citati, in particolare M.S. Giannini (M. S. Giannini-G.Olivetti, *Il problema delle autonomie locali*, *Il corriere amministrativo*, 1946; *L'assemblea costituente*, in *Bollettino di studi socialisti*, dic. 1945), V. Crisafulli (*Per una costituzione democratica*, *Rinascita*, 7, 1946; *Individuo e società nella costituzione italiana*, Roma, 1954), di P. Calamandrei (*Scritti e discorsi politici*, Firenze, 1966 ; *Introduzione storica sulla costituente*, in *Commentario sistematico della costituzione italiana*, Firenze, 1950, vol. I), A. Levi (*Per una repubblica democratica*, *Critica sociale*, 1945, n. 2 ;

Appunti per la nuova costituzione, Critica sociale, 1946, nn. 4,9,10,18; Le autonomie locali nel progetto di costituzione, Critica sociale, 1947, n. 13). In particolare per un'ampia riflessione sulla costituente cfr. *Cultura politica e partiti nell'età della costituente*, a cura di R. Ruffilli, I-II, Bologna, 1979.

Non si può chiudere questa solo indicativa serie di riferimenti senza avvertire che questi passaggi andrebbero seguiti anche attraverso l'evolversi delle altre principali discipline giuridiche, valga ad esempio il richiamo all'opera del già citato Ranelletti e di Cammeo per il diritto amministrativo, o di Redenti per il diritto del lavoro.

A partire dalla fine degli anni cinquanta inizia a svilupparsi una nuova fase tendente a mettere in luce sempre più la funzione centrale delle autonomie ed in particolar modo delle formazioni sociali (P. Rescigno, *Persona e comunità*, I-I, (1954-1987), Padova, 1966 - 1987) una nuova concezione del diritto amministrativo (M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950; S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989), *Una valorizzazione della funzione sociale della proprietà* (S. Rodotà, *Il terribile diritto*, Bologna, 1990), la rilettura dei vari rami del diritto alla luce della costituzione, la fondazione pluralistica dello stato-istituzione, che esaltano quell'emergere sempre più netto della società democratico-liberale sullo stato, che costituisce uno degli elementi più rilevanti della attuale profonda trasformazione della statualità.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

MUSTAFA YASAN

Mediation as an alternative dispute resolution in turkish private law

ABSTRACT- In this article the author investigates the practice of mediation in the Turkish law system as it has been enacted in the last decade. The paper points out scope and principles underlying the mediation procedure, focusing on the mandatory mediation as an exception in labour law disputes. From the author's perspective the introduction of mediation gained positive influences in the civil law processual system, nevertheless, it should be mandatory not only for labour law disputes, embracing many others branches of civil law.

KEYWORDS - Mediation, Turkish Law, Conciliation, Alternative dispute resolution.

Mediation as an alternative dispute resolution in turkish private law**

SUMMARY: *1. Introduction – 2. Mediation as an institution according to mediation act and sub regulations – A. Scope of mediation act and the principles of mediation institution; – B. Rights and obligations of mediators – C. Fundamentals of mediation; D. The termination of mediation and its results – 3. Obligatory mediation as an exception in labour law disputes – A. Mediation as a Condition for Litigation– B. Assignment of Mediator – C. The Process of Obligatory Mediation – D. The Termination of Obligatory Mediation – 4. Conclusion.*

1. Introduction

In Turkish Law system, a great number of codifications, which can be characterized as reforms, have been carried out since the beginning of new millennium up to now. The aim for these reforms was getting the harmony with European Union Law system. We can list the most significant codifications as, Turkish Civil Code (2001), Turkish Criminal Code (2004), Code of Criminal Procedure (2004), Code of Civil Procedures (2011), Turkish Code of Obligations (2012) and as last Turkish Code of Commerce (2012). Besides these basic norms, the searches and frameworks related to alternative dispute resolutions reached to the advanced point and in this period three main institutions came in to force in Turkish Legislation¹. These institutions are: Conciliation, Ombudsman and Mediation². The

* Sakarya University, Faculty of Law, Commercial Law Department.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ S. ÖZMUMCU, *Arabulucu Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk*, in *İÜHFİM*, C. LXXI, 2013, 1, 1369-1390, 1369.

² B. AKSOY, S. KOÇ, D. BOZTOSUN, *Türkiyede Finansal Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Uygulamalarının Analizi*, in *International Journal of Social Sciences and*

institution of Conciliation in Criminal Cases was regulated in Code of Criminal Procedure (5271 Numbered) as the first time. Resolution by the conciliation was allocated to criminal law cases only. In 2012 The Act on Ombudsman (6328 Numbered) was enacted and came in to force after being published in Turkish Official Gazette. By this way, however being too late, one of the alternative resolution ways of disputes, got the legal validity in terms of administrative law. As last, in 2012 “Mediation Act on Civil Disputes” (6325 Numbered) (Mediation Code) was enacted and after being published in Turkish Official Gazette, came in to force in 2013. In addition to this, Ministry of Justice prepared a Regulation (Regulation of Mediation Act on Civil Disputes) as noted in Mediation Code, and after being published in 26.01.2013, this Regulation came into force at the same day with Mediation Act in 22.06.2013. Another regulation related to Mediation Law was prepared under the name “Ethics and Application Rules for Turkish Mediation Council and Mediation System and Mediators” by Department of Mediation in Ministry of Justice in March 2013. The last regulation related to mediation came in to force at the beginning of this year. On 1st of January 2018, Act on Labour Courts which includes significant provisions related to mediation came in to force. In this article the practice of mediation will be examined according to the legislation in Turkish Law System.

2. Mediation as an institution according to mediation act and sub regulations

Education Research, 3/2017, 1868-1380, 1871; F. YILDIRIM, *Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*, in *International Journal of Social Sciences and Education Research*, 3/2016, 748-762, 751; Y. KAPLAN, *Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış*, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 28, 1-2, 115-146, 116, 134; F. STRASSER, P. RANDOLPH, *Mediation A Psychological Insight Into Conflict Resolution*, New York, 2004, 59.

A. Scope of Mediation Act and the Principles of Mediation Institution

Legislator adopted that the scope of Act consists of civil (private law) disputes including the civil disputes related to international private law generally³. On the other hand, the civil disputes which are related to the legal transactions and businesses those the parties of disputes may not have disposing power on are exceptionally out of the scope of the Act. For example, cases for divorces and parental rights can be characterised as exceptions⁴. The parties can not apply to mediation in such cases although they both agree on. In addition to this, legislator also excluded the disputes related to violence in household from the scope of the Act⁵.

In Article 3 of Mediation Act, Principles of Mediation have been regulated. We can categorize these principles under 4 headings. These are:

- 1) “Being Voluntary”
- 2) “Having Equality”
- 3) “Privacy”
- 4) “Prohibition on Use of Declarations and Documents”

According to the principle of being voluntary, the parties of disputes are free to decide whether to apply for mediation, besides, to continue, to end and to give up the procedure⁶. But by 7036 Numbered Act (Labour Courts Act), the disputes related to listed labour law conflicts have been made required

³ P. NEWMAN, *Commercial Alternative Dispute Resolution, Mediation in Context*, Philadelphia, 2000, 177.

⁴ Y. KAPLAN, *Arbuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış*, cit., 123.

⁵ F. YILDIRIM, *Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arbuluculuk*, cit., 751; P. NEWMAN, *Commercial Alternative Dispute Resolution*, cit., 180.

⁶ Ş. DEMİR, *Arbuluculuk Arkadaşlığı*, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/2, 289-314, 292.

to be applied to the mediation before issuing the cases in the courts. The second principle is having equality⁷. According to the principle of having equality, the parties of mediation have equal rights to apply for mediation and to continue the mediation procedure. According to the privacy principle, mediator is obliged to keep the information, documents and any other kinds of records secretly which he gets within the framework of mediation activity⁸. It is regulated that a person who violets this privacy obligation, shall be punished with imprisonment up to six months. “Prohibition on Use of Declarations and Documents”, is another principle regulated in the Act. By this principle, parties of disputes, mediator and the third party who participates to the mediation may not use certain statements and documents as evidence in private law cases nor arbitration processes⁹.

B. Rights and Obligations of Mediators

Mediators who only are registered in mediation registry, have right to use the title of mediator and other related authorities which this title supplies. On the other hand use of mediator title, during the mediation activity is an obligatory for mediators too. Another right of mediators is linked to demand of fees and expenses. According to Article 7, mediator has right to demand the fee and expenses as provision of the mediation activity¹⁰. In addition to

⁷ F. YILDIRIM, *Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*, cit., 752; Y. KAPLAN, *Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış*, cit., 136.

⁸ Y. KAPLAN, *Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış*, cit., 124, 136.

⁹ F. YILDIRIM, *Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*, cit., 752.

¹⁰ Y. KAPLAN, *Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış*, cit., 138.

this, mediator is also able to ask for advance for fee and expenses. The amount of fee of mediator and the party who is obliged to pay this fee can be determined by the parties' free will. If not, the amount of fee is specified according to Minimum Fees Tariff for Mediators which is regulated by the Ministry. Mediator is also authorized to have interviews and to communicate with each party separately or together. Parties may participate in these interviews by legal representatives or by authorized lawyers¹¹.

Mediators are also subject to obligations¹². According to Article 9, mediator is obliged to fulfil the duties diligently, impartially and personally. Otherwise the mediators can face the sanctions as compensation because of the loss which is the result of the violation of the duties. Mediators are also prohibited from all kinds of attempts and movements which can be considered as an advertisement in order to gain business. This prohibition is a result of mediation's public order character. Mediator is obliged to illuminate the parties about the essentials, process and results of mediation as needed at the beginning of mediation activity. Mediator should encourage the parties for attempting and the continuing the mediation process too. As last obligation, mediators must pay subscription for the registration to the registry for mediators. Besides, they are also required to pay annual subscription which is identified by the Ministry.

C. Fundamentals of Mediation

For applying the mediation there are some basic rules have been regulated. According to these provisions, the parties may agree on resorting to a mediator before or during the litigation¹³. The parties are free to start the

¹¹ S. ÖZMUMCU, *Arabulucu Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk*, cit., 1386.

¹² C.W. MOORE, *The Mediation Process*, 4th Edition, Ankara, 2016, 19.

¹³ Ş. DEMİR, *Arabuluculuk Arkadaşlığı, Ankara Barosu Dergisi*, cit., 294.

procedure. On the other hand, the courts also may encourage and illuminate the parties to apply for mediation process by informing them about the basics of the institution. Each party can offer the mediation process to another. If a positive response is not given when there is an offer about applying to a mediator within thirty days, the offer shall be deemed rejected. Parties may agree the contrary¹⁴.

Unless another procedure is agreed on, mediator or mediators are selected by the parties. As an exception, mediators can be identified by the office of Ministry of Justice in disputes of labour law. Mediator is obliged to call the parties to the first meeting as early as possible after being selected. Mediator is free to determine the procedure which shall be followed in order to reach to the resolution. He/she is required to pay attention for choosing the procedure which is suitable for the character of the dispute, demands of the parties, requirement of fast resolution. The parties may also agree on the procedure to be followed¹⁵.

When the parties declare that they would apply for mediation during the litigation, trial is delayed up to three months as the longest. This period may be extended up to three months depending on the application of the parties together. Parties may participate in the mediation negotiations personally, by their legal representatives or lawyers. The mediation process starts when the parties are called for the first meeting if the parties apply to the mediation before litigation. On the other hand, it is required that parties and mediator should agree on continuing the process by drawing up a record.

¹⁴ B. AKSOY, S. KOÇ, D. BOZTOSUN, *Türkiyede Finansal Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Uygulamalarının Analizi*, cit., 1870; Y. KAPLAN, *Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*, cit., 139, 140; C.W. MOORE, *The Mediation Process*, cit., 179; F. STRASSER, P. RANDOLPH, *Mediation A Psychological Insight Into Conflict Resolution*, cit., 79.

¹⁵ F. YILDIRIM, *Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk* cit., 755; Y. KAPLAN, *Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış*, cit., 141; F. STRASSER, P. RANDOLPH, *Mediation A Psychological Insight Into Conflict Resolution*, cit., 82.

The date of the record is the exact date for the commencement of mediation in this case. In case of the application to the mediation after litigation, the mediation process starts from the date when the parties accept the court's offer. The period spent during the mediation process from the commencement until the end of mediation, cannot be taken into account in the calculation of limitation and prescription periods¹⁶.

D. The Termination of Mediation and Its Results

The mediation activity terminates in the cases listed below;

1. When the parties reach to an agreement out of the mediation activity,
2. When it is determined that there is no need to insist for resolution by mediation any more,
3. When one of the parties report the other side or the mediator about being drawn from the mediation activity,
4. When the parties reach to an agreement to terminate the mediation,
5. When it is clarified that the dispute is not suitable for mediation or it is related to a crime which is regulated in The Code of Criminal Procedure

The scope of the agreement that is reached at the end of mediation activity is determined by the parties¹⁷. In case of the agreement document is issued, this document is signed by both the parties and mediator¹⁸. If the parties reach to an agreement at the end of the mediation activity, they can demand

¹⁶ F. YILDIRIM, *Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*, cit., 755, 756.

¹⁷ F. YILDIRIM, *Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk* cit., 757.

¹⁸ C.W. MOORE, *The Mediation Process*, cit., 435.

that agreement document shall include an annotation about the ability of enforcement. If the parties apply for mediation before the litigation, putting an annotation on the agreement document may be requested from the civil court of peace which would be specified according to the procedure rules of courts' authority. If the parties apply for mediation during the litigation, parties may demand from the court that the agreement document shall include an annotation. This court is the court which works on the recent case. That document contains the annotation is considered as a verdict.

E. Registry and Training of Mediators

The registry of the ones who are entitled to mediate is kept by the Department of Mediation in Ministry of Justice. In order to register in registry, the concerned person should apply to the Department of Mediation in writing. Other terms registration for mediators are:

1. Citizenship of Turkish Republic
2. Degree on Law plus having 5 years professional experience as the least.
3. Being fully qualified
4. Not being convicted of a crime intentionally
5. To complete the mediation training and to success in the writing and practical examination.

Mediator can start mediation activities after the date of registration.

Mediation training is given by the universities those have faculty of law, Turkey Bars Association and Turkey Academy of Justice. These organizations can provide training with the permission of the Ministry of Justice.

If the application is accepted, relevant institution of training is allowed for 3 years as the longest. This period can be extended up to 3 years in each time. Application for extension shall be in writing form. Training

n. 2/2017

institutions, give a certificate to individuals who successfully complete their training, proving that they have completed mediation training.

In certain cases, allowances of institutions are cancelled by Mediation Council upon the request of Ministry of Justice. These cases are listed below;

1. If it is determined that one of the terms for allowance is disappeared or not present.
2. If service of training for mediation is not provided adequately
3. If fraud or significant errors are made when editing authorization documents of mediation.
4. If the duty of report is not fulfilled by the training institution.
5. If the continuity of training activity is not provided.

3. Obligatory mediation as an exception in labour law disputes

On the 1st of January 2018, significant amendments were enacted in the legal regime of mediation. Those amendments were regulated in a specific Act which is titled as Labour Courts Act 7036 Numbered. In order to identify the Act by a term that term may be accepted as obligatory mediation as an exception.

A. Mediation as a Condition for Litigation

If the action of debt, the action of compensation of employee or employer which are based on the legislation, individual or collective labor contracts or the claim for the return to work is filled, the case of mediation is a condition for the case. This obligation shall not apply to the pecuniary and

non-pecuniary damage arising from work accidents or occupational diseases and the detections, objections and claims against them¹⁹.

The plaintiff has to file an original or a sample approved by the mediator of the final record of the failure to reach agreement at the end of the mediation activity. If this obligation is not complied with, an invitation to the mediation process will be sent to the plaintiff, stating that the last minute must be presented to the court within the definite period of one week, otherwise the plaintiff will be dismissed. If the requirement of the warning is not fulfilled, the case is decided to be rejected without a notification to the opposing party. If it is understood that a case has been filed without consulting the mediator, the proceedings will be rejected without the process due to the absence of a court case²⁰.

B. Assignment of Mediator

The Department of Mediation of Ministry of Justice shall list the names of the registered mediators who demand having role in the obligatory mediation according the provisions of Act. The Department shall also determinate the expertise areas and of mediators and the authorized justice commissions of first instance court for jurisdiction. The Department shall inform the related commissions about the listed names of mediators. The Commission presidencies send these lists to the mediation offices of their jurisdictional circles and to the civil courts of peace where they do not have a mediation office.

The application to the mediation process should be made to the mediation office or to the authorized registry office of the court at the place of residence or place of business of the opposite side. If the opposite side consists of more

¹⁹ O. ÖZDEMİR, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İÜHFİM, LXXIV, Özel Sayı, 601-615, 601.

²⁰ O. ÖZDEMİR, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, cit., 612.

than one parties, it is possible to start the procedure at the places of each parties' residence or business. Mediator shall be assigned by the office of mediation from the list which is given to the commission presidencies. On the other hand, the parties of disputes can also identify a specific mediator from the list.

C. The Process of Obligatory Mediation

Parties may participate personally, through their legal representatives or their lawyers to mediation negotiations. Employees authorized by the employer in written form may represent the employer at the meetings and may sign the final minutes.

The applicant party shall provide to the mediation office any communication information of the other party in the case that the applicant is in possession of it. The Office is also authorized to investigate the contact information contained in the official records of the parties. The relevant institutions and organizations are obliged to provide the information and documents requested by the office.

The communication information of the parties is given by the appointed mediation office. The mediator is based on this contact information and can do self-research as needed. He/she informs the parties about the appointment by means of any communication options and invites them to the first meeting. Documents related to informing and inviting are certified with a document.

The mediator cannot automatically consider whether the office making the appointment is authorized. The other party may appeal to the authority of the mediation office in the first meeting as the latest by presenting the documents relating to the place of residence and the place where the profession is performed. In this case, the mediator delivers the file to the office to be sent to the relevant civil court. At the end of the examination,

the court will return the file to the office without any charge. In the case of rejection of the objection of authority, the same mediator is re-appointed and the periods of obligatory mediation start from the date of the new appointment. If the objection is accepted, the authorized office can be applied within one week from the notification of the decision. In this case, the date of application to the unauthorized office is considered to be the date of the application to the authorized office. The competent office shall appoint a mediator. Mediation negotiations shall be conducted within the jurisdiction of the judicial commission of the first instance tribunal, unless the parties have otherwise agreed otherwise.

The mediator concludes the application made within three weeks from the date on which it is commissioned. This period may be extended by the mediator for a maximum of one week in mandatory cases. The period of time from the application to the mediation office until the date on which the last minute is held ceases and the period of disqualification does not begin.

D. The Termination of Obligatory Mediation

The mediator ends the mediation activity in case the parties cannot be reached, the parties cannot make an interview or the agreement cannot be reached as a result of the negotiations. In these possibilities, the mediator will inform mediation office by sending the final record of case.

In the case that a party fails to attend the first meeting without a valid excuse, the party not participating in the meeting at the end of the mediation process shall be specified in the last minute and the party shall be held entirely responsible for the proceedings, even if the case is partially or completely justified. Moreover, the attorney fee is not awarded in favor of this party. The proceedings expenses of the parties are left on their own in cases to be filed against the mediation activity which ends because the parties do not attend the first meeting.

n. 2/2017

In the case that the parties conclude by resolution at the end of the mediation activity, the mediation fee shall be paid equally between the parties, unless otherwise agreed to in the Second Section of the Mediation Minimum Wage Scheme. In this case, the fee may not be less than the two-hour fee set out in Part One of the Schedule. In case the parties cannot be reached at the end of the mediation activity, the parties cannot be interviewed because they cannot attend, or the parties fail to reach agreement after less than two hours, the two-hour fee will be paid from the Ministry of Justice budget according to Schedule. If the parties fail to reach agreement at the end of more than two hours of negotiation, the wage for the portion exceeding two hours shall be paid equally according to the Schedule, unless otherwise agreed. The mediation fee paid by the parties to the Justice Ministry budget is counted as a court proceeding.

Essential expenses to be made by the mediation office shall be paid from the budget of Ministry of Justice. Ministry of Justice would demand the payment from both parties if the agreement can be reached. Ministry would demand the payment back in case of failure of mediation activity because the parties cannot reach to the agreement.

4. Conclusion

Although mediation institution is so new in Turkish Law System, positive reflections of five years application can be observed in listed civil law disputes. However, there is a unavoidable handicap of mediation activity as being voluntary. Legislator have been motivated to regulate obligatory mediation in limited labor law disputes. It can be criticized that in order to reach the purpose of legislator from mediation activity the disputes which are convenient to mediation should not be limited so narrow. In addition to that, in order to increase the practice of mediation in civil law disputes, regulating the obligatory mediation only for labor law disputes is so far away

from the meeting the expectations. As de lege ferenda legislator should enlarge the scope of the civil law cases which are subject to obligatory mediation.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

CARMELO RIPEPI

Mediazione demandata e condizione di procedibilità

ABSTRACT – This essay contains short reflections on the so-called court-annexed mediation, that is a method of settling lawsuits outside the court whose attempt is mandatory after the judge has ordered parties to submit to mediation. It is analyzed the procedural discipline of court-annexed mediation and, more specifically, the condition for the prosecution of judicial action required in this type of mandatory mediation.

KEYWORDS – Court-annexed mediation, judicial action, procedural discipline.



Mediazione demandata e condizione di procedibilità**

SOMMARIO: 1. *Introduzione* - 2. *Caratteristiche basilari della mediazione obbligatoria in generale e di quella demandata in particolare* - 3. *Disciplina processuale generale del procedimento di mediazione obbligatoria demandata* - 4. *Presupposti normativi per l'assolvimento della condizione di procedibilità.*

1. Introduzione

Questo lavoro scaturisce dalla lettura di una recente sentenza della Corte d'Appello di Milano¹. Tale pronuncia offre infatti lo spunto per delle sintetiche riflessioni sulla mediazione c.d. demandata e su quella obbligatoria (anche *ex lege*) in generale², nonché in maniera più specifica sulla corretta interpretazione dei presupposti normativi per l'assolvimento della condizione di procedibilità imposta dalla legge per questa forma di mediazione obbligatoria.

La citata pronuncia della Corte d'Appello meneghina, confermando la decisione del giudice di primo grado³, ha dichiarato improcedibile la domanda proposta nel corso del giudizio di primo grado da una delle parti, a seguito di mediazione demandata dal giudice.

* Ricercatore a tempo indeterminato e professore aggregato di Diritto Processuale Civile presso l'Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Corte D'Appello di Milano, Sec. Sez. Civ., Sent. del 10.05.2017, in *Il Caso.it* del 15.09.2017.

² La disciplina procedimentale dei due istituti – mediazione demandata dal giudice e mediazione obbligatoria *ex lege* – è infatti praticamente identica.

³ Si tratta della sentenza n. 886/2016 del Tribunale di Busto Arsizio.

Ciò perché, secondo i giudici meneghini, «in materia di mediazione obbligatoria, non può considerarsi assolta la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5, comma 1 bis, d.lgs. 4 marzo 2010, n.28 ove le parti si siano limitate a presenziare al primo incontro preliminare informativo davanti al mediatore dichiarando di non voler proseguire oltre»⁴.

In buona sostanza le parti, nel corso del giudizio di merito di primo grado, pur ottemperando all'ordine del giudice di attivare il procedimento di mediazione, si erano limitate a comparire al primo incontro col mediatore, dichiarando però a quest'ultimo di non volersi avvalere di questa speciale forma di tentativo di conciliazione previsto dal d.lgs. n.28 del 2010, e di non volere proseguire ulteriormente il relativo procedimento.

Per una migliore intelligenza della delicata questione giuridica da affrontare e risolvere – relativa al se ed al quando può considerarsi assolta la condizione di procedibilità prevista dal decreto legislativo n. 28 del 2010 nei casi di mediazione obbligatoria – è però in primo luogo necessario delineare le caratteristiche generali dell'istituto della mediazione, ed in particolare di quella forma obbligatoria di mediazione in quanto demandata dal giudice, ed in secondo luogo esaminare la sua disciplina procedimentale; da ultimo, sempre per raggiungere il fine sopra descritto, è indispensabile correttamente interpretare il decreto legislativo di cui sopra complessivamente inteso, ossia nel combinato disposto delle sue varie articolazioni, e non invece facendo riferimento esclusivo a questo od a quell'articolo isolatamente considerato⁵.

Ed è quello che farò nelle brevi riflessioni che seguiranno.

⁴ Massima a cura dell'Avv. A. ALBÈ, in *Il Caso.it* cit. del 15.09.2017.

⁵ Si correrebbe infatti il rischio in caso contrario non solo di male interpretare la singola disposizione legislativa isolatamente considerata, ma anche di mal applicarla, il che è ancora peggio!

2. Caratteristiche basilari della mediazione obbligatoria in generale e di quella demandata in particolare

In Italia l'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali è stato instaurato dal d. lgs. n.28 del 2010, parzialmente modificato nel suo contenuto dalla successiva legge n.98 del 2013⁶.

Si tratta di un vero e proprio procedimento che può essere attivato su base volontaria delle parti in contesa, ⁷ oppure su base obbligatoria (*ex lege* ⁸, *ex contractu*, o su ordine del giudice⁹ (la c.d. mediazione demandata); tale procedimento è diretto da un soggetto terzo, il mediatore, ed ha la funzione tendenziale di provocare un accordo fra le parti idoneo risolvere la controversia insorgente o già insorta fra di esse, purché la materia oggetto del contendere sia relativa a diritti disponibili¹⁰.

⁶ Il successivo intervento del legislatore nel 2013 si è reso necessario a seguito di una sentenza della Corte Costituzionale, la n.212 del 2013, che aveva dichiarato la parziale incostituzionalità del decreto legislativo n. 28 del 2010 per eccesso di delega. A sua volta la delega era contenuta nell'art. 60 della l. n. 69 del 2009, che prevedeva che il Governo emanasse uno o più decreti legislativi sulla mediazione in ambito civile e commerciale, nel rispetto di quanto previsto peraltro dalla direttiva comunitaria 2008/52/CE del 21.05.2008 (la quale era relativa a particolari profili della mediazione, sempre in materia civile e commerciale).

⁷ Durante cioè il procedimento giurisdizionale statale, già pendente fra le parti.

⁸ Le materie oggetto di mediazione obbligatoria *ex lege* sono previste dall'art. 5, comma 1° bis, d. lgs n. 28 del 2010, e sono relative a: controversie condominiali, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento danni derivante da responsabilità medica e sanitaria, diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

⁹ Anche in questo caso il procedimento di mediazione deve essere necessariamente attivato a procedimento giurisdizionale già pendente, e quindi nel suo corso.

¹⁰ La scelta legislativa è equilibrata e coerente con il complessivo sistema normativo sostanziale dal momento che le parti in materia di diritti indisponibili non hanno il potere di transigere la controversia in via autonoma; pertanto l'eventuale accordo conciliativo da loro raggiunto in tema di diritti indisponibili sarebbe nullo in radice, secondo quanto

Lo scopo del procedimento di mediazione è pertanto la conciliazione delle parti in lite, che viene raggiunta con l'assistenza di un mediatore¹¹, ma viene infine determinata dalla concorde volontà delle parti, in mancanza della quale è inevitabile l'esito negativo del procedimento¹².

Gli avvocati delle parti, ai sensi dell'art. 4 del predetto decreto 28/2010, devono sempre informare i loro assistiti, nei procedimenti che abbiano ad oggetto diritti disponibili, che possono o devono accedere necessariamente al procedimento di mediazione¹³.

In caso di mediazione obbligatoria la parte interessata deve altresì essere informata dal suo difensore che il mancato esperimento del procedimento giudiziale renderà improcedibile la domanda giudiziale.

Infatti le forme di mediazioni obbligatorie (fra cui rientra la c.d. mediazione demandata) sono tali in linea generale perché il mancato esperimento del procedimento di mediazione comporta l'improcedibilità della domanda

prevede espressamente, peraltro, l'art. 1966 c.c.; v. sul punto, F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *www.judicium.it*, p.5; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv.dir.proc.* 2010, p.618; C. RIPEPI, *Fase introduttiva del procedimento di mediazione obbligatoria ex lege e rapporti col processo*, in *Scienze e Ricerche n. 32*, 2016, p.55.

¹¹ L'art. 16 del d.lgs. 28/2010 prevede a tal fine l'istituzione di «organismi deputati, su istanza di parte, a gestire il procedimento di mediazione», che sono in definitiva costituiti da «enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza e che devono risultare iscritti» in un apposito registro; gli organismi di mediazione hanno al loro interno più soggetti abilitati a svolgere le funzioni del mediatore; all'interno del gruppo di mediatori di cui è dotato ciascun organismo di mediazione, il soggetto responsabile dell'organismo provvede a prescegliere uno o più soggetti abilitati ogni qualvolta venga depositata presso l'organismo in questione una domanda di mediazione.

¹² Il mediatore (così come prevede del resto l'art. 1 del decreto 28/2010) non ha il potere di imporre un accordo alle parti, né tantomeno - non essendo un giudice - quello di decidere egli stesso nel merito la controversia. Si limita a dirigere il relativo procedimento, ad assistere le parti, ed al più può formulare una proposta conciliativa potenzialmente idonea alla risoluzione della controversia, che può essere accettata o rifiutata dalle parti interessate.

¹³ Con annessi benefici fiscali previsti dagli artt. 17 e 20 del sopra citato decreto.

giudiziale¹⁴, e di conseguenza l’emanazione da parte del giudice competente di una sentenza di mero rito impediente l’accertamento di merito sulla domanda.

L’ordinamento pertanto nega in questi casi l’accesso alla giurisdizione, e per questo le fattispecie in cui la legge impone, od il giudice dispone, la mediazione obbligatoria, vengono esattamente definite di giurisdizione condizionata¹⁵.

E veniamo adesso ad esaminare il contenuto ed i caratteri della c.d. mediazione demandata.

L’art. 5, comma 2 del decreto prevede che il giudice possa disporre, prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni ¹⁶, l’esperimento del procedimento di mediazione, che costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, anche in sede di appello.

I commi tre e quattro dello stesso articolo prevedono altresì che durante lo svolgimento del procedimento possono essere concessi provvedimenti urgenti e cautelari e possa essere trascritta la domanda giudiziale e che l’invio in mediazione da parte del giudice non possa essere effettuato nelle stesse ipotesi in cui è esclusa l’altra forma di mediazione obbligatoria, quella *ex lege*.

Pertanto sulla base dell’attuale testo legislativo, parzialmente modificato dalla l. n. 98 del 2013¹⁷, il giudice, «valutata la natura della causa, lo stato

¹⁴ Ciò è espressamente previsto dall’art. 5, comma 1 bis e 2 del decreto 28/2010 per la mediazione obbligatoria *ex lege* e per la mediazione demandata.

¹⁵ M. GRADI, *La mediazione e la conciliazione delle controversie civili*, in C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, contributi coordinati da G. RUFFINI, Torino, 2015, 405; F.P. LUISO, *Diritto Processuale civile*, VII ed., Milano, 2013, 64; v. anche C. RIPEPI, *op. cit.*, 56.

¹⁶ La norma prevede anche che il giudice possa ordinare la mediazione – nei casi in cui non è prevista l’udienza di precisazioni delle conclusioni – prima della discussione della causa.

¹⁷ In base al testo anteriore alle modifiche legislative intervenute nel 2013 il giudice poteva solo invitare le parti in mediazione, che erano libere di aderire o di non aderire. Sul testo in

dell'istruzione ed il comportamento delle parti», può ordinare alle parti l'attivazione del procedimento di mediazione.

Il giudice quindi ha il potere di ordinare alle parti di andare in mediazione, ma deve previamente vagliare la ricorrenza dei parametri sopra indicati¹⁸.

Quanto al primo dei tre parametri – la natura della causa – esso sta ad indicare la sussistenza della possibilità di andare in mediazione, ossia che si tratti di controversia relativa a diritto disponibile, che rientri in ambito civile o commerciale, che non si tratti infine di una materia o di un procedimento per cui è comunque esclusa la mediazione demandata¹⁹.

Il parametro relativo allo stato dell'istruzione sembra invece indicare la circostanza che la raccolta delle prove non debba essere ancora giunta ad un grado di avanzamento tale da consentire al giudice di avere una cognizione più che esauriente dei fatti di causa, poiché in tal caso non sarebbe corretto imporre il tentativo di conciliazione (a meno che non lo richiedano le stesse parti).

Sarebbe inoltre opportuno per il magistrato attendere la definitiva incardinazione della trattazione di merito della causa (quindi lo svolgimento di tutte le attività previste dall'art. 183 c.p.c.²⁰), prima di inviare le parti in mediazione; ciò al fine di pienamente conoscere lo stato della causa e le integrali e definitive richieste delle parti.

Il terzo parametro, consistente nella valutazione da parte del giudice del comportamento delle parti, dovrebbe coincidere essenzialmente, nel caso di specie, nella verifica di una tendenziale disponibilità conciliativa delle parti stesse.

I comportamenti delle parti utili ad indicare al giudice una loro disponibilità conciliativa potrebbero essere vari. Ad esempio:

vigore prima della riforma del 2013, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 148 e ss.

¹⁸ Sul punto v. D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 314 ss.

¹⁹ Secondo quanto prevede ad esempio l'art. 5 comma 4 d.lgs. n. 28 del 2010.

²⁰ In senso parzialmente contrario D. DALFINO, *op. cit.*, 315-316.

- 1) avvenuta richiesta congiunta delle parti, ex art. 185 c.p.c., di tentativo di conciliazione giudiziale, eventualmente non andato a buon fine; 2) richiesta congiunta delle parti stesse di un rinvio per trattative; 3) accertamento da parte del giudice, sulla base degli atti di causa, dell'esistenza di trattative stragiudiziali, antecedenti il giudizio, intercorse tra le parti al fine di giungere ad un bonario componimento del contrasto tra di loro insorto.

Qualora invece la verifica del comportamento processuale delle parti fosse di segno opposto (ossia emergesse una mancanza di volontà conciliativa), il giudice avrebbe l'obbligo morale²¹, prima ancora che giuridico, di astenersi dall'imporre a tutti i costi la mediazione, pena la perdita di significato e di rilevanza giuridica del parametro in questione²².

Da quanto sopra evidenziato cominciano ad emergere i caratteri basilari della mediazione demandata: essa si realizza sulla base di un ordine del giudice, e non più su semplice invito dello stesso²³; è obbligatoria a pena di improcedibilità della domanda giudiziale; può però essere disposta solo se effettivamente sussistenti i parametri indicati dall'attuale art.5 del decreto legislativo n.28 del 2010. Il provvedimento giudiziale ordinante la mediazione non deve cioè costituire un atto d'imperio mero, ma un atto d'imperio ragionevole, emanato nel pieno rispetto dei presupposti previsti dalla legge²⁴.

²¹ Se le parti sono risolte a chiedere giustizia (e non intendono pertanto conciliarsi), giustizia deve essere impartita, non un invio in mediazione, che corre il concreto rischio di trasformarsi, in siffatta fattispecie, in una inutile perdita di tempo!

²² Nello stesso senso, mi pare, l'opinione di D. DALFINO, op. cit., 316.

²³ Come avveniva prima della riforma intervenuta con la legge 98 del 2013.

²⁴ In caso contrario si corre il rischio che l'apprezzamento discrezionale concesso dalla legge al magistrato possa sconfinare nell'arbitrio, se non nell'abuso.

3. Disciplina processuale generale del procedimento di mediazione obbligatoria demandata.

Il procedimento di mediazione ha una durata massima di tre mesi (art. 6, comma 1° d.lgs. 28/2010).

Per quanto concerne la mediazione demandata tale termine prende a decorrere dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito dell'istanza di mediazione presso l'organismo prescelto dalla parte interessata e competente territorialmente²⁵.

L'istanza di mediazione è pertanto la vera e propria domanda con cui si inizia il procedimento, e deve contenere l'indicazione dell'organismo, delle parti, e delle ragioni della pretesa, secondo quanto prevede l'art. 4 del decreto.

Il responsabile dell'organismo di mediazione deve a sua volta designare un mediatore, e provvedere a fissare il primo incontro con le parti non oltre i trenta giorni successivi al deposito dell'istanza, e ne deve dare comunicazione alle parti²⁶.

²⁵ L'art. 4, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010 prevede una sorta di competenza territoriale dell'organismo di mediazione, che dev'essere scelto fra uno di quelli operanti nel luogo del giudice a sua volta territorialmente competente per la controversia da instaurare o già pendente, come nel caso di specie.

²⁶ Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione, secondo quanto prevede l'art. 5, comma 6°, del decreto n. 28/2010, produce gli stessi effetti della domanda giudiziale quanto alla prescrizione, ossia l'effetto interruttivo ai sensi dell'art. 2943, comma 2°, c.c. (v. sul punto M. GRADI, *La mediazione* cit., 315, G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto ed effetti*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 714 ss.), e, secondo altra parte della dottrina anche l'effetto sospensivo sulla prescrizione ex art. 2945, comma 2°, c.c., e ciò sino alla conclusione del procedimento di mediazione (R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 230 ss.). Secondo la stessa disposizione l'anzidetta comunicazione produce altresì l'impedimento della decadenza per una sola volta, con la conseguenza che, se la mediazione ha esito negativo, un nuovo termine di decadenza prende a decorrere dalla data di deposito del verbale attestante la mancanza di accordo fra le parti.

Se il primo incontro, avente natura meramente informativa e preliminare (gli aspetti relativi al carattere, alla effettiva disciplina processuale, ed alla rilevanza giuridica del primo incontro delle parti avanti il mediatore saranno più ampiamente trattati nel paragrafo seguente), ha esito positivo in ordine alla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, il procedimento prosegue senza formalità presso l'organismo adito attraverso una serie di incontri tra le parti ed il mediatore, il quale però è anche libero di incontrarle separatamente.

Le parti sono tenute a partecipare al procedimento, in quanto la mancata partecipazione senza giustificato motivo, ai sensi dell'art.8, comma 4 bis, d.lgs. 28/2010, comporta a loro carico delle sanzioni²⁷ di carattere probatorio e di carattere pecuniario.

Infatti il giudice potrà desumere argomenti di prova ex art.116, secondo comma, a carico della parte costituita che non ha partecipato senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, e la potrà inoltre condannare, trattandosi di mediazione obbligatoria, a pagare allo Stato una somma pari al contributo unificato dovuto per il giudizio²⁸.

Oltre che nel caso di mancata partecipazione delle parti, il procedimento di mediazione si conclude senza conciliazione, quando le parti pur presenti e partecipanti, non riescano tuttavia a trovare tra di loro, pur con l'assistenza del mediatore, un accordo compositivo della controversia.

In caso di mancato raggiungimento dell'accordo il decreto (art.11, comma 1°) prevede che il mediatore può, se lo ritiene, formulare una proposta di

²⁷ G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 623; M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, 759 ss.; M. GRADI, op. cit., 316.

²⁸ Secondo una parte della dottrina anche la partecipazione senza l'assistenza del difensore al procedimento di mediazione non potrebbe evitare alla parte le conseguenze previste dall'art. 8 comma 4 bis del decreto 28/2010. Cfr., sul punto, M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. «decreto del fare»*, in *www.judicium.it*, 2013, 6, e F.P. Luiso, *Diritto Processuale Civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, settima ed., Milano, 2013, 45 ss.

conciliazione, che non può però contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese dalle parti od alle informazioni acquisite dallo stesso mediatore durante il corso del procedimento di mediazione²⁹.

Il mediatore tale proposta è invece obbligato a farla, in caso di concorde richiesta delle parti.

La proposta deve essere comunicata per iscritto alle parti, che devono rispondere, sempre per iscritto, nel termine di sette giorni comunicando l'accettazione o il rifiuto della stessa. In caso di mancata risposta nel termine di sette giorni la proposta s'intende rifiutata.

L'art. 13 del d.lgs. n.28/2010 prevede le possibili conseguenze in caso di rifiuto della proposta formulata dal mediatore. Qualora infatti il successivo provvedimento decisorio del magistrato corrisponda interamente al contenuto della proposta formulata dal mediatore³⁰, il vincitore non solo non viene rimborsato delle spese da lui sostenute ma successive alla formulazione della proposta, ma deve ristorare egli stesso il soccombente per le spese sostenute nel medesimo periodo, nonché pagare un importo pecuniario pari al contributo unificato dovuto in favore dello Stato³¹.

²⁹ M. GRADI, *La mediazione* cit., 318.

³⁰ La previsione legislativa appare problematica. Essa in primo luogo può trovare applicazione soltanto nelle proposte di tipo aggiudicativo, che abbiano cioè un contenuto omogeneo alla domanda giudiziale; necessita che il mediatore possieda competenze giuridiche idonee a valutare secondo diritto le richieste delle parti, e non sempre è così; ed infine suscita in chi scrive forte perplessità l'equiparazione che nel caso di specie in qualche modo viene fatta fra mediatore e giudice. Cfr. anche, sul punto, F.P. LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in *www.judicium.it*, 2012, 8 ss.; M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, 1149.

³¹ È stato esattamente osservato che l'art. 13, comma 1°, del decreto legislativo n. 28 del 2010 possa *a fortiori* essere applicato anche quando la decisione giudiziale abbia un contenuto non pari ma inferiore al contenuto della proposta formulata dal mediatore, proprio perché, in siffatta ipotesi, il rifiuto della proposta da parte del vincitore appare ancor più ingiustificata. Cfr. M. FABIANI, *Profili critici* cit., 1149.

Sempre secondo l'art. 13, comma 1°, del predetto decreto, resta ferma l'applicazione degli art. 92 e 96 c.p.c.³².

In caso di esito negativo del procedimento di mediazione il mediatore forma processo verbale attestante l'esito, con l'indicazione dell'eventuale proposta da lui formulata e rifiutata, e con l'ulteriore indicazione dell'eventuale mancata partecipazione di una o più parti; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, che certifica l'autografia delle sottoscrizioni apposte dalle parti.

Anche in caso di esito positivo del procedimento - in base ad un accordo diretto raggiunto dalle parti con l'assistenza del mediatore, od in base alla congiunta accettazione della proposta formulata dal mediatore - il mediatore forma processo verbale nel quale è contenuto, od è allegato, l'accordo di conciliazione.

Pur consacrato nel processo verbale stilato dal mediatore l'accordo di conciliazione ha la natura e la forza di un contratto fra le parti³³, ma è soggetto ad un particolare regime giuridico.

Nel caso infatti l'accordo sia stato sottoscritto oltre che dal mediatore e dalle parti personalmente, anche dai loro avvocati³⁴ (che a loro volta devono provvedere ad attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico) l'accordo consacrato nel verbale acquista efficacia di titolo esecutivo idoneo all'esecuzione forzata in tutte le sue forme ed all'iscrizione di ipoteca giudiziale.

In mancanza di sottoscrizione da parte degli avvocati, od in mancanza della sola attestazione di conformità, l'accordo di conciliazione può essere

³² Appare di non facile comprensione il riferimento all'art. 96 c.p.c., che è relativo al pagamento dei danni processuali a favore del vincitore, non certo del soccombente.

Contra, M. GRADI, *La mediazione* cit, 319 ed altri A. ivi citati.

³³ V. ampiamente sul punto F. RENDE, *La conciliazione-contratto*, in *Scienze e Ricerche n. 32*, 2016, 73 ss.; M. BOVE, *L'accordo conciliativo*, in *Società*, 2012, 84 ss.

³⁴ Avvocati delle parti, ricordiamolo, che, ai sensi dell'art. 8 riformato del summenzionato decreto n. 28/2010, devono comunque partecipare al procedimento di mediazione.

omologato, su istanza della o delle parti interessate, dal presidente del tribunale³⁵, previa verifica oltre che della regolarità formale dell'atto, anche della sua conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico³⁶.

A seguito dell'omologazione l'accordo consacrato nel verbale acquista anche in questo caso l'efficacia di titolo esecutivo valido per l'esecuzione forzata in tutte le sue forme e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

A fronte di una serie di costi che le parti devono sopportare per il procedimento di mediazione (indennità per il mediatore e gli eventuali esperti, onorari per gli avvocati) v'è un'esenzione fiscale relativa al pagamento dell'imposta di registro per gli accordi di conciliazione fino all'importo di cinquantamila euro ed un credito d'imposta pari all'ammontare dell'indennità ma sino alla concorrenza di cinquecento euro in caso di raggiunto accordo conciliativo, oppure ridotto alla metà in caso di mancata conciliazione³⁷.

4. Presupposti normativi per l'assolvimento della condizione di procedibilità

Vediamo adesso di esaminare e tentare di correttamente interpretare i dati normativi, contenuti nel decreto legislativo n.28 del 2010, relativi all'assolvimento della condizione di procedibilità per quella particolare forma di mediazione obbligatoria che è la c.d. mediazione demandata dal giudice.

³⁵ In caso invece di controversie transfrontaliere di cui all'art. 2 direttiva CE n. 52/2008, la competenza per l'omologazione del verbale spetta al medesimo ufficio giudiziario del luogo però in cui l'accordo deve avere esecuzione.

³⁶ F.P. LUISO, *Diritto Processuale Civile* cit., 47; M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato* cit., 9.

³⁷ R. CHIESA, in Aa.Vv., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. BESSO, Torino, 2010, 298 ss.

n. 2/2017

Essi sono costituiti dall'art. 5, comma 2 e comma 2 bis, dall'art. 8, comma 1 e dall'art. 11, comma 4 e comma 5, del d.lgs. n.28 del 2010.

In primo luogo l'art. 5 comma due, prevede, come già in precedenza evidenziato ³⁸, che nel corso del giudizio, ma prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, il giudice (anche d'appello) può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione, fissando l'udienza successiva dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6³⁹; in tal caso, recita il testo legislativo, «l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale».

In primo luogo si deve considerare assoluta la condizione di procedibilità della domanda giudiziale qualora nel rispetto del termine massimo fissato dalla legge⁴⁰, il procedimento sia stato non solo correttamente avviato, ma anche proseguito dopo il primo incontro, ed infine regolarmente concluso con la formazione ad opera del mediatore di un processo verbale attestante il mancato raggiungimento dell'accordo fra le parti, con l'indicazione dell'eventuale proposta rifiutata⁴¹.

A medesima conclusione deve giungersi quando, a procedimento regolarmente attivato e proseguito, tale termine massimo di tre mesi sia decorso infruttuosamente, pur in assenza di un verbale negativo stilato dal mediatore⁴².

³⁸ V. *infra* par.2.

³⁹ L'art. 6 del decreto legislativo n. 28/2016 prevede un termine massimo di tre mesi per lo svolgimento del procedimento di mediazione.

⁴⁰ Il giudice, disponendo la mediazione, deve fissare l'udienza successiva in una data non solo posteriore ai tre mesi, ma ad ulteriori quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione, quando la mediazione non è stata già avviata.

⁴¹ Ciò risulta, a mio parere, dall'interpretazione derivante dal combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 5, commi 2 e 2 bis, ed 11, comma 4, del decreto n. 28/2010.

⁴² In questo senso, se capisco bene, anche G. REALI, *La mediazione obbligatoria riformata*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 766.

E veniamo adesso ad esaminare quando può considerarsi avverata la condizione di procedibilità a seguito del primo incontro delle parti col mediatore⁴³.

E' questo forse il punto della normativa sulla mediazione che ha provocato maggiori frizioni interpretative ed applicative, non tanto nella dottrina quanto soprattutto nella giurisprudenza di merito⁴⁴.

Per correttamente intendere, interpretare, ed applicare la disciplina relativa al primo incontro delle parti e dei loro avvocati col mediatore, è necessario esaminare varie disposizioni previste dal decreto legislativo n.28/2010, collocate in ordine sparso dal legislatore, ma collegate funzionalmente tra di loro.

In primo luogo, come si è visto, l'art. 8, comma 1°, prevede che dopo il deposito dell'istanza di mediazione presso l'organismo prescelto, il responsabile dell'organismo in questione debba a sua volta nominare il mediatore, fissare il primo incontro non oltre i trenta giorni successivi al deposito dell'istanza, e comunicare la domanda e la data del primo incontro all'altra parte con ogni mezzo idoneo alla ricezione.

Lo stesso art. 8, comma 1°, statuisce che al primo incontro, così come a quelli successivi, devono essere presenti le parti assistite dai loro difensori. Non pare possa essere messo in dubbio che le parti, pur assistite dai loro avvocati, abbiano però l'onere di comparire personalmente nel primo come nei successivi incontri col mediatore. Ciò in primo luogo perché solo esse hanno il potere di disporre autonomamente dei loro diritti e dei loro beni, non certo i loro difensori, che possono fornire una adeguata assistenza tecnica e giuridica, ma non decidere in loro vece.

⁴³ V., *ex plurimis*, M. GRADI, *La mediazione cit.*, 315; G. REALI, *La mediazione obbligatoria riformata*, cit., 766-767; C. RIPEPI, *Fase introduttiva cit.*, 60-62.

⁴⁴ Per una prima panoramica sulla giurisprudenza di merito sulla questione M. RUVOLO, *La mediazione ex officio iudicis e la proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c.*, in *Il Corriere giuridico*, 2014, 1005-1007.

Ma prima ancora solo le parti personalmente hanno il potere di dichiarare di voler procedere o meno nella mediazione⁴⁵, in sede di primo incontro davanti al mediatore. Infatti in altro periodo dell'art. 8, comma 1°, emerge il contenuto del primo incontro col mediatore: «Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento». Questo è il contenuto del primo incontro davanti al mediatore, nulla di più e nulla di meno.

Dalla disposizione in discorso risulta, in maniera direi inequivoca, che il primo incontro delle parti col mediatore ha natura preliminare⁴⁶ rispetto alla mediazione vera e propria, ed ha una funzione meramente chiarificativa ed esplorativa⁴⁷.

È necessario però, in relazione alla mediazione demandata (come a qualunque altra forma di mediazione obbligatoria), interpretare la disposizione di cui sopra nel combinato disposto con quella di cui all'art. 5, comma 2 bis, dello stesso decreto legislativo n.28/2010.

Secondo quest'ultima disposizione, quando l'esperimento del procedimento di mediazione è per l'appunto – come nel caso della mediazione demandata - condizione di procedibilità della domanda giudiziale, «tale condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza accordo».

⁴⁵ In questo senso si è pronunciato il Trib. Firenze, seconda sez. civ., ordinanza del 26.11.2014, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 558 ss., con nota di G. RAITI, 562 ss. V. anche, nello stesso senso, Trib. Roma, 29.09.2014, in *www.dirittoegiustizia.it*.

⁴⁶ Osserva a mio avviso esattamente: G. REALI, *La mediazione obbligatoria riformata* cit., 766, che la conferma della natura preliminare del primo incontro sia detraibile anche dalla circostanza che, ex art. 17 5° comma *ter* del predetto decreto 28/2010, in caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto all'organismo di mediazione.

Dal combinato disposto delle due disposizioni (contenute rispettivamente nell'art. 8, comma 1°, e nell'art. 5, comma 2 bis del decreto n.28/2010) consegue quasi inesorabilmente che, in sede di primo incontro col mediatore, la dichiarazione delle parti (od anche di una sola di esse) di non voler procedere alla mediazione, realizza il mancato raggiungimento dell'accordo, consentendo l'assolvimento della condizione di procedibilità, e la regolare prosecuzione (nella fattispecie considerata) del procedimento giudiziale.

La locuzione legislativa «senza accordo» utilizzata dal legislatore nella disposizione di cui all'art. 5, comma 2 bis, è correttamente ed esclusivamente riferibile all'unica attività che sono chiamate a svolgere le parti in sede di primo incontro col mediatore, e che consiste nell'esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione. Se la risposta è positiva è raggiunto l'accordo e si può procedere alla mediazione ; se la risposta è negativa l'accordo non è raggiunto, il procedimento di mediazione si chiude lì, e si considera avverata la condizione di procedibilità per espressa disposizione di legge; ed il procedimento giudiziario (nel caso della mediazione demandata dal giudice) può regolarmente proseguire.

Bisogna però farsi carico del fatto che in questi anni sono state emanate sul tema varie pronunce di merito⁴⁸ che, denegando tale interpretazione, hanno con vari argomenti sostenuto che nel corso del primo incontro dovrebbe in realtà iniziarsi la mediazione, e pertanto il mancato accordo delle parti dovrebbe essere riferito al tentativo di conciliazione effettivamente esperito

⁴⁸ Trib. Firenze, II Sez. Civ., cit., 558 ss.; Trib. Palermo, 14 luglio 2014, in *www.adrintesa.it*, ed ancora, con specifico riferimento alla mediazione demandata, cfr. tutta una serie di rimandi ad ulteriori pronunce di giudici di merito più o meno dello stesso segno in G. Raiti, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2 bis, d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28*, in *Riv. dir. proc. cit.*, 564, nota 6. Da ultimo la sentenza della Corte d'Appello di Milano del maggio 2017, già citata nel presente scritto in nota 1.

dal mediatore, e non al diniego delle stesse parti all'inizio della procedura di conciliazione.

Le pronunce citate hanno peraltro sanzionato la mancata volontà delle parti – emersa nel primo incontro col mediatore – ad iniziare la procedura di mediazione con la dichiarazione di improcedibilità della domanda giudiziale⁴⁹.

Secondo alcune di queste pronunce⁵⁰, con riferimento poi all'art. 8, comma 1, del decreto n.28 del 2010⁵¹, le parti dovrebbero limitarsi ad indicare al mediatore la sussistenza di eventuali impedimenti che possano ostare alla prosecuzione del procedimento di mediazione. Pertanto la disposizione in questione farebbe riferimento solo alla eventuale indicazione ad opera delle parti di «eventuali situazioni preliminari che possano ostacolare l'esperimento di mediazione»⁵², e non alla volontà delle parti di proseguire. Si tratta di una ricostruzione suggestiva che però, oltre ad essere meramente disancorata da una effettiva rispondenza ai dati legislativi testuali, urta non soltanto con la chiara lettera della legge, ma anche con una visione equilibrata dello stesso procedimento di mediazione, per come esso è stato impostato dal legislatore del decreto n.28/2010⁵³.

Trattasi di impostazione non soltanto disancorata, ma confliggente con il dato testuale, perché dalla semplice lettura della disposizione di cui all'art. 8 comma 1 emerge in maniera chiara ed inconfutabile il contenuto e la

⁴⁹ Si tratta a mio avviso di un vero e proprio accanimento impositivo che dev'essere contrastato.

⁵⁰ Cfr., *ex plurimis*, Trib. Firenze, II Sez. Civ. cit., 561.

⁵¹ Secondo cui il mediatore nel primo incontro invita le parti ed i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare il procedimento di mediazione.

⁵² Così Trib. Firenze cit., 561.

⁵³ Alcuni passaggi di questa impostazione risultano inoltre oscuri e non facilmente comprensibili: quali sarebbero, ed in cosa consisterebbero effettivamente, gli eventuali impedimenti, le situazioni preliminari di ostacolo all'esperimento di mediazione non è dato sapere, e non ci si preoccupa di spiegarlo!

natura chiarificatoria e preliminare del primo incontro col mediatore, che non involge e non comprende alcuna attività di mediazione in senso stretto. Non si vede come le parti potrebbero trovarsi in accordo od in disaccordo sul tentativo di mediazione effettivamente esperito dal mediatore, se in questo primo incontro il mediatore tale tentativo non può effettuare, dovendosi limitare, in base ad una norma imperativa, a chiarire alle parti la funzione e le modalità della mediazione ed a chiedere loro se vogliono proseguire l'esperimento.

Tale orientamento giurisprudenziale però confligge anche con la stessa equilibrata impostazione che il legislatore ha previsto (sia pure in ristretti limiti di tempo) per il procedimento di mediazione, anticipando l'accordo od il disaccordo tra le parti sulla eventuale conciliazione non al termine del procedimento stesso, ma alla sua battuta iniziale, al primo incontro col mediatore!

Si tratta di un orientamento giurisprudenziale – ad avviso di chi scrive – profondamente erroneo e figlio di una visione pregiudiziale dell'ordinamento giuridico, che si spera la suprema Corte possa correggere in un prossimo futuro.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

VALERI MIKHAILENKO

Il progetto russo di «anti-Europa»

ABSTRACT - The issue of “russophobia” being a part of the political reality in Europe attracted great attention of the researchers. It should be noted, however, that, on the other side we have also “europhobia”, initiated by Russia. The historical roots of “europhobia” are analyzed through the prism of the “Anti-Europe Project” which has been a part of the Russian policy since the October Revolution of 1917. The paper deals with the historical, civilization and value issues related to the concept of "europhobia", along with the use of the concept of a "besieged fortress". These two elements are used together with the characteristics of a new Russian state system as mechanisms ensuring the stability of the Putin’s political regime.

KEYWORDS - Russofobia, eurofobia, project Anti-Europa, Eurasianism, social archetype collectivist.

VALERI MIKHAILENKO*

Il progetto russo di «anti-Europa»**

SOMMARIO: 1. *Introduzione* - 2. *Che eredità abbiamo?* - 3. *L'Impero zarista e quello sovietico* - 4. *I limiti della perestroika* - 5. *Quale capitalismo può costruire una società antiborghese?* - 6. *I nuovi nobili (dvorianstvo) nella Russia contemporanea* - 7. *Il nuovo ordine mondiale e la Russia contemporanea*

1. Introduzione

Il Centenario della Rivoluzione d'Ottobre in Russia può essere l'occasione se non di celebrazioni, almeno di riflessione. In questo articolo vorrei cercare di spiegare perché la Russia continua ad essere anti-europea nonostante il cambio del regime politico.

Nell'Italia contemporanea sono state pubblicate profonde analisi sulla politica russa interna ed esterna. Tra loro, per esempio, Lorenzo Gianotti ha affermato che alla base dell'antioccidentalismo russo si trova «un risentimento profondo per *l'obman*, l'inganno subito». Infatti, i politici occidentali si erano impegnati a non estendere la NATO ai paesi già membri del Patto di Varsavia, ma non hanno mantenuto la promessa. Inoltre, quando il Pentagono ha pianificato l'invasione dell'Afghanistan, la Russia ha fornito un'attiva collaborazione agli Stati Uniti. In cambio Putin sperava in una grande alleanza antiterroristica e attendeva il riconoscimento degli interessi geopolitici della Russia nello spazio post-sovietico. «Ma si è reso presto conto che non era questo l'orientamento di Washington» ecc.¹ Questi

* Professore Ordinario presso l'Università Federale degli Urali «Boris Eltsin», Ekaterinburg, Russia.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ L. GIANOTTI, *Putin e la Russia. Irresistibile e anacronistico ritorno all'autocrazia*, Ed. Riuniti, Roma, 2014, 117 - 119.

eventi non sono rimasti senza conseguenze, così come hanno osservato diversi studiosi.

Francesca Mereu, la quale ha lavorato a Mosca dodici anni, ha ricostruito la presa del potere da parte dei *cekisti* (il vecchio nome dei servizi segreti). Nel far ciò, ha raccontato come il nuovo Presidente Putin è giunto a consacrare la sua figura di eroe, moderno e antichissimo: il capo vendicatore, adorato dal suo popolo. Quest'autrice ha rilevato che “se negli anni Novanta l'FSB² ha cercato di tenere le distanze dal vecchio KGB, ora con Putin è stata fatta l'operazione inversa, consistente nel sottolineare la nobile continuità tra i due servizi segreti”³.

Giulietto Chiesa ha posto l'accento sul fenomeno della russofobia in Europa. Il famoso giornalista ha spiegato che l'Occidente non capisce la Russia e non è capace di fare altro che aggredire la Russia⁴. A questo proposito, crede che l'origine della russofobia dell'Occidente vada cercata piuttosto a livello irrazionale: l'Occidente non comprende “*un Altro ed insolito*”. Infatti, i russi sono europei ma nello stesso tempo sono asiatici. Questa doppia dimensione costituisce un'altra categoria antropologica all'interno della cultura europea, che si è manifestata attraverso altri sviluppi storici. Quest'alterità, riferita a una civiltà ricca e grande come quella russa, che non può essere dominata dall'Occidente, genera paura. D'altra parte, la Russia non ha una grande capacità di stare una parte dell'Occidente, e questo non facilita il superamento di queste difficoltà. G. Chiesa riconosce che per lo sviluppo economico della Russia manca la democrazia. Ma nello stesso

² In russo Федеральная служба безопасности Российской Федерации» (Federal'naja služba bezopasnosti) ovvero Servizi federali per la sicurezza della Federazione russa.

³ F. MEREU, *L' amico Putin. L'invenzione della dittatura democratica*, Alberti, 2011, 12, 190.

⁴ G. CHIESA, *Putinofobia*, Ed. Piemme, 2016. Il libro è tradotto in russo: G. CHIESA, *Russofobia 2.0: bolezn ili oruzie Zapada. Moskva*, Eksmo, 2016.

tempo condanna una parte dell'intelligenza russa di russofobia, alla quale chiede le stesse cose, ovvero un'apertura democratica⁵.

Il giornalista svizzero Guy Mettan ha studiato la questione della russofobia in Occidente ⁶, affermando che essa è un fenomeno di psicologia collettiva, alla stregua della psicopatia. I processi storici, le divergenze teologiche, gli scismi religiosi – hanno creato una base favorevole per la formazione della russofobia contemporanea. La russofobia serve per manipolare l'opinione pubblica, e plasmarla secondo gli interessi statali, economici e geopolitici⁷. Un'altra visione della situazione russa è stata presentata nel libro di Alessandro Vitale e Giuseppe Romeo⁸. Gli autori affermano che dopo la scissione dell'URSS, la Russia “sta cercando di riaffermare un suo ruolo significativo nella politica internazionale”. E la classe politica, cerca di identificarsi “in gran parte in continuità con la lunga storia imperiale precedente”. Tra gli scopi più generali di questo atteggiamento vi è la produzione del consenso interno «al fine di consolidare il complesso *post-Soviet state system*, tamponando primariamente la debolezza dello Stato territoriale» ⁹. Così, sono di primaria importanza “i fattori ‘domestici’ di condizionamento della politica estera russa, basati sul concentrare nello Stato le risorse di potenza». La retorica non nazionale di tipo occidentale ma «sovranaazionale» e di «patriottismo imperiale» è l'unica identificazione possibile¹⁰. Gli autori affermano che la dirigenza russa fa uso dell'identità imperiale per la legittimazione interna. A questi scopi si paventa in maniera

⁵ *La biblioteca di Pandora – Giulietto Chiesa: Putinfobia* (<http://www.pandoratv.it/?p=7450>).

⁶ G. METTAN, *Russofobia. Mille anni di diffidenza*, Teti, 2016. Il libro è tradotto in russo: G. METTAN, *Zapad – Rossia: tysiaceletnii voina. Istoria russofobii ot Karla Velikogo do ukrainskogo krizisa*. Moskva, Paulsen, 2016.

⁷ *Ibidem*.

⁸ A. VITALE, G. ROMEO, *La Russia postimperiale. La tentazione di potere*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.

⁹ *Ivi*, 1.

¹⁰ *Ivi*, 1-2.

ossessiva la figura di “un nemico esterno minaccioso per quell’integrità e per le enormi ricchezze naturali del Paese”. Così “l’incertezza sulla natura politica della Russia contemporanea influisce in modo determinante sulla sua politica interna e su quella estera”¹¹.

In questo breve saggio desidero proporre la mia personale versione della risposta alla domanda perché i dirigenti russi hanno quella propria fobia la quale si chiama «l’antieuropeismo storico». L’autore prova a ricercare questo problema dal punto di vista di un approccio metodologico cognitivo e particolarmente mimetico (nello spirito di René Girard). Che cosa disturba alla realizzazione del progetto di un’Europa unita “dall’Atlantico agli Urali”? Vorrei affermare che le radici del progetto russo “anti-europeo” da una parte sono più profonde e più antiche e dall’altra parte sono più artefatte e forzate che storiche.

Devo l’idea di sviluppare questo tema al mio collega italiano prof. Pietro Neglie il quale ha pubblicato il libro “Un secolo di anti-Europa”¹². P. Neglie afferma che la Prima guerra mondiale è “vista in quanto guerra civile europea come ispiratrice e levatrice *dell’antieuropa*” termine con cui l’autore indica “un sentimento anti-europeo che in modi e momenti diversi ha cercato di ispirare idee, progetti, programmi politici, ideologie antagoniste all’idea e all’identità europea”¹³.

Sono d’accordo con P. Neglie che l’antieuropa in sostanza incarna “ogni velleità di ridurre a unità il complesso mosaico europeo, unitario e molteplice allo stesso tempo”¹⁴. Dal punto di vista politico il liberalismo-democratico non è l’unico progetto europeo: fra questi abbiamo anche il comunismo, il nazional-socialismo e diversi tipi di totalitarismo. Tutti

¹¹ *Ivi*, 2.

¹² P. NEGLIE, *Un secolo di anti-Europa. Classe, nazione e razza: la sfida totalitaria*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003.

¹³ *Ivi*, 6.

¹⁴ *Ivi*, 8.

questi progetti politici e ideologici sono nati in Europa, e così sono dei progetti europei.

Anche dal punto di vista religioso il cattolicesimo o il protestantesimo non sono l'unica religione europea. Anche l'ortodossia ha le proprie radici in Europa. In Europa si sono sviluppate anche tradizioni islamiche e giudaiche. Così "l'idea di Europa è idea di una civiltà che si forma nell'incontro-scontro, dunque nella diversità [...], nella sua complessa identità"¹⁵. La matrice della civiltà russa è la stessa di quella europea. Ma allora perché esiste una differenza così lunga e spesso antagonista?

Dal punto di vista filosofico l'idea sottostante alla costruzione europea si identifica con la tolleranza verso *l'Altro*. Umberto Eco a questo proposito domanda: perché esistono le culture che non percepiscono gli *Altri*? Per esse infatti "il circolo dell'Altro è limitato alla loro tribù ed etnia ed i 'barbari' non si recepiscono come i viventi"¹⁶.

Così la risposta alla domanda delle radici del progetto russo di «anti-Europa» va cercata nella particolarità della «questione russa».

Tra le più importanti ricerche per capire quest'argomento occorre segnalare un libro del prof. Vittorio Strada pubblicato nel 1991, ed intitolato «La questione russa: identità e destino»¹⁷ che conservo con l'autografo dell'autore. Il professore fa i paragoni tra la storia della Russia e della Germania e afferma che ambedue, all'inizio del ventesimo secolo, non erano europee nel senso della cultura e politica occidentale. "Si creava, in questi due paesi, un distacco tra vita intellettuale e realtà politica superiore al normale grado di discrepanza tra cultura e istituzioni dei paesi occidentali"¹⁸. A differenza della Germania la quale, dopo la seconda guerra mondiale è stata europeizzata, la Russia, cominciando dalla rivoluzione

¹⁵ *Ivi*, 8-9.

¹⁶ U. ECO, *Piat esse na temy etiki*, Sankt-Peterbourg, Symposium, 1998, 9.

¹⁷ V. STRADA, *La questione russa: identità e destino*, Marsilio, 1991.

¹⁸ *Ivi*, 17.

dell'Ottobre del 1917 ha realizzato “una radicale negazione della tradizione democratico-liberale e cristiano-sociale dell'Occidente”¹⁹.

Il problema generale della Russia contemporanea è la divisione tra la società “vecchia” (maggioranza) e la società “nuova” (minoranza). Purtroppo il potenziale del rinnovamento democratico degli anni '90 del XX secolo, si era esaurito troppo presto. L'élite politica contemporanea in Russia è stata militarizzata, è stata educata nella tradizione sovietica e patriarcale, non comprende *l'Altro*. Gli istituti politici sono organizzati nel modo autoritario con tendenze a opprimere la minoranza.

Così, nella Russia contemporanea, vi sono i presupposti storici, politici, religiosi e culturali per continuare il progetto di “anti-Europa”.

2. *Che eredità abbiamo?*

Come Paese che insegue lo sviluppo, la Russia è condannata ad un processo convulso e incostante di auto-modernizzazione. Senza volermi soffermare su una prospettiva teleologica della storia, ritengo che la tragedia russa del XX secolo sia collegata con le particolarità antecedenti, caratteristiche dello sviluppo storico della Russia stessa. Durante tutta la storia della Russia, la società è stata divisa in due sfere: quella d'influenza culturale europea e quella di tipo arcaico-tradizionale; la cultura aristocratica e principalmente dell'intelligenza da una parte e quella dei contadini, dei proletari, dei ceti medi e una parte degli intellettuali non appartenenti alla nobiltà dall'altra. Nelle mie pubblicazioni precedenti ho cercato di spiegare i motivi dello sviluppo storico della Russia che da sempre è stato eterogeneo e illogico²⁰. A cavallo dei secoli XX e XXI la situazione non è cambiata molto. La

¹⁹ *Ivi*, 19.

²⁰ V. MIKHAILENKO, *Centro e periferia nello Stato russo*, in *Relazioni internazionali*, Agosto 1995.

Rivoluzione d'ottobre, infatti, ambiva prima di tutto a modernizzare l'arcaico sistema governativo del paese. Potrei affermare che nell'Ottobre 1917 la rivoluzione ha vinto mantenendo una facciata europea, ma mantenendo ciò che era tradizionale e arcaico. Grosso modo, Stalin ha continuato la strada degli zar Ivan il Terribile e Pietro il Grande, facendo uso degli stessi loro metodi e mezzi. La modernizzazione dell'economia era stata nei fatti basata sulla costrizione delle risorse umane e sull'impoverimento del popolo, mentre Stalin ha usato i vecchi metodi di servitù della gleba. La maggior parte degli artefici del socialismo, hanno incarcerato prigionieri politici, inviandoli poi ai lavori forzati in condizioni peggiori di quelle degli schiavi.

Lo scontro fra diverse sub-culture, che vanno suddivise in “tipo della nuova Europa” e di “società tradizionale”, che per alcuni secoli hanno diviso la Russia, si sono concluse con la vittoria del tipo “neo-europeo” nella forma e di quello tradizionale nella sostanza. La guerra civile e l'emigrazione e poi “le navi cariche di intelligenza”, mandata via dai bolscevichi dalla Russia, le purghe staliniane hanno fatto terminare questa spaccatura della società in favore dei collettivisti.

Non fa meraviglia pertanto che l'idea collettivista a livello intellettuale non ha incontrato in pratica alcuna resistenza di massa. Con una costante insoddisfazione di un Paese arretrato e in via di sviluppo, che aveva risorse materiali e umane di portata colossale, con una popolazione imbevuta di idee messianiche e che ancora non aveva imparato a “vivere per se stessa”, “alla borghese”, la Russia non ha potuto non immergersi in progetti avventati di accelerazione storica.

Il nucleo primario della società sovietica è stato rappresentato dall' *homo sovieticus*, il quale non aveva il senso delle radici nazionali e storiche e nel quale è stato annullato il principio individuale, proprietario, personale. Per l'uomo russo lo Stato è qualcosa di più che per un europeo: è Patria-Madre, Dio sulla terra, ecc. Ma nello stesso tempo è anche “Anti-Cristo”, mostro, nemico, qualcosa di astratto. Contro di lui si può non seguire le leggi; se una

cosa è statale si può rubare. Il periodo sovietico non ha cambiato la rotta dell'allontanamento dell'uomo dallo Stato.

La burocrazia sovietica, anzi, ha rafforzato questo allontanamento. Il problema della lotta con il burocratismo statale ha preso da subito un posto così importante nei primi anni del potere sovietico, che a esso è stato dedicato un intero paragrafo nel Programma del Partito del 1919²¹. La sostanza delle misure amministrative che si adottarono fu la rotazione dei burocrati, il tentativo di allargare "l'autogoverno", di semplificare l'apparato burocratico. Per la vigilanza sulla burocrazia e la realizzazione di un ruolo di collegamento nella società sono stati utilizzati i sindacati e il Partito. La discussione sindacale negli anni Venti, nel corso della quale sono stati intrapresi i tentativi di fondare le organizzazioni professionali su quelle di partito e statali, ha condotto poi all'instaurazione della dittatura di partito. Dopo il pieno fallimento dei metodi nuovi della dirigenza statale, in poco tempo Stalin ha ricostruito quasi tutto il sistema burocratico del precedente Stato zarista.

Il filosofo sovietico M. Mamardashvili, analizzando il fenomeno dello stalinismo, giustamente ha scritto: "Nessuno stalinismo è esistito. In realtà Stalin è il prodotto di milioni di autocrazie, o, meglio, il loro riflesso focalizzato. Di questo fra l'altro Stalin stesso parlò, riconoscendo che aveva costruito il Partito a propria immagine e somiglianza... Stalin si dimostrò adeguato alla loro coscienza collettiva. Pertanto Stalin divenne quello che divenne"²². Il governo sovietico ha compensato con la disciplina dura del Partito e con il controllo la mancanza di preparazione professionale della burocrazia statale e la mancata scelta della burocrazia con normali metodi professionali. Costantemente era presente un'atmosfera di paura delle rappresaglie tra i funzionari. Stalin ha diviso la burocrazia in

²¹ *KPSS v resoljucijach i reshenijach sjezdov, konferencij i plenumov CK*. Mosca, 1983, II, 79.

²² M. MAMARDASHVILI, *Kak ja ponimaju filosofiju*, Mosca, 1992, 170.

amministrativa e di partito, e ha realizzato la sua politica con il principio: dividere per governare (*divide et impera*).

Realisticamente occorre tuttavia dire che non esisteva un'altra strada per l'organizzazione dello Stato sovietico. Uno dei più grandi studiosi della politica e dell'economia capitalista, Ludwig von Mises, afferma nel suo libro *Burocrazia* che «il controllo governativo sull'attività economica è, sostanzialmente, incompatibile con qualsiasi forma di regime costituzionale e democratico»²³. L'opinione del famoso economista austriaco è che l'unico indicatore della democratizzazione del sistema burocratico sia il primato della legge (*Nulla poena sine lege*). L'alternativa a questo sistema è il governo burocratico-amministrativo. «È altresì vero che la burocrazia è permeata di un odio implacabile nei confronti dell'attività economica privata e della libera iniziativa... Essa mira al controllo totale dell'economia per opera dello Stato, e considera come nemico pubblico ogni imprenditore che intende sottrarsi a siffatto controllo»²⁴. Von Mises afferma che la burocrazia statale è lo strumento per l'esecuzione della politica totalitaria dello Stato²⁵.

Von Mises ha notato anche: «Luigi XIV fu molto franco e sincero quando disse: “Lo Stato sono io”. Lo statalista dei nostri giorni è modesto. Egli dice: io sono il servitore dello Stato; ma, sottintende, lo Stato è “Dio”. Uno potrebbe ribellarsi contro un Re Borbone e i Francesi lo fecero. Questo, è chiaro, porta alla lotta di uomini contro uomini. Ma non ci si può sollevare contro il Dio-Stato e contro il suo umile servitore, il burocrate»²⁶.

La storia russa del XX secolo ha dimostrato che la burocrazia russa è un ceto particolare, con una psicologia totalitaria ed è soprattutto avida di potere.

Lo Stato si contrappone all'uomo russo come qualcosa di nemico, e su di esso, come su un nemico, non si estendono divieti morali: lo si può

²³ L. VON MISES, *Burocrazia*, Rusconi, 1991, 22.

²⁴ *Ivi*, 24.

²⁵ *Ivi*, 33.

²⁶ *Ivi*, 98.

ingannare, derubare, ad esso non si deve credere, con esso si può combattere²⁷. Corrispondentemente a questo fatto si è venuta a formare la relazione con tutto ciò che è statale: con la politica, con il potere legislativo ed esecutivo, con gli impiegati dello Stato di ogni rango. L'odio per ciò che è statale spesso è stato utilizzato dal potere per lo spegnimento dell'attenzione delle masse. Stalin ripetutamente utilizzò l'arma dell'odio contro la burocrazia statale per il lancio delle successive campagne di repressione. Con il crollo dell'URSS in molte occasioni la dichiarazione d'indipendenza delle repubbliche non è stata provocata dal processo di trasformazione delle masse da sovietiche a nazionali (nazionalizzazione), ma dagli interessi egoistici della burocrazia locale, ovvero dal vero cesarismo locale. Ripetutamente nel corso di quest'ultimo secolo, avendo trasformato il suo aspetto esteriore, la burocrazia russa è nello stesso tempo stata facilmente riconoscibile come una formazione specificamente nazionale. Oltretutto, come ha dimostrato l'esperienza dello sviluppo democratico degli anni '90, la presenza di elementi formali della democrazia - la separazione dei poteri - non cambia nulla nel comportamento della burocrazia statale. In Russia essa è assetata di potere e imbevuta di spirito e di comportamento totalitari. Di nuovo oggi ad esempio, come nel periodo sovietico, non l'attività imprenditoriale libera, il pieno rischio economico o una carriera professionale umile, ma il passaggio attraverso l'impiego statale diventa l'obiettivo che molti russi intendono raggiungere. Sarebbe ingenuo supporre che la coscienza di massa potrà cambiare nel corso di un breve periodo di riforma. Ancora più difficile sarà cambiare lo stile di pensiero. I valori spirituali dei russi hanno il carattere collettivistico statalista della società locale e tradizionale, anti-occidentale, poco individualizzata, anti-borghese; i valori della libertà e i diritti umani sono concepiti in modo diverso che in Occidente.

²⁷ K. KASJANOVA, *O russkom nacional'nom charaktere*, Mosca, 1994, 72.

Il periodo sovietico ha moltiplicato di molte volte questa condizione irrealistica dell'anima russa. Le repressioni violente degli anni Trenta e le ondate di politica repressiva nel periodo seguente hanno perfezionato il lavoro di formazione di una coscienza repressiva di massa. Il controllo totalitario creato dal regime sovietico sulla coscienza di massa e su quella individuale, ha superato in modo significativo le più spaventose anti-utopie orwelliane. Le conseguenze dell'atrofia del processo conoscitivo, dell'isolamento della cultura, della limitazione alla libertà di pensiero sono confrontabili con i fenomeni sociali di genocidio. Il filosofo Merab Mamardashvili ha descritto queste conseguenze come una piena degradazione della personalità, «una catastrofe antropologica» che si manifesta nell'incapacità dell'uomo di fare i conti con la realtà. Questo fenomeno - la cristallizzazione di una struttura ideologizzata - provoca l'erosione della stessa coscienza aperta. Egli ha individuato la sostanza di questo problema nella "frammentazione, nella frattura della coesione fra Stato e società", volta alla creazione di "una condizione pre-civilizzata nella nostra coscienza"²⁸.

3. *L'Impero zarista e quello sovietico*

Fino ad oggi sono esistite strade fondamentali nella vita dello Stato contemporaneo: quella nazional-territoriale, imperiale, lo sviluppo di unioni tra stati, la graduale perdita della sovranità nel processo di globalizzazione. Il bolscevismo ha frenato tutte le strade della trasformazione dell'Impero Russo in uno Stato nazionale.

Uno dei ricercatori che si sono dedicati alla storia e allo sviluppo dello Stato sovietico, M. Agursky afferma che il progetto dell'Unione Sovietica «è quell'ideologia russa di tipo *étatiste* che legittima il sistema politico sovietico secondo la visuale tipica della tradizione *étatiste* russa, che non ha

²⁸ M. MAMARDASHVILI, *Kak ja ponimaju filosofiju*, cit., 175.

nulla a che fare (anzi, le si contrappone diametralmente) con una legittimazione, a fondamento esclusivamente marxista»²⁹. Con tale impostazione del problema in generale si può essere d'accordo. Come noto, alcuni conseguenti anticomunisti, gli «euroasisti» degli anni Venti-Trenta, appoggiarono apertamente i bolscevichi nella costruzione dello Stato sovietico, vedendo in esso la continuazione della tradizione dell'Impero Russo (*Rossijskij*).

Però un'altra definizione di M. Agursky - *l'étatisme* (o lo Stato centralizzato come valore assoluto e superiore) come forma del nazionalismo - andrebbe sottoposta a critica puntuale. Mikhail Agursky accomuna fenomeni di tipo ordinativo come la diffusione del messianismo religioso russo e panslavo, da una parte e dall'altra, con il rafforzamento del nazionalismo russo. In tal modo perfino nell'idea della Terza Roma, promossa da Padre Filofej, egli vede già un pericolo nazionalistico reale per il mondo, rappresentato dallo Stato russo³⁰. Però in Russia, secondo noi, né nel periodo pre-rivoluzionario, né in quello sovietico, non è avvenuta la conquista della nazione da parte dello Stato, cioè non si è mai prodotto lo "Stato nazionale russo".

Il pensiero imperiale ha una matrice religiosa e occupa un posto centrale nell'Ortodossia russa, in tutta la cultura politica cristiano-bizantina. Questa matrice, liberata dal linguaggio religioso, è stata addirittura utilizzata per la fondazione dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche.

Le componenti principali di questo concetto sono state sintetizzate dallo studioso italiano Alessandro Vitale e sono state raggruppate nel seguente modo: «1) L'idea della perennità/indistruttibilità dell'Impero, destinato a risorgere sempre in quanto "sacro", strumento "divino", elemento di guida e di salvezza dell'insieme territoriale-imperiale, costantemente ridotto a metafore organicistiche (l'Impero come "corpo" vivente); 2) l'idea

²⁹ M. AGURSKY, *La Terza Roma. Il nazional-bolscevismo in Unione Sovietica*, Il Mulino, Bologna, 1989, 11.

³⁰ *Ivi*, 23-26.

dell'Impero come titolare esclusivo e paladino del Cristianesimo; 3) il carattere universale dell'idea imperiale; 4) l'idea che la terra imperiale sia "sacra", perché assegnata da Dio per l'eternità e perché l'Impero è l'autentica *Civitas Dei* : l'unica monarchia terrestre, riflesso dell'unico Impero celeste; 5) l'idea che la potenza imperiale dello Stato significhi la potenza della Chiesa; 6) l'idea della "sacralità" dell'espansione territoriale, poiché l'ampliamento dello spazio imperiale porta con sé la dilatazione del campo di esercizio dell'autorità religiosa (missione ecumenica ortodossa dell'Impero), con il fondersi di espansione militare ed estensione culturale-spirituale; la conquista diventa automaticamente "redenzione" dei popoli assoggettati; 7) l'idea della superiorità bizantina ortodossa sulle altre popolazioni ricomprese nel territorio imperiale; 8) l'idea dell'omogeneità, da costruire con la "bizantinizzazione forzata" delle popolazioni conquistate, che si ritroverà nella russificazione (imperiale russa e poi sovietica), nella serbizzazione, ecc.; 9) l'idea che il capo politico dell'Impero ortodosso sia responsabile dei destini della Chiesa e garante dell'Ortodossia; 10) l'idea del "destino imperiale" trasmesso da Roma a Bisanzio, della quale va rivendicato il ruolo: di qui la dottrina della *Traslatio Imperii* (Bisanzio come "nuova Roma", Mosca come "Terza Roma", ecc.): 11) l'idea che l'Impero, in quanto "baluardo" contro l'Anticristo debba veder assicurata la sua continuità e prosperità; 12) l'idea dell'unità politico-territoriale³¹.

L'autoaffermazione dell'identità nazionale russa è avvenuta attraverso l'espansione dello Stato imperiale. L'identità nazionale russa, mai consolidatasi, è sempre rimasta sospesa fra territorio ed etnia. La Russia possiede solo un'identità patriottica, la *Rodina* (patria) che non è la nazione, in quanto è basata sulla territorialità e non sull'etnicità. Lo Stato imperiale russo (*Gosudarstvo rossijskoe*) ha svolto una funzione "etnogenica". La scelta espansiva imperiale è pertanto l'elemento cardine dell'identità russa.

³¹ A. VITALE, *Saggio Introduttivo* a F. THUAL, *Geopolitica dell'Ortodossia*, Società Editrice Barbarossa, Milano, 1995, 12-13.

Il nazionalismo patriottico russo è una forma di nazionalismo “civico-territoriale” e non “etnico”.

Il corso normale del processo storico è stato arrestato quando la disintegrazione dell'Impero russo non si tramutò nella creazione di Stati nazionali successori. In modo del tutto relativo si può parlare di autocoscienza nazionale dei russi (*rossijani*: russi non etnicamente tali, ma in quanto facenti parte dell'Impero russo). I legami sociali delle strutture locali comunitarie non fecero a tempo a trasformarsi in nazionali. A livello di coscienza individuale e di massa, non fecero a tempo a formarsi gli archetipi nazionali.

Le ragioni del successo del piano leniniano di costruire uno Stato cosmopolita, unito dall'idea internazionalista, sono da ricercare innanzi tutto nel fatto che, queste idee, per la loro forma, si distinguevano poco dalle idee messianiche dell'Ortodossia russa. Nella questione nazionale, infatti, i bolscevichi sono partiti da una concezione meccanicistica, secondo la quale l'internazionalizzazione del capitale inevitabilmente avrebbe portato alla perdita di attualità della questione della statualità e della sovranità nazionale.

Nel dopoguerra l'edificazione del blocco sovietico è avvenuta sotto lo slogan dello sviluppo della “fratellanza dei popoli socialisti” e della “realizzazione dei principi del socialismo reale”. Una conseguenza logica della politica nazionale sovietica fu allora la dichiarazione della piena fusione delle differenti nazionalità in un campo neutro, al di fuori della propria comunità nazionale: il “popolo sovietico” unitario.

Questa era la parte formale, ufficiale della politica nazionale sovietica, la quale sottolineava il raggiungimento della piena armonia delle relazioni fra le nazionalità.

Lasciamo al di fuori del quadro i fatti che riguardano la politica violenta delle nazionalità, che si sono manifestati con lo spostamento forzato di popolazioni e il genocidio dei singoli “popoli nemici”. La concezione della “nuova comunità storica” - il “popolo sovietico” - in effetti ha funto da

copertura della politica di assimilazione che conduceva alla distruzione dell'origine culturale di tutti i popoli del Paese, compreso quello russo³². Così, i russi, molto più di altri popoli, sono diventati internazionalizzati e de-etnicizzati. Per sua natura questa politica ricordava la variante americana del *melting pot* nel quale doveva fondersi una nuova unità inter-etnica, senza con questo tuttavia voler considerare il formale rifiuto nell'URSS della concezione statunitense del *melting pot*. Infatti, le tradizioni di partenza storiche, religiose e culturali, i processi politici ed economici negli Stati Uniti e in URSS non sono fra loro comparabili. L'inefficienza economica della struttura sovietica ha fatto esplodere quel crogiolo nel quale le appartenenze nazionali si riunivano, gettando al di fuori i mondi locali nazionali³³.

4. I limiti della perestroika

La mitologia sovietica ha lasciato una pesante eredità nella coscienza di massa, soprattutto nella rappresentazione semplificata della realtà sociale e delle leggi del suo funzionamento. A questo proposito, come ha scritto M. Mamardashvili “esiste un meccanismo di autostima della persona, nel quale, oltre alla necessità di esistere e di sostentarsi, vi è anche quella di comprendere. Generalmente, infatti, l'uomo non può esistere in un mondo che non comprende. Ma il principio di questa comprensione si coniuga sempre con la relazione fondamentale dell'uomo verso sé stesso [...] Se esso non raggiunge il gradino dell'autostima attraverso schemi semplificati,

³² G. STAROVOJTOVA, *Gosudarstvo, obshestvo, nacija*, Mosca, 1990, 362.

³³ V. MIKHAILENKO, *Ugo Spirito e il destino dell'idea comunista nel XX secolo*, in *Democrazia, Nazione e crisi delle ideologie. Annali della Fondazione Ugo Spirito*, Luni, 1999, 233 – 271.

allora egli velocemente uccide colui, che tenterà di distruggere questi schemi, piuttosto che abbandonarli”³⁴.

L'utilizzazione di questi schemi semplificati, diventa una chiave di lettura del processo di democratizzazione dell'ex-Unione Sovietica, che, come appare, non senza imprecisioni, nella stampa internazionale, non sta andando così bene come si poteva pensare. Nei primi anni della *perestroika* vi era euforia, e si pensava che fosse stato sufficiente democratizzare il sistema politico per normalizzare la situazione economica subito dopo. Anche questa concezione era espressione di determinismo politico. In base ad essa, lo stesso Mikhail Gorbaciov ha cominciato le riforme dal livello politico ma non da quello economico. Tuttavia, lo specifico dello sviluppo della Russia dopo l'Ottobre del 1917 viene vista da Gorbaciov non come uno sviluppo dell'influenza di queste particolarità storiche, ovvero una coscienza nazionale incompiuta e una comprensione semplificata degli eventi, ma come una «deformazione burocratica dell'idea socialista». Il crac di Gorbaciov come politico è avvenuto non a causa del tradimento dei suoi compagni o a causa della “perfidia” di Eltsin, ma a causa della totale dimenticanza e ignoranza della specificità dello sviluppo storico della Russia e della natura della società sovietica (russa).

Il periodo eltsiniano invece può essere caratterizzato come una rivoluzione nazionale borghese imperfetta. Nello stesso tempo è probabile che abbia ragione lo storico Rudolf Pikhovia, il quale afferma che ha avuto luogo “la rivoluzione del deficit” (per risolvere il problema della mancanza dei prodotti alimentari e di beni)³⁵.

Negli anni Novanta ebbero luogo i funerali anticipati del comunismo sovietico. “Di colpo, la presenza o il ritorno al potere dei vecchi membri del Partito comunista non cambia nulla rispetto al fatto che il comunismo ha avuto fine con il regime che ne aveva tenuto alto il vessillo ed è quindi morto

³⁴ M. MAMARDASHVILI, *Kak ja ponimaju filosofiju*, cit., 163, 168.

³⁵ R. PIKHOIA, *Moskva. Kreml.Vlast*. Kniga III, 1985-2007, Mosca, 2009, 321.

assieme all'Unione Sovietica" affermava François Furet³⁶. Così quando questi affermava che "l'idea comunista, così potente sulle menti di questo nostro secolo, è morta davanti ai nostri occhi e non rinascerà", è importante capire che cosa abbiamo seppellito³⁷. Mi sembra infatti che nella tomba si trovi il modello teorico di Marx-Engels della costruzione del comunismo, ma non l'idea comunista come una variante dell'idea collettivistica, che invece continua il proprio corso storico. Nella realtà contemporanea dello spazio territoriale dell'ex-URSS ciò che non è cambiato, invece, è *l'archetipo sociale* collettivistico e antiborghese.

Nella situazione attuale della Russia possiamo fare un'altra domanda: come si svilupperà la situazione politica, economica e sociale in una società nella quale gli istituti dell'individualismo mancano storicamente? Non credo che sarà come nei Paesi con istituti del genere sviluppati. L'esperienza precedente dell'URSS ha mostrato che la sottovalutazione dei valori dell'"io" e della "personalità" non hanno creato la collaborazione amichevole tra "noi" e "lo Stato"; ma, invece, è stato creato un regime di oppressione totale da parte dello Stato contro due soggetti: "noi" e "io".

Le idee collettiviste continuano a rimanere un'orma e uno stile di pensiero delle masse, le voci sulla morte del comunismo si sono dimostrate avventate.

Così, la caratteristica della società russa contemporanea può essere valutata come antiborghese, anticapitalistica e antidemocratica. La più attiva, dinamica ed effettiva parte della società non ha una grande influenza sui processi politici e non esclude la variante di esodo. Durante gli ultimi 25 anni post-sovietici la società russa ha fatto ben pochi passi verso lo sviluppo di una vera società civile. Infatti già nel periodo eltsiniano la vita economica della Russia si mostrava caratterizzata come *un capitalismo degli oligarchi*. Subito dopo le elezioni a Presidente Vladimir Putin nel 2000 è stato chiaro che anche gli oligarchi non erano in grado di difendere le proprie posizioni

³⁶ F. FURET, *Da Lenin a Gorbaciov: l'oppio dei popoli*, in *Liberal*, 13/1996, 59.

³⁷ *Ivi*, 59.

economiche e politiche. Poche persone hanno capito che durante i primi cento giorni di Presidenza Putin, erano diventati residenti di un nuovo paese dove si stava realizzando un nuovo progetto di “modernizzazione” – *il capitalismo statale burocratico* il quale si è trasformato in *capitalismo degli amici*.

5. *Quale capitalismo può costruire una società antiborghese?*

Il successo di Putin alle elezioni presidenziali non è stato una sorpresa. A suo favore si sono schierati la burocrazia statale, l'esercito, la polizia e la parte dell'elettorato favorevole al concetto di uno Stato forte. Per la maggior parte si trattava, come si può osservare, di dipendenti statali. Queste fasce sociali erano composte da militari, insegnanti, minatori, ingegneri e operai degli stabilimenti militari che attendevano uno stipendio da parte dello Stato. La situazione si presentava somigliante al periodo di Breznev, quando gli alti prezzi nel mercato europeo del gas e petrolio hanno permesso al governo sovietico di stabilizzare la situazione interna senza ricorrere alle riforme. Occorre però ricordare che a questo periodo è seguito il crollo del regime sovietico.

Nel 2000 ho pubblicato un articolo che conteneva una prognosi della politica futura del Presidente Vladimir Putin³⁸. Il problema più importante della politica interna rimaneva la scelta del meccanismo e dei mezzi della modernizzazione. In quali settori dell'economia saranno investiti questi “petro-soldi” (proventi derivanti dalla vendita del petrolio)? Secondo le mie previsioni, “Nel settore dell'economia il governo avrebbe contato sulla collaborazione con i grandi proprietari”. Inoltre, “Le preferenze del governo sarebbero state rivolte non verso i proprietari privati o gli oligarchi, ma verso gli interessi corporativi, sotto la guida degli ex dipendenti dei servizi

³⁸ V. MIKHAILENKO, *La Russia dopo le elezioni*, in *Pagine dal Sud*, Luglio 2000.

segreti”. Una terza previsione è stata che “L’economia di livello medio e minore (soprattutto il settore agrario) non subirà grandi cambiamenti”. Infatti, “per il capitalismo burocratico, il nemico mortale è il privato libero e forte”. Ancora, che “nel settore della politica interna non si dovrebbero aspettare repressioni staliniane o alla Pinochet; tuttavia restano possibili delle limitazioni della libertà di parola”. Una quinta previsione è che “Con lo sviluppo della totale idea nazionale, che sarà interpretata come moderato nazionalismo dello Stato, non saranno escluse le misure di ingerenza sulla stampa, sui politologi ed intelligenza”. Saranno inoltre “possibili azioni verso la limitazione d’attività delle diverse organizzazioni internazionali e di relazioni internazionali di carattere umanitario”³⁹.

L’impressione che si ha dal governo del Presidente Putin è che lui vuole di riprodurre *l’economia di mobilitazione* del tipo sovietico con un ruolo marginale del capitale privato nazionale e straniero. Gli esperti affermano che il soggiorno del presidente futuro nella allora *GDR* (Repubblica Democratica Tedesca) ha prodotto in lui un’immagine di Stato ideale⁴⁰ ove, innanzitutto il ruolo trainante dell’economia è la filiera di produzione militare, finanziata dal budget statale, ove si concentrano i soldi dopo la vendita di idrocarburi. I primi risultati di questi passi statali sembravano positivi. Infatti, è cresciuto il tenore di vita, sono stati prodotti nuovi posti di lavoro, e dalla vendita del petrolio e del gas sono stati prodotti redditi enormi per il budget statale: più che 1,6 trilioni di dollari⁴¹.

In febbraio 2006 al Cremlino è nato il concetto – “La Russia è una superpotenza energetica”⁴². Ma non bisogna di dimenticare che, nel

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ K. BOULBI, *GDR – strana sformirovavshaia kharakter Putina* (http://www.bbc.com/russian/russia/2015/03/150327_putins_germany_shock).

⁴¹ S. KULIKOV, *Russia ne v sostoianii perevarit neftegazovue dohody*, in *Nezavisimaia gazeta*, 09.11.2012.

⁴² V. PUTIN, *Vstupitelnoe slovo na zasedanii Soveta Bezopasnosti po voprosu o roli Rossii v obespecenii mezhdunarodnoi energeticeskoi bezopasnosti*, 22 dekabria 2005 r. (<http://archive.kremlin.ru/text/appears/2005/12/99294.shtml>)

passato, “le condizioni caratterizzate da un lungo periodo di pace”, e la combinazione dello Stato di mobilitazione e di un’economia avversa al mercato” sono state le ragioni principali del crollo dello Stato Sovietico⁴³. Non esiste la libertà economica senza uno Stato di diritto e viceversa. La società russa in cui la libertà è un valore marginale, e il rispetto per l’altra persona pregiudizio, è geneticamente destinata a riprodurre fenomeni autoritari e totalitari.

Il famoso oppositore moderato Grigoriy Yavlinski ricorda che dopo la presa del potere Putin gli ha domandato: «Si può formulare in una frase, come risollevere le risorse dell'economia?» Yavlinski ha risposto: «Libertà e stato di diritto». Putin ha dunque ribadito: «Non sarà mai così in Russia»⁴⁴.

6. *I nuovi nobili (dvorianstvo) nella Russia contemporanea*

Gli esperti affermano che il potere politico non ha una strategia economica a lungo termine⁴⁵. Invece, la strategia politica della nuova classe dirigente è mantenere il potere politico con qualsiasi mezzo.

Verso il 2003 Igor Sechin, il capo della segretaria personale del Presidente, ha consolidato il gruppo informale dei vecchi amici di Putin, ufficiali dell’ex-KGB. I cosiddetti *siloviki* (fautori della forza) e il gruppo dei «*cekisti*» (il vecchio nome dei servizi segreti) controllano il Parlamento, la maggior parte dei settori economici e finanziari, commerciali, giudiziari, polizia, guardia

⁴³ G. DERLUGHIAN, *Kruscenie sovetskoj sistemy i ego potentsialnye sledstvia*, in *Polis*, 2/2000, 25.

⁴⁴ *Intervista di Javlinsky*
(https://www.gazeta.ru/politics/2016/07/05_a_8368607.shtml#)

⁴⁵ *Ibidem*; A. Ausan, *Dalniu strateghiu v Moskve ne vidiat*
(<http://www.svoboda.org/content/transcript/1762025.html>)

nazionale, l'Esercito. I *siloviki* controllano le più grosse compagnie di gas e petrolio e le Banche⁴⁶.

La seconda forza influente nella Russia contemporanea è la “Chiesa ortodossa, che, nel periodo sovietico, era stata trasformata “in un’agenzia di KGB”⁴⁷. La Chiesa ortodossa sta all’avanguardia del fronte antiliberal e antieuropeo, confermando la vecchia posizione contro il Regno dell’Anticristo, come nomina il Mondo Occidentale. I gerarchi ortodossi affermano che i valori della fede, della morale, di società e di Patria sono primari rispetto alla libertà individuale⁴⁸. Così, nella Russia contemporanea aumenta il numero di persone che vuole una dittatura nazionale, basata sui valori della lotta contro l’Anticristo e un sistema politico basato sul cesaropapismo. Per esempio, l’influente “Isborsky club” (che unisce i politici, militari, intellettuali, economisti, imprenditori) fa la propaganda di un’inevitabile guerra mondiale e civile “contro la strategia aggressiva dell’Occidente ‘collettivo’ che fa capo agli USA”⁴⁹.

7. *Il nuovo ordine mondiale e la Russia contemporanea*

La tradizione del governo imperiale si sta nuovamente sviluppando nella politica della Russia di oggi. Sono stati ristabiliti molti attributi del potere imperiale: l’aquila, lo scettro e la sfera. La classe dirigente politica vive nel mondo delle illusioni del passato. L’ideale del leader russo è di essere come

⁴⁶ M. ZYGAR, *Vsia kremliovskaia rat. Kratkaia istoria sovremennoi Rossii*, Mosca, 2016, 68.

⁴⁷ F. MEREU, *L’amico Putin. L’invenzione della dittatura democratica*, Aliberti ed., 2011, 180.

⁴⁸ V. MIKHAYLENKO, *La Chiesa Ortodossa e lo Stato Russo contemporaneo*, in *Libera Chiesa in libero Stato*, a cura di Varia Eugenia Olavarria e Veronica Roldan, Mauro Pagliai Editore, Firenze, 2012, 148.

⁴⁹ *Rossia i “zapadniki”*. Doklad gruppy ekspertov (<http://izborsk-club.ru/content/articles/7867/>)

lo zar, ovvero “conquistatore delle terre”, “salvatore della Rus’”, “liberatore d’Europa” e “difensore dei valori della conservazione”. È stato realizzato il progetto della costruzione a Mosca del monumento dedicato al principe Vladimir il Santo che era stato l’artefice del battesimo della Rus’ (di Kiev). La coincidenza del nome del principe Vladimir con quello del Presidente Putin, attribuisce solennità al ricordo di quest’avvenimento, e lo riporta dal passato al presente. Si fa uso anche del mito della Grande Vittoria nella Seconda Guerra “Patriottica” (la seconda Guerra Mondiale). Il battesimo della Rus’ e la Guerra Patriottica costituiscono insieme il capitale simbolico contemporaneo del regime politico russo⁵⁰.

Nessun dirigente russo non collega i processi della modernizzazione con la globalizzazione. Dopo la scissione dell’URSS, la Federazione russa cercava ma non ha trovato la propria posizione nel Mondo economico contemporaneo. Con la caduta dei prezzi del petrolio, è stato distrutto il mito del Cremlino che “la Russia è la super potenza energetica mondiale”. Le guerre energetiche le quali erano state organizzate negli anni precedenti contro l’Ucraina e l’Unione Europea hanno perso qualsiasi senso.

La classe dirigente ha paura che la globalizzazione possa provocare una rivoluzione politica. In Cremlino pensano che la politica della “fortezza assediata” preservi la classe dirigente dalle rivolte. L’autarchia economica, la necessità di una piccola guerra vittoriosa, la mobilitazione delle masse ne sono le conseguenze inevitabili. Il potere cerca di creare un consenso sulla base della mobilitazione delle masse.

Il potere usa inoltre «le guerre ibride» come mezzo di pressione sugli Stati Uniti per arrivare a degli obiettivi concreti: a) riconoscimento della Russia da parte del mondo Occidentale come una grande potenza con la propria sfera d’influenza territoriale (riferita a uno spazio post-sovietico, alla

⁵⁰ E. MIKHAYLENKO, *Great victory of 1945 as a fundamental ritual of Russia (in the context of national identity)*, in *Proceedings of Ural State University. Series 1: Problems of Education, Science and Culture*, 1/2011, 13-25.

Crimea e all'Ucraina); b) di non interferire negli affari interni della Russia con le esigenze di rispetto dei diritti umani, ecc.

Cominciando dal famoso discorso di Putin a Monaco nel 2007 e fino al Discorso all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2015, il Presidente Russo ha richiesto la formazione di un nuovo Ordine Mondiale (tipo di Yalta) dove sarà riconosciuta la sfera di influenza russa.

La tattica governativa della “fortezza assediata” funziona bene. Come si diceva scherzosamente qualche mese fa: “Il popolo russo non sta vivendo così male come durante il potere del presidente americano Obama”. Ma, secondo le statistiche ufficiali, la gente crede che finalmente la Russia si stia rialzando. Comunque, la maggior parte della società russa continua essere, oggi come ieri antidemocratica, antiliberal e antieuropea.

L'ideologo vicino al Cremlino Alexander Dughin presenta una nuova visione dell'Ordine mondiale, affermando che: “Nello stesso tempo in cui ha luogo la *Brexit*, un nuovo centro alternativo multilaterale della civiltà si sta fondando”. Si tratta dell'OCS (Organizzazione della Cooperazione di Shanghai). Essa “è più che una metà del Mondo, include la maggior parte della popolazione, include le potenze nucleari”. Si manifesta così “uno spostamento del baricentro delle civiltà e del Centro dell'Ordine mondiale nell'altra metà del Mondo. È una transizione dal Mondo centrato sull'Occidentale al mondo euroasiatico. È la nostra festa [...] l'Europa va verso il baratro a causa della sua ideologia ultraliberale”⁵¹.

In realtà la dirigenza russa usa i metodi delle guerre ibride contro liberalismo come fenomeno culturale, civile, ideologico, politico e istituzionale e appoggia le forze politiche europee le quali fanno la lotta contro i regimi liberali in Europa e ha un interesse aperto alla scissione dell'Unione Europea come roccaforte del liberalismo. Sono convinti di fare

⁵¹ *Intervista di Alexander Dughin*. 25.06.2016 (<http://katehon.com/ru/article/evropa-letit-v-bezdnu-iz-za-svoey-ultraliberalnoy-ideologii>).

così una battaglia sacra per la liberazione dell'Europa e della civiltà europea
contro l'Anticristo liberale.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

LUIGI FERRAJOLI – LUIGI MARIANO GUZZO

**Diritti fondamentali, tolleranza e democrazia
nel dibattito politico.**

Conversazione con Luigi Ferrajoli

LUIGI FERRAJOLI* – LUIGI MARIANO GUZZO**

Diritti fondamentali, tolleranza e democrazia nel dibattito politico. Conversazione con Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli è certamente da annoverare tra i maggiori filosofi del diritto viventi in Europa. Nella sua monumentale opera *Principia Iuris* (2007) propone la costruzione di un modello assiomatico formale, ma non avalutativo, di teoria del diritto e della democrazia, in cui ad essere analizzati sono i principi giuridici e le prassi che essi assumono negli ordinamenti positivi. L'idea è quella di identificare un paradigma formale della scienza giuridica, che tenga conto dell'esperienza storica delle democrazie costituzionali moderne. Il divario tra il *dover essere* del diritto e il suo *essere* è analizzato sul crinale dell'odierna crisi giuridica e politica.

E' all'interno di questo quadro teorico che si inseriscono i contenuti della conversazione con Ferrajoli. L'occasione è offerta dalla sua partecipazione al Convegno "Diritti umani e crisi della tolleranza" che si è svolto presso l'Università di Catanzaro il 16 e il 17 giugno 2017, con i patrocini del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e della Regione Calabria.

A partire da una sollecitazione sul ruolo del giurista e, in particolare, del diritto dinnanzi alla crisi economica, politica e sociale in atto, Luigi Ferrajoli concettualizza il principio di tolleranza quale modalità di espressione del principio di eguaglianza. In tale prospettiva il diritto alla diversità culturale viene ricostruito nell'ambito della sfera di azione della libertà di coscienza. Lo stesso universalismo dei diritti

* Professore emerito di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi Roma Tre.

** Dottorando di ricerca in "Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo" presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

fondamentali – l'«unico senso» possibile di universalismo per Ferrajoli – è da intendersi quale «valorizzazione» delle diversità culturali dei singoli soggetti, e cioè nel significato di «garantire tutti». Da qui, la distinzione tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali, quest'ultimi considerati come la «patria» delle diseguaglianze. Sono le leggi del mercato a dettare l'agenda di una politica che, da un lato, si dimostra arrendevole nei confronti delle esigenze dei poteri economici e che, dall'altro, non tutela le fasce più deboli della popolazione che richiedono diritti. Si pensi, a riguardo, alla questione in merito all'introduzione, nel nostro ordinamento, dello *ius soli*, per concedere la cittadinanza italiana a chi, comunque, è nato in Italia, il cui diniego è considerato da Ferrajoli niente più e niente meno che una forma di razzismo.

Insomma, la crisi del costituzionalismo è anche questo. E' crisi di diritti negati e che, anzi, sono dalla politica subordinati alle regole – spregiudicate - della finanza. Ma ciò non significa che la legge sia da intendere esclusivamente quale strumento di dominio nelle mani dei più forti. Il diritto ha una funzione di garanzia e una pretesa egualitaria. Il giurista è ora chiamato in causa. E di questa responsabilità civile Ferrajoli, nella presente conversazione, se ne fa massimo interprete.

Gentilissimo Prof. Luigi Ferrajoli, La ringrazio per aver accettato questa intervista. E' un grande onore per la nostra rivista "Ordines". Mi permetta di iniziare con una sollecitazione sul ruolo del giurista e, quindi, del diritto ai nostri giorni. Qual è la funzione del diritto dinanzi alla crisi, una crisi economica, sociale e politica, che sta vivendo il nostro mondo occidentale, alle prese, tra l'altro, con il fenomeno dell'immigrazione?

Il diritto ovviamente può avere funzioni positive e funzioni negative. Le funzioni di garanzia, che può avere sulla base dei principi costituzionali, sono funzioni di tutela dei più deboli, dei soggetti più deboli. Ciò vuol dire, ad esempio, in particolare per quel che riguarda la tutela dei migranti, prendere sul serio il principio di uguaglianza, il principio della dignità della persona umana, il principio dei diritti alla propria identità differente. Tutto questo, dall'altro lato, comporta la necessità dell'accoglienza, e, quindi, quantomeno la consapevolezza dell'illegittimità delle nostre politiche. Non dobbiamo dimenticare che il diritto di emigrare fu autorizzato alle origini della civiltà giuridica moderna, quando si trattava di fondare attraverso lo *ius migrandi* la conquista del Nuovo Mondo. Per quattro secoli il diritto di emigrare è stato alla base del diritto internazionale e ha giustificato conquiste e colonizzazioni.

La cosa paradossale e vergognosa di cui, però, dovremmo essere pure consapevoli è precisamente il fatto che dal momento in cui si è capovolto il flusso migratorio, quel diritto proclamato come universale, quando era asimmetrico, quando eravamo noi, quando era l'Occidente, ad invadere il resto del mondo, è stato dimenticato ed il suo esercizio è stato trasformato in reato. Credo, insomma, che dobbiamo essere consapevoli di questa contraddizione che viviamo con i nostri valori e con i nostri principi ed anche essere consapevoli del fatto che l'emigrazione è un fenomeno strutturale. Non basteranno certamente le leggi, le frontiere, i muri, a fermarlo, ed è necessario, quindi, rassegnarci ad accettare il fenomeno dell'immigrazione come un fattore di accrescimento della nostra stessa identità culturale. E' sempre stato così, e lo sarà più che mai nel futuro. Il nostro sarà inevitabilmente un popolo meticcio, frutto dell'integrazione e dell'incontro con altre culture.

Sono semmai le politiche di esclusione a favorire inevitabilmente le forme di devianza criminale e perfino di terrorismo. Detto in altri termini, dobbiamo essere sempre coscienti, che la privazione dei diritti viene percepita come disconoscimento della propria identità e può degenerare, come succede per esempio in Francia e in tanti altri Paesi, in cui gli immigrati si sentono, per l'appunto, trattati come inferiori, nelle forme più estreme, nella violenza.

Nel sistema delle garanzie costituzionali, in effetti, il principio di tolleranza impone il riconoscimento del diritto di differenza...

Il principio di tolleranza è una modalità di espressione del principio di uguaglianza stabilito dal primo comma dell'articolo 3 della Costituzione, nel quale si afferma che tutti siamo uguali, senza distinzione di lingua, di religione, di sesso e di razza, di condizioni personali e sociali e di opinioni politiche. Questo vuol dire che l'uguaglianza consiste nell'uguale valore associato a tutte le differenze d'identità, che fanno di ciascuno individuo una persona differente l'una dagli altri e, al tempo stesso, di ciascuna persona un individuo l'uno uguale agli altri. Vale a dire, uguaglianza e differenza sono, in questo senso, due facce della stessa medaglia.

L'uguaglianza è un principio normativo che impone di tollerare tutte le differenze. A riguardo, nella nostra società, una violazione di questo principio è che una differenza per nascita, come quella degli stranieri, in mancanza della cittadinanza, venga penalizzata, in quanto viene a mancare il *diritto di avere diritti*, e si risolve, quindi, in una pesante discriminazione per ragione di *status*, di nascita.

Il discorso si fa molto interessante in quanto è messo in evidenza come ci sia una stretta connessione tra Stato di diritto e tutela delle diversità. Da questo punto di vista, quindi, la democrazia costituzionale funziona solo nel momento in cui riesce a fare sintesi di tutte le diversità sul piano, per l'appunto, del principio di uguaglianza. Ma in che modo si concilia, dal punto di vista teorico, il riconoscimento del diritto alla tutela, anche individuale, della diversità culturale con l'universalismo della categoria dei diritti fondamentali?

Il principio di uguaglianza comporta la tolleranza, anzi il rispetto dell'uguale valorizzazione di tutte le differenze. Questo spesso i teorici dei diritti fondamentali che fondono i diritti fondamentali sul consenso universale non lo capiscono. Infatti, al contrario, l'universalismo dei diritti fondamentali vuol dire l'uguale valorizzazione e, comunque, il diritto alla propria differenza, anche di coloro i quali non condividono i nostri valori, finanche, naturalmente, il principio di uguaglianza. Allo stesso modo i diritti di libertà valgono anche per loro. La forza dell'universalismo sta precisamente in questo: non tanto nel fatto di essere voluto da tutti, ma nel fatto di garantire tutti. Questo è il senso – anzi, è l'unico senso secondo me possibile - dell'universalismo: garantire tutti.

In effetti quando parliamo di diritti umani e di diritti fondamentali entra in gioco il tema dell'universalismo o dell'universalità. Ma che cosa si intende per universalità dei diritti quando ci troviamo dinnanzi al riconoscimento di

diversità culturali che sono, per la loro natura, *relative* ad un determinato contesto sociale, storico, economico e finanche giuridico di riferimento?

L'universalità dei diritti è precisamente quella universalità che consente le diversità culturali. Non a caso uno dei primi diritti fondamentali, che poi ha rappresentato una delle conquiste della Modernità, è la libertà di coscienza, che altro non è che il diritto alla propria diversità culturale. Ci sono degli equivoci incredibili nel dibattito politico, di filosofia politica e di filosofia morale.

Il primo è quello del *consensualismo*; l'idea, cioè, che i diritti fondamentali dovrebbero avere il consenso universale. Ma tutto questo non solo non è vero, è anche una pretesa illiberale. Nel senso che non possiamo pretendere che questi valori siano condivisi da tutti. Non lo sono. E naturalmente non è attraverso il diritto, ma semmai attraverso l'educazione, attraverso la cultura, che si possono – per così - espandere anche sul piano del consenso. E' questo un indebolimento dei diritti che alimenta la critica ai diritti fondamentali come l'ultimo segno dell'imperialismo dell'Occidente: presentarli come diritti che hanno una pretesa di consenso universale.

L'altro aspetto, anch'esso molto equivoco dell'universalismo, è quando esso viene presentato come universalismo oggettivo, ontologico. No! Sul piano ontologico, oggettivo, empirico le uniche tesi di cui si può parlare come dotate di riferimento empirico, quindi vere o false, sono le proposizioni assertive, empiriche, e quelle della logica. In materia di valori morali, come di valori estetici, non possiamo confondere la razionalità del loro fondamento con la loro verità o con la loro oggettività.

Detto ciò, possiamo ritenere che l'unico senso dell'universalismo, questo sì riconoscibile dalla struttura logica dei diritti fondamentali,

consiste nel carattere universale dei loro titolari. Questi diritti sono attribuiti a tutti da norme generali ed astratte. E questa è la loro differenza strutturale dai diritti patrimoniali, che sono diritti predisposti dalle norme come effetti di atti negoziali e sono diritti singolari, escludenti *alios*: “io sono proprietario di questo vestito ... io e io solo”! Quindi i diritti patrimoniali sono la patria della disuguaglianza, non sono affatto universali. Al contrario sono universali i diritti fondamentali, tra cui c'è anche il diritto di iniziativa economica, cioè di agire, che è un diritto fondamentale distinto dal diritto reale di proprietà, che tuttavia è un diritto-potere, diversamente dalle libertà e dai diritti sociali. “Potere”, perché il suo esercizio consiste in atti negoziali che producono effetti nella sfera giuridica altrui. E allora non possono essere confusi e non possiamo confondere, come purtroppo avviene, in una unica categoria figure così eterogenee.

Un ulteriore esempio di confusione, come sostiene pure Francisco Javier Ansuátegui Roig che riferisce dell'ultimo libro di Gustavo Zagrebelsky¹, è concepire i diritti come l'ultima forma insidiosa di dominio dei potenti sui più deboli. Evidentemente, alle spalle di questo discorso, Gustavo Zagrebelsky pensa ai diritti patrimoniali, pensa al mercato, pensa ai diritti di carattere patrimoniale, proprietario. E' chiaro che questi sono diritti del più forte, che meritano di essere protetti, ma che non possono essere confusi con i diritti fondamentali e che, anzi, sono subordinati sia alla legge sia agli stessi diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Qui è in gioco la gerarchia delle fonti.

Quando parliamo di universalismo è assolutamente ovvio che universalismo significa uguaglianza nei diritti, che non esclude

¹ Il riferimento è al volume G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Milano, 2017.

nessuno. Ciò per quanto riguarda il primo senso di eguaglianza, la *égalité en droit*, come afferma l'articolo 1 della "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789, secondo il quale "gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti". Ma quali diritti? I diritti umani, evidentemente, non i diritti patrimoniali, perché nei diritti patrimoniali non solo nasciamo, ma diventiamo diseguali. Da questo punto di vista, i diritti di autonomia sono un veicolo di costituzione della disuguaglianza.

Viceversa, quando diciamo "uguaglianza", intendiamo l'uguaglianza nelle differenze d'identità e la riduzione delle disuguaglianze materiali, economiche... I diritti sociali, in questo senso, sono universali, perché sono attribuiti a tutti. Ad esempio, se prendiamo la nostra Costituzione italiana, i diritti sociali sono attribuiti a tutti in quanto persone, non in quanto cittadini. E' una questione di fondo.

D'altro canto, parlare del diritto esclusivamente in termini di strumento di dominio nelle mani dei più forti, vuol dire negare la pretesa egualitaria del diritto stesso. In "Disavventure del diritto soggettivo"² Massimo La Torre concettualizza la dimensione egualitaria della nozione di diritto soggettivo, un diritto che deve essere riconosciuto alla generalità dei consociati e non ad una élite, perché, altrimenti, si fa privilegio. Mi sembra che la questione abbia a che fare con la distinzione da Lei richiamata tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali...

La distinzione tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali, su cui insisto da sempre, direi almeno fin dagli anni '60 o '70, è radicale. I

² M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996.

diritti patrimoniali, che ovviamente non possono essere negati, e che, anzi, sono riconosciuti, sono la base della disuguaglianza e si acquistano e si vendono in virtù di una specifica classe di diritti fondamentali, a cui ho riservato il nome di *diritti civili*. Quest'ultimi sono i diritti di libera iniziativa economica, legati alla capacità di agire. Ma tutti sono diritti-potere, legittimi ovviamente, ma subordinati nella gerarchia delle fonti, sia alla legge che alle costituzioni. E i diritti fondamentali sono quei limiti, quei vincoli, che sono stati elaborati dalla filosofia politica, prima, e, poi, soprattutto, nel Novecento, dalle teorie costituzionali e dal costituzionalismo. I diritti fondamentali sono stati stipulati dalle Costituzioni come limiti e vincoli, nella loro originaria formulazione, nei confronti del potere politico, all'indomani del Fascismo e del Nazismo, come un "mai più" a questi suicidi della democrazia. Ma nella tradizione liberale, paradossalmente - e questo è il limite che è emerso in questi anni -, lo Stato di diritto, come dice la stessa parola "Stato", è stato concepito come l'unico luogo del potere. Mentre, invece, il mercato è stato identificato con le libertà, a causa della confusione, di cui parlavo prima, tra libertà, autonomia e proprietà. E oggi ci troviamo di fronte ad un problema totalmente diverso da quello contro cui i diritti fondamentali sono nati, che era l'onnipotenza delle maggioranze, le varie forme di degenerazione fascista, nazista o, in genere, autoritaria dei sistemi politici. Ai nostri giorni ci troviamo a dover rivendicare i diritti fondamentali contro il mercato. Il mercato è, ovviamente, il luogo privilegiato della produzione, del commercio, e quindi - non vorrei essere equivocado - nessuno pensa di poterlo abolire, le esperienze che ci hanno provato sono fallite miseramente. Però è un luogo del potere come lo Stato. Stato e mercato sono i luoghi del potere che vanno subordinati, regolati, funzionalizzati attraverso i diritti fondamentali di tutti.

Era inevitabile che la distinzione tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali portasse questa conversazione sul terreno del rapporto tra Stato e mercato. La crisi economica sembra irradiare i suoi effetti anche nel mondo del diritto. Piuttosto che domandarsi su come superare la crisi attraverso gli strumenti del diritto, ci si interroga comunemente su “quali” diritti debbano essere sacrificati in tempi di crisi economica. Probabilmente questa seconda strada appare come la soluzione più semplice da perseguire. Ma la questione essenziale diventa allora la seguente: possono criteri economici o criteri specificamente patrimoniali limitare le garanzie dei diritti fondamentali?

Di fatto è quello che sta succedendo anche grazie a una cultura giuridica corriva, tutto sommato subalterna all'ideologia del mercato. Sul piano della teoria del diritto e sul piano del diritto positivo, il mercato consiste in attività negoziali che, nella gerarchia delle fonti, sono subordinate alla legge, la quale, a sua volta, è subordinate alla Costituzione. E quindi, l'esercizio dei diritti patrimoniali, ma anche dei diritti civili di autonomia privata, dovrebbe essere comunque sottoposto alla legge e limitato dai diritti fondamentali delle persone. Purtroppo sta succedendo il contrario: anche a causa della asimmetria tra i mercati globali e il carattere ancora locale sia della politica che del diritto, i mercati, i poteri economici, i poteri finanziari si sono convertiti in sovrani assoluti, oltretutto impersonali, oltretutto invisibili, e quindi irresponsabili.

Però dobbiamo essere consapevoli che tutto questo è illegittimo e che se vogliamo salvare il futuro della democrazia, della pace, della convivenza pacifica, occorre costruire una sfera pubblica all'altezza di

questi poteri che, altrimenti, diventano selvaggi. L'effetto è disastroso. Sono molte le catastrofi ambientali, gli inquinamenti, i disastri ambientali. La stessa crescita delle diseguaglianze è in contraddizione con tutti i nostri principi. Assistiamo oggi ad uno scenario nel quale le otto persone più ricche del mondo possiedono la stessa ricchezza dei tre miliardi e mezzo della popolazione più povera del mondo. Ed è una crescita esponenziale: queste persone che oggi sono otto erano 62 solo quattro anni fa, e 250 solo cinque anni fa. La loro ricchezza è cresciuta del 40-45 per cento negli ultimi quattro anni, mentre la ricchezza della metà della popolazione più povera è diminuita del 40 per cento.

Un processo di questo genere non può che portare al disastro, perché naturalmente comporta degli effetti molto negativi. E tra questi, innanzitutto, il discredito dei nostri valori. Noi non potremo continuare a parlare di diritti fondamentali, di diritti umani, simultaneamente alla loro violazione, che dipende fundamentalmente dalle nostre stesse politiche.

In secondo luogo disuguaglianze di queste dimensioni sono inevitabilmente all'origine di tutti i fenomeni di criminalità, di violenza e anche di terrorismo e, comunque, di una percezione di se stessi, da parte delle popolazioni più povere, come inferiori. Questo è l'aspetto sempre più disastroso delle politiche che accrescono le disuguaglianze, perché naturalmente questa percezione, o questa idea che l'Occidente percepisca gli altri come inferiori, genera violenza.

Insomma, le diseguaglianze economiche e sociali, generate dalle politiche occidentali, creano una spirale di violenza che può amplificarsi anche su scala planetaria. Viene in mente il fenomeno del terrorismo.

Esatto. Per comprendere quello che sto dicendo è sufficiente pensare al terrorismo. Il terrorismo è uno dei fenomeni più terribili, più spaventosi, ma anche più disumani ed infami. Questo terrorismo così crudele, però, è un terrorismo le cui stragi sono in Medio Oriente e in Africa, in numeri circa 50 o 100 volte superiori a quelle che avvengono in Europa. Ma il fatto che vengano totalmente ignorate dall'opinione pubblica genera l'impressione che i morti abbiano diverso valore, a seconda che siano occidentali, oppure che siano siriani o che siano nigeriani, o che abitino in Africa. E soprattutto non capiamo che questo terrorismo è una battaglia interna all'Islam e dovrebbe avere nell'Islam il principale alleato da parte delle potenze occidentali.

D'altra parte, credo che, in materia di terrorismo, noi facciamo troppi regali al terrorismo stesso. Il principale dei quali è rappresentato dalle armi. Nei Paesi medio-orientali o africani non si producono armi. Eppure vediamo una ostentazione rituale di armi, danze con le armi ... ma si tratta – ne dobbiamo essere consapevoli - di armi prodotti da noi. Ritengo che il principio di Hobbes del disarmo della società civile sia un principio di civiltà ancora non realizzato.

Ci sono alcuni dati spaventosi: l'Italia, nonostante le mafie, le camorre, i femminicidi, ha circa 470 omicidi all'anno, perché nessuno va in giro armato. In Brasile gli omicidi sono 50mila, negli USA si aggirano tra i 25mila ed i 30mila. E noi paghiamo questo tributo di sangue semplicemente alle glorie delle fabbriche di armi.

E poi c'è un altro regalo al terrorismo. La spettacolarizzazione e il voyeurismo da parte dei media finisce per fare il gioco dei terroristi, in quanto l'unico senso di un atto terroristico è quello di produrre terrore. Privarlo di ciò sarebbe il modo migliore per renderlo totalmente privo di senso e, quindi, per farlo cessare.

Mi rendo conto che questo è difficile, però occorrerebbe puntare sulla deontologia professionale della stampa e della televisione. I media

dovrebbero rendersi conto che quanto più seminano terrore con i loro servizi, tanto più lo favoriscono, perché è esattamente questo che il terrorismo vuole. Vuole essere riconosciuto come guerra e il linguaggio bellico è, precisamente, un altro regalo che facciamo al terrorismo. I terroristi devono essere trattati come criminali, criminali efferati e deve essere conservata la asimmetria tra le istituzioni e il terrorismo. Anche lo stesso utilizzo della parola “ISIS”, ossia Stato islamico è inappropriato. Sono bande di assassini che non possono essere elevati a livello di Stato, né può lo Stato abbassarsi al loro livello. La richiamata asimmetria tra le istituzioni e il terrorismo è la principale forza dello Stato di diritto. Ogni volta che parliamo di “Guerra santa”, di atti di guerra e trattiamo il terrorismo come uno “Stato”, gli facciamo un regalo. Ciò è vero proprio a cominciare dall’aggressione alle Torri Gemelli. Le parole hanno un peso e fu un errore qualificare l’aggressione alla stregua di un atto di guerra e rispondere ad essa con la guerra in Afghanistan e in Iraq, buttando benzina sul fuoco, incendiando e alimentando il terrorismo. No! In quel caso l’unica risposta sarebbe dovuta essere la risposta poliziesca, utilizzando il massimo coordinamento tra le forze di polizia. E’ una risposta meno demagogica, ovviamente più difficile e complessa, ma la sola efficace.

A proposito di fascismo o di nazismo, negli ultimi mesi in Italia il dibattito politico si è polarizzato intorno all’opportunità di introdurre, nel nostro ordinamento giuridico, il reato di propaganda di regime fascista e nazifascista. E’ possibile, secondo Lei, parlare di un diritto alla libera espressione del pensiero e, quindi, di un diritto all’eguaglianza, anche rispetto a quelle idee che veicolano valori in aperta antitesi con il principio supremo della

dignità umana? Che cosa ha da dire a proposito – mi scusi la semplificazione – il modello garantista di Ferrajoli?

Certamente non rispetto - per carità! – queste idee. Anzi, sul piano del dibattito politico e del dibattito culturale siamo legittimati ad esprimere tutto il nostro disprezzo per concezioni che hanno un terribile passato, come il fascismo o il nazismo. Ma qui si sta parlando del diritto di ciascuno di avere le proprie opinioni e di essere tutelato nel diritto di averle. E naturalmente quello che non è tollerabile non è l'identità, ma soltanto il porre in essere comportamenti dannosi. Un principio fondamentale del garantismo è che si può essere puniti per ciò che si fa e non per ciò che si è, per ciò che si fa in quanto azione e comportamento dannoso e pericoloso nei confronti di terzi. Ma le identità, tutte, quali che siano, sono al riparo del principio di uguaglianza e del principio di dignità delle persone. La grande forza del costituzionalismo e dei diritti fondamentali è precisamente questo riconoscimento della dignità di qualunque persona, anche di un criminale, anche di un terrorista. E questa è la asimmetria tra le istituzioni dello Stato di diritto e il crimine, il terrorismo. La capacità di trattare con le regole dello Stato di diritto, rispettando i diritti fondamentali, tutti, in quanto persone, e di porre a fondamento della repressione penale soltanto comportamenti offensivi nei confronti di terzi.

Un altro tema che, in questi mesi, anima il dibattito politico è relativo ai diritti di cittadinanza e, in particolare, allo *ius soli*. Pare che la cittadinanza da fattore di inclusione stia diventando sempre più fattore di esclusione. E' d'accordo?

Sì. D'altronde, mi sia consentito precisare che lo *ius soli* non ha niente a che fare con l'immigrazione, perché riguarda coloro che sono nati in Italia. L'unica ragione per escludere la cittadinanza è di carattere puramente razzista. Non c'è nessuna ragione che abbia a che fare con l'accidente di nascita in un altro Paese. La cittadinanza nasce come fattore di inclusione. Per rimanere all'età moderna pensiamo alla Rivoluzione Francese, dove l'individuo ha capito che la cittadinanza è la base dell'uguaglianza politica. Ma oggi la stessa cittadinanza sta diventando un fattore di esclusione. Ciò perché, contrariamente a quanto si stabilisce anche nel Codice di Napoleone, vale a dire che i diritti civili spettano a tutti, anche agli stranieri, la cittadinanza sta diventando e, anzi, è diventata il presupposto di tutti gli altri diritti: il diritto ad avere diritti, il diritto di accesso, il diritto di risiedere... E, quindi, non si ha nessun diritto in assenza di cittadinanza e questo espone le persone al massimo sfruttamento.

Credo che ci sia anche una ragione molto bassa nel non-riconoscimento di persone come cittadini in un processo di inclusione. Quella di avere persone ridotte a non-persone, a merce. Con la possibilità di sfruttarle senza limiti. Perché si tratta di persone che non possono rivendicare alcun diritto, non possono protestare, sono persone "fuorilegge". Questa identità della persona "illegale" è uno dei paradossi, una delle contraddizioni più vergognose del nostro assetto istituzionale odierno.

Concludendo, il grande problema di oggi sembra essere quello di una politica che ormai ha abdicato al suo ruolo. Lei, a riguardo, parla di crisi giuridica e politica, che diventa il banco di prova, nella sua teoria, per testare l'ineffettività dei

principi e l'illegittimità delle loro prassi negli odierni ordinamenti costituzionali. Qual è il compito della politica?

Purtroppo la politica si è svuotata di contenuti progettuali per una serie di ragioni. La prima delle quali è l'asimmetria tra i mercati globali e il carattere, ancora prevalentemente locale, della politica e del diritto. In secondo luogo questa potente, potentissima ideologia, sia economica, che politica, che giuridica del liberismo, ha assunto la legge del mercato come una sorta di legge naturale, che ha confuso i diritti-poteri del mercato, dell'economia, con le libertà. Questa è una confusione che risale a Locke. Si è prodotto un capovolgimento di quella che definisco come la "gerarchia democratica dei poteri". Non è più la politica che governa l'economia e la finanza, come è sempre avvenuto, fino a che gli Stati hanno conservato la loro sovranità. Non sono più i parlamenti che controllano i governi, non sono più i partiti come organi della società, che orientano la vita della politica e quindi dei parlamenti, dei loro rappresentanti, ma è esattamente il contrario. E' l'economia, è la finanza, che detta le sue ricette alla politica. La stessa Unione Europea si è costruita sui dettami dei mercati nei confronti degli Stati. A livello statale i processi di personalizzazione e verticalizzazione dei governi hanno trasformato i parlamenti in loro propaggini. C'è una crisi spaventosa della rappresentanza: i sistemi politici si sono separati dalla società. Ed allora per rianimare la politica occorrerebbe rifondare il rapporto rappresentativo tra ceto politico e società, riportare i partiti alla società, perché senza partiti, la politica, il suffragio universale non può funzionare. Personalmente propongo da sempre l'incompatibilità tra cariche di partito e cariche anche elettive di carattere pubblico, per stabilire questa alterità tra rappresentanti e rappresentati. E' questo il controllo dal basso.

Una rilegittimazione di questa natura porrebbe probabilmente la politica in grado di riconquistare le sue funzioni di governo sull'economia. Ma un reale mutamento di paradigma si può avere solo se verrà costruita una sfera pubblica all'altezza dei mercati. Quindi, una sfera pubblica europea, innanzitutto, e, poi, tendenzialmente globale. Un fisco globale, insomma, in mancanza del quale, i miliardari pagano meno, come diceva Warren Buffet, le loro segretarie, perché possono trasferire i capitali nei paradisi fiscali. La concorrenza fa sì che si possono trasferire le proprie industrie e produzioni nei luoghi in cui è più facile sfruttare il lavoro, inquinare l'ambiente, corrompere i giovani.

Intanto tutto questo è avvenuto e avviene per la politica. La liberalizzazione dei capitali, la possibilità delle banche di risparmiare con attività speculative... sono tutti prodotti della politica. E' difficile tornare indietro, ora. Anzi, nei limiti del possibile sarebbe anche possibile tornare indietro e ristabilire, in tal modo, dei limiti alla libera circolazione dei capitali. Occorre quantomeno sviluppare una sfera pubblica alla loro altezza, quindi un fisco europeo e, anche, un fisco globale, una *tobin tax*, ossia delle forme di tassazione sull'utilizzo di beni comuni da parte delle grandi imprese.

Insomma, è possibile costruire una alternativa alle politiche attuali che, viceversa, si autolegittimano come prive di alternative. Dipende dalla volontà, ma anche dalla cultura giuridica. Perché, la cultura giuridica e politica – ripeto - in questi ultimi anni si è mostrata del tutto corriva all'ideologia liberista. E, al contrario, il diritto delle Costituzioni e delle grandi Carte internazionali dei diritti è ancora diritto vigente. Prenderlo sul serio dovrebbe far parte del nostro mestiere di giuristi. Prenderlo sul serio significa imporre legislazioni di attuazione. Tutti i diritti fondamentali richiedono leggi di attuazione, in assenza delle quali, in assenza delle garanzie e delle

funzioni, sono destinati a rimanere ineffettivi. Ciò è compito della politica. Genera una responsabilità nella cultura politica, nella cultura giuridica e in tutti noi come cittadini. Perché tutto questo non è un mondo naturale, ma un mondo costruito dagli uomini, di cui portiamo la responsabilità.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

NUNZIA COLOSIMO

Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo gli interventi del d.lgs.75/2017

ABSTRACT- This study highlights the changes made by the legislator in 2017 to disciplinary procedures in Italian public employment. It aims to specify operational methods in order to give effective support to employees and public bodies called upon to handle disciplinary requirements and the various phases of the sanctioning procedure also in order to try to avoid the most common errors. For this purpose, various references to law and doctrine are carried out.

KEYWORDS- public employment - disciplinary procedure - sanctions.

Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo gli interventi del d.lgs.75/2017**

SOMMARIO: *1. Introduzione - 2. L'elemento psicologico nella responsabilità oggettiva dei responsabili del controllo - 3. La competenza dell'azione disciplinare - 4. La struttura del procedimento disciplinare - 5. I termini del procedimento disciplinare - 6. Il procedimento disciplinare e i rapporti con il procedimento penale - 7. Conclusioni*

1. Introduzione

Dopo gli interventi del 2009, con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 75 del 25 maggio 2017 agli artt.55-55 *sexies* del d.lgs. 165/2001, il legislatore ha nuovamente provveduto a riformare il procedimento disciplinare a carico dei dipendenti pubblici tendendo a snellire e semplificare le relative procedure, sempre con l'intento di perseguire gli obiettivi di maggiore efficienza e di miglioramento della produttività del personale delle pubbliche amministrazioni.

Orbene, la responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti resta pur sempre improntata ai principi della predeterminazione delle infrazioni e delle sanzioni e della proporzionalità tra le prime e le seconde, vedendo modificata l'obbligatorietà del procedimento disciplinare.

Anche a seguito della novella legislativa, appare dunque indubbio che rimane fermo, per come chiarito in precedenza da numerose pronunce della giurisprudenza sia del giudice delle leggi che di legittimità, non solo il principio secondo cui la valutazione della proporzionalità è coesistente all'applicazione del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 55-*quater*, lett. a), dovendosi

* Avvocato e funzionario della Regione Calabria.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

escludere l'astratta configurabilità di qualsivoglia automatismo nell'irrogazione delle sanzioni disciplinari, ma anche quello per cui permane il sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità della sanzione rispetto al fatto addebitato¹.

I principi sopra richiamati sono stati infatti affermati anche con riguardo al licenziamento disciplinare del pubblico dipendente di cui all'art. 55 *quater*², sul rilievo non solo che l'art. 2106 c.c.³, risulta oggetto di espresso richiamo

¹ Cassazione civile, sez. lav., 14 dicembre 2016, n. 25750; Cassazione civile, sez. lav., 23 agosto 2016, n. 17259; Cassazione civile, sez. lav., 25 agosto 2016, n. 17335; Cassazione civile, sez. lav., 25 maggio 2016, n. 10842; Cassazione civile, sez. lav., 26 gennaio 2016, n.1351; Cassazione civile, sez. lav., 7 dicembre 2010, n. 24796; Corte Costituzionale, 14 ottobre 1988, n. 971, Corte Costituzionale, 9 luglio 1996, n. 239; Corte Costituzionale, 9 luglio 1999, n. 286; Consiglio di Stato 15 settembre 2009, n. 5526. Per un'analisi approfondita sulla sanzione sproporzionata e sul potere di conversione da parte dell'autorità giudiziaria, si richiama V. TENORE, *“Proporzionalità della sanzione disciplinare e rapporto con le sanzioni espulsive imposte ex lege dal Ccnl del pubblico impiego privatizzato. Il problematico potere di conversione giudiziale della sanzione sproporzionata”*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 6/2015, 827 ss., il quale a pagina 835 di tale scritto schematizza tre problematiche e prova poi a darvi risposta: “a) è necessaria una istanza di parte affinché il giudice operi la conversione, oppure la stessa è effettuabile d'ufficio? b) La sostituzione in esame può giungere a “derubricare” la sanzione sino ad applicarne una qualitativamente diversa da quella comminata dal datore (es. da sanzione espulsiva a sanzione conservativa), oppure il giudice può limitarsi a ridurre solo quantitativamente la sanzione stessa (es. sospensione da 10 a 5 giorni)? c) La conversione giudiziale della sanzione può derogare alle previsioni contenute nel codice disciplinare che correlano a certi fatti determinate sanzioni?”.

² Si vedano ancora le già richiamate Cass. 17259/2016, 1351/2016 e G.M. MONDA, *Il licenziamento disciplinare del dipendente pubblico*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 4/2010, 1054, il quale, in merito alla riforma del 2009, precisa che “la permanente vigenza sul piano sostanziale dei principi di proporzionalità e di tipicità delle infrazioni e sanzioni disciplinari, già evincibili dalla precedente formulazione dell'articolo 55”.

³ Si veda ancora G.M. MONDA, nell'opera già citata, che evidenzia come “il legislatore in sede di enunciazione dei principi generali fa espressamente salvo il richiamo all'articolo 2106 codice civile e, quindi, alla regola della proporzionalità della sanzione disciplinare, che comporta l'esclusione dell'operatività di ogni automatismo espulsivo, con la sola

n. 2/2017

da parte dell'art. 55, c.2, ma pure stante la considerazione che alla giusta causa ed al giustificato motivo fa riferimento l'art. 55-*quater*, c.1, tipizzando le relative ipotesi di licenziamento.

Proprio in virtù di tale interpretazione costituzionalmente orientata il procedimento disciplinare a carico del dipendente pubblico non è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale, la quale, in merito alla destituzione del lavoratore pubblico, ha rimarcato che i meccanismi automatici di espulsione rendono impossibile adeguare la sanzione al caso concreto, sicché sono costituzionalmente illegittime le norme che non prevedono l'apertura e lo svolgimento del procedimento disciplinare⁴.

Chiariti tali principi, prima di entrare nel vivo dell'argomento esaminando le modifiche apportate al procedimento disciplinare, appare opportuno rimarcare che alcuna variazione è intervenuta in merito all'*iter* accelerato per le ipotesi più gravi disegnato dal D. Lgs. 150/2009 e applicabile nel caso di accertamento in flagranza, o anche mediante dispositivi di vigilanza, o di rilevazione degli ingressi e delle presenze, ovvero ancora nelle ipotesi di falsa attestazione delle presenze in servizio. In tali casi notoriamente la contestazione scritta dell'addebito al dipendente dovrà avvenire entro 48 ore, preavvisandosi il lavoratore della convocazione che dovrà avvenire entro 15 giorni ed il procedimento disciplinare dovrà concludersi entro 30 giorni dalla data di avvenuta comunicazione dell'avvio della procedura.

eccezione delle ipotesi in cui la sentenza penale di condanna preveda l'applicazione di pene accessorie direttamente incidenti sul rapporto di lavoro (interdizione dai pubblici uffici o pena accessoria dell'estinzione del rapporto di lavoro come previsto dall'articolo 5, legge n. 97/2001)", richiamando in nota V. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare (artt. 67-70)*, in M. TIRABOSCHI, F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, 477 ss..

⁴ Cfr. Corte Cost., 27.4.1993, n. 197 e nuovamente Corte Cost., 14.10.1988, n. 971.

2. *L'elemento psicologico nella responsabilità oggettiva dei responsabili del controllo.*

Venendo più specificatamente all'oggetto del presente studio, il legislatore ha provveduto, al contrario, a modificare la responsabilità oggettiva dei responsabili del controllo, introducendo un secondo periodo al comma 1 dell'art.55 del TUPI, sicché oggi può sussistere la responsabilità oggettiva solo laddove la mancata attivazione dell'azione disciplinare sia conseguenza di un'attività dolosa o colposa del dipendente addetto al procedimento, inserendosi così l'elemento psicologico al fine di fondare la responsabilità disciplinare oggettiva⁵.

⁵ In merito alla distinzione tra responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale, si veda V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, 2017, 529 ss., il quale afferma che la scriminante tra le due categorie è “sovente oggetto [...] di confusione concettuale in dottrina e di sovrapposizione concettuale da parte della stessa Cassazione”, evidenziando che “la responsabilità disciplinare del dirigente si distingue da quella dirigenziale “da risultato” prevista dall’art. 21, d.lgs. n. 165 del 2001, in primo luogo sotto il profilo dell’elemento oggettivo: la prima si traduce in un inadempimento contrattuale (in una violazione del codice disciplinare rinvenibile nel CCNL richiamato dal contratto individuale) o nella violazione di precetti fissati dagli artt. 55 segg., d.lgs. n. 165 o dal codice di comportamento, mentre la responsabilità dirigenziale si traduce nella inosservanza delle direttive impartite o nel mancato raggiungimento degli obiettivi nella gestione finanziaria, tecnica, organizzativa ed amministrativa”. Al riguardo il medesimo Autore richiama Cass., sez. lav., 24 gennaio 2017 n. 1753, la quale ha chiarito che “mentre la responsabilità disciplinare presuppone il colpevole inadempimento di obblighi che gravano sul prestatore, rilevante in sé a prescindere dalla incidenza sui risultati dell’attività amministrativa e della gestione, la responsabilità dirigenziale è sempre strettamente correlata al raggiungimento degli obiettivi e persegue la finalità di consentire la rimozione tempestiva del dirigente rivelatosi inidoneo alla funzione, in modo da garantire l’attuazione del principio di efficienza e di buon andamento degli uffici pubblici. Anche nel caso di “inosservanza delle direttive imputabili al dirigente”, ossia di comportamento che potrebbe essere astrattamente ricondotto all’una o all’altra forma di responsabilità, il discrimine va ravvisato nel collegamento con la verifica complessiva dei risultati, sicché l’addebito assumerà valenza solo disciplinare nella ipotesi in cui

n. 2/2017

In particolare, in capo al responsabile della struttura grava l'obbligo di dare "all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari" notizia immediata, o non oltre dieci giorni dei "fatti ritenuti di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza", la cui omissione, il ritardo ingiustificato o l'errata valutazione della condotta tenuta dal dipendente comportano in capo al dirigente titolare dell'azione disciplinare, in presenza di dolo o colpa grave, la responsabilità disciplinare ai sensi degli artt. 55 e 55 *sexies*, c.3.

Il legislatore in tal modo ha dunque valorizzato e chiarito che rileva non solo l'illiceità in senso oggettivo della condotta ma anche l'intensità o la tenuità dell'elemento psicologico del dirigente.

3. La competenza dell'azione disciplinare

La norma del d. lgs. 165/2011 che è però stata oggetto degli interventi più incisivi da parte del d. lgs. 75/2017 è costituita dall'art. 55 *bis*,

*l'amministrazione ritenga che la violazione in sé dell'ordine e della direttiva, in quanto inadempimento contrattuale, debba essere sanzionata; dovrà, invece, essere ricondotta alla responsabilità dirigenziale qualora la violazione medesima abbia inciso negativamente sulle prestazioni richieste al dirigente ed alla struttura dallo stesso diretta. Ciò perché la responsabilità di cui agli artt. 4 e 21 del d. lgs. n. 165 del 2001 va ricollegata ai risultati complessivi raggiunti dall'ufficio al quale il dirigente è preposto, con la conseguenza che la valutazione negativa si risolve più che nella affermazione di un inadempimento colpevole in un giudizio di inidoneità del dirigente rispetto alla funzione"; orientamento, peraltro conforme a Cassazione civile, sez. lav., 20 febbraio 2007, n. 3929; Cassazione civile, sez. lav. 8 aprile 2010, n. 8329; Cassazione civile, sez. lav., 7 dicembre 2015, n. 24801 e Cassazione civile, sez. lav., 8 giugno 2015 n. 11790. Si veda anche V. PAPA, "Dirigenze pubbliche e responsabilità "al plurale" tra oscillazioni normative e giurisprudenziali" ne *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 6/2011, 935, la quale effettua anche la disamina di tutte le distinzioni dottrinali, soffermandosi sulla tesi della "distinzione per via contrattuale", su quella della "distinzione procedimentale" e, infine, in merito a quella della "distinzione funzionale" o per "oggetto".*

sostanzialmente riscritto dal decreto in esame, che ha modificato la competenza dell'azione disciplinare.

Tale competenza viene ora suddivisa tra il «responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente», al quale spetta la disamina delle infrazioni di minore gravità punibili con il rimprovero verbale e lo «ufficio per i procedimenti disciplinari», cui, invece, compete di giudicare in merito alle «infrazioni punibili con sanzione superiore al rimprovero verbale», attribuendone la titolarità e responsabilità.

Ne consegue che, fatta eccezione per la immutata procedura *supra* richiamata riservata alle ipotesi più gravi, è stata accorpata una delle tipologie di procedimento, per come disegnata dal legislatore del 2009, riconducendosi a sole due le procedure disciplinari.

Il primo dei due procedimenti attiene alle sole infrazioni per le quali, per come detto, è previsto il rimprovero verbale; in tal caso la normativa effettua il rinvio alla contrattazione collettiva e alle procedure in essa contenute, dovendosi precisare che, per come già statuito dalla precedente formulazione dell'art. 55 *bis*, i contratti collettivi nazionali non possono però apportare, a mente dell'art. 55 *bis*, c.9 *bis*, qualsivoglia modifica alla procedura dettata dal d. lgs. 165/2001, mentre, ai sensi dell'art. 55 *quinquies*, c.3 *bis*, alla contrattazione pattizia è demandata l'individuazione delle condotte, stabilendosi «le corrispondenti sanzioni disciplinari con riferimento alle ipotesi di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, nonché con riferimento ai casi di ingiustificate assenze collettive in determinati periodi nei quali è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza».

A questo punto appare opportuno rilevare che l'art. 55 D. Lgs. 165/2001, riprendendo e specificando la analoga previsione generale contenuta nell'art. 2, c.2, del medesimo decreto legislativo, stabilisce che le disposizioni dello stesso articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55 *octies*, «costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli

articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2».

Ne consegue da un canto l'inderogabilità delle norme sul procedimento disciplinare da parte della contrattazione collettiva e individuale⁶, sicché ogni eventuale norma pattizia o individuale contraria viene automaticamente sostituita con le statuizioni del TUPI in quanto norme imperative; tanto d'altro canto specularmente porta però anche a desumere che i singoli atti del procedimento disciplinare soggiacciono alla nullità di cui all'art. 1418, c.1 c.c. laddove parte datoriale unilateralmente dovesse modificare le norme, i termini procedurali e la competenza, eludendo o violando l'inderogabile procedimento fissato dalla normativa.

Il secondo procedimento relativo alle sanzioni di maggiore gravità rispetto al rimprovero verbale ha subito una chiara semplificazione dei termini, statuendosi che il responsabile della struttura, giusto quanto già detto, è chiamato a segnalare immediatamente, o, comunque, entro il termine di dieci giorni la condotta del dipendente all'ufficio per i procedimenti

⁶ Sul punto già in chiave critica rispetto alle modifiche di cui alla cd. "riforma Brunetta", si veda F. SAITTA, *La «riforma Brunetta» e gli insegnamenti di Luhmann nell'originale rilettura di Fabrizio Fracchia*, ne *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 5/2011, 801, il quale ha affermato che "se è vero, infatti, che, specie negli ultimi anni, la contrattazione collettiva non ha funzionato a dovere, essendosi estesa oltre misura ed avendo scavalcato regolarmente l'Aran a vantaggio di intese dirette con il Governo, è anche vero che - com'è stato efficacemente notato - il legislatore del 2009 è incorso in una sorta di «eccesso terapeutico», introducendo un meccanismo di automatica prevalenza del diritto obiettivo, eteronomo e speciale, rispetto al diritto contrattuale, autonomo e generale, che si traduce in un integrale ripensamento della contrattualizzazione". Ancora in chiave critica si veda G. GARDINI, "L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta", sempre ne *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2010, 588, il quale rileva che tale prevalenza della normativa rispetto alla contrattazione "rischia di ricreare nel medio-lungo periodo una situazione normativa frammentata, diversificata per categorie e specificità professionali, del tutto analoga a quella cui la «privatizzazione» voleva porre rimedio".

disciplinari, pena la responsabilità personale del dirigente titolare dell'azione disciplinare.

Una volta ricevuta la notizia, l'ufficio per i procedimenti disciplinari deve contestare con immediatezza⁷ ed entro il termine di trenta giorni per iscritto⁸ la condotta rilevante disciplinarmente al lavoratore, inviandogli preferibilmente comunicazione a mezzo PEC o tramite consegna di nota a mani⁹, o, al limite, a mezzo di raccomandata postale con ricevuta di ritorno,

⁷ Tribunale di Catania, sez. lav., 24 maggio 2011, su cui si veda però il nuovo art. 55 bis, c.9 ter: *“Il termine a difesa dell'incolpato ex art. 55-bis va qualificato quale termine dilatorio e inderogabile in pejus (ma non perentorio). La sua violazione determina l'illegittimità del procedimento disciplinare e la nullità della sanzione. La stabilità reale costituisce connotato del rapporto di pubblico impiego, anche in caso di licenziamento riguardante il dirigente, non essendo in tal senso sovrapponibile la disciplina della dirigenza privata a quella della dirigenza pubblica”*.

⁸ Imposta *ad substantiam*, dall'art. 7 L. 20 maggio 1970, n. 300 *“al fine della stessa legittimità della sanzione successivamente irrogata”*, essendo *“esclusa la possibilità di equiparare alla contestazione per iscritto la effettiva conoscenza dell'addebito altrimenti conseguita dal lavoratore”* S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002, 402 - 403. Si veda anche M.G. MATTAROLO, *Il potere disciplinare*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. CARINCI, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. CESTER, II, Torino, 2007, 815, la quale rileva che *“Vi è sostanziale unanimità nel ritenere che la contestazione richieda la forma scritta (tranne che per il rimprovero verbale) sia per motivi attinenti allo scopo di garanzia dell'atto (Zangari 1993, 391; Cass. 21.6.1988, n. 4240, DL, 1989, II, 238), sia perché il 70 c. dell'art. 7 st. lav. lo prevede esplicitamente, seppure con formula incidentale (contra Assanti 1971, 306). La forma scritta è dunque un requisito della contestazione richiesto ad substantiam (Cass. 1.6.1988, n. 3716, MGL, 1988, 472 e NGCC, 1/1989, 94, con nota di Spagnuolo Vigorita G.; in dottrina, per tut-ti, D'Avossa 1989, 60; Zoli 1991, 75; contra isolata, Trib. Cagliari 13.11.1989, RGSarda, 1990, 791, con nota di Maxia), sicché la conoscenza dell'addebito diversamente conseguita dal lavoratore non sana il vizio di forma (v. Cass. 21.6.1988, n. 4240, DL, 2/1989, 238)”*.

⁹ In merito a fattispecie di contestazione consegnata a mani si veda Cassazione civile, sez. lav., 1 giugno 1988, n. 3716, secondo la quale *“l'atto scritto contenente la contestazione dell'addebito può essere consegnato al lavoratore tramite persona incaricata dal datore di lavoro, la quale può essere assunta come teste ai fini della prova dell'avvenuta*

convocando il dipendente a comparire con un preavviso di almeno venti giorni. Le ulteriori comunicazioni possono, invece, essere effettuate anche a mezzo posta elettronica o tramite altri mezzi informatici.

Fin dalla data della contestazione, ai sensi dell'art. 16 c.1 lett. L *quater*) TUIPI, non modificato dal decreto in commento, occorre procedere alla rotazione del personale laddove si dia avvio a un procedimento penale, ovvero nel caso di ipotesi corruttive del dipendente.

A questo punto il lavoratore dipendente ha il diritto di essere audito con l'assistenza di un rappresentante sindacale o di un procuratore; potrà anche presentare memorie scritte, avendo diritto di accedere agli atti istruttori del procedimento e, in caso di grave ed oggettivo impedimento, al differimento "*per una sola volta*" dell'audizione, tenendosi presente che tale differimento comporta la sospensione dei termini per la conclusione del procedimento disciplinare, il quale dovrà essere definito dall'ufficio per i procedimenti disciplinari "*con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione*" entro il termine di 120 giorni dalla data di ricezione da parte del dipendente della contestazione disciplinare.

Detto atto di archiviazione disciplinare dovrà essere motivato con esaustività non solo affinché i titolari dell'azione disciplinare non incorrano a loro volta in sanzioni disciplinari alla luce dell'art.55-*sexies*, il quale statuisce che le "*valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare*" danno luogo alla sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento in caso di

consegna", avendo chiarito Cassazione civile, sez. lav., 10 novembre 1990, n. 10853, che parte datoriale può fornire la prova dell'avvenuta consegna della contestazione disciplinare con qualsiasi mezzo, essendo però "*inidonea a realizzare la comunicazione scritta voluta dalla legge, la mera lettura da parte del lavoratore interessato della missiva, contenente la manifestazione di volontà del datore di lavoro di intimare il licenziamento, a lui affidata per il successo recapito all'ufficio del lavoro*" Cassazione civile, sez. lav., 20 giugno 1979, n. 3440.

commissione dolosa, o gravemente colposa, per come sancito dall'articolo 55 *quater*, comma 1, lettera *f-ter*), sanzione espulsiva che può palesarsi anche nelle ipotesi in cui vi sia stata «l'omessa attivazione del procedimento disciplinare e l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, senza giustificato motivo» a mente del comma 3 *quinquies* del medesimo art. 55 *quater*, ma pure in quanto, a mente dell'art. 55 *bis*, c.4 sia il provvedimento di avvio della procedura disciplinare, sia quello di sospensione cautelare del dipendente, sia, infine, quello di conclusione, dovranno essere tramessi entro venti giorni dalla loro adozione all'Ispettorato per la funzione pubblica in via telematica, omettendosi, per evidenti finalità di tutela della riservatezza, il nominativo del dipendente nei cui riguardi viene aperto il procedimento, che dovrà essere indicato con un codice.

4. La struttura del procedimento disciplinare

Chiarite quindi le modifiche apportate al procedimento disciplinare a carico del dipendente pubblico dal decreto legislativo in commento, appare opportuno rimarcare che la struttura dell'*iter* procedurale è affatto mutata consistendo sempre nell'avvio del procedimento effettuata tramite la contestazione disciplinare e con l'adozione del provvedimento conclusivo solo una volta che sia stata consentita la difesa all'incolpato nel rispetto del principio del contraddittorio, dovendosi precisare che particolare attenzione dovranno prestare i soggetti responsabili del procedimento una volta appresi i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare in quanto la suddivisione della competenza tra il responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente e l'ufficio per i procedimenti disciplinari non deve essere individuata in ragione della sanzione in concreto irrogata, ma sulla base della sanzione edittale prevista dalla legge o dalla fonte collettiva. Infatti, rilevato, per come dianzi precisato, che le norme sulla competenza

n. 2/2017

disciplinare, al pari delle altre norme procedurali, sono imperative ai sensi dell'art. 55, d. lgs. 165/2001, laddove, ad esempio, il responsabile della struttura dovesse irrogare una sanzione che comporta la sospensione dalla retribuzione, ritenendo la stessa di propria competenza, detto provvedimento disciplinare sarà chiaramente dichiarato nullo in quanto adottato da soggetto privo della competenza al riguardo, essendo tale sanzione di competenza dell'ufficio per i procedimenti disciplinari.

Proprio in merito alla competenza dell'organo disciplinare, la Suprema Corte di Cassazione, rispetto alla formulazione del d. lgs. 165/2001 previgente rispetto alle modifiche di cui al d. lgs. 75/2017, ma che ad avviso della scrivente appare pianamente tuttora applicabile, con orientamento costante ha difatti precisato che «in tema di rapporto di lavoro alle dipendenze delle p.a., ai sensi dell'art. 59 d. lgs. n. 29 del 1993, trasfuso nell'art. 55 d. lgs. n. 165 del 2001, tutte le fasi del procedimento disciplinare sono svolte esclusivamente dall'ufficio competente per i procedimenti disciplinari (u.c.p.d.), il quale è anche l'organo competente alla irrogazione delle sanzioni disciplinari, ad eccezione del rimprovero verbale e della censura¹⁰; ne consegue che il procedimento instaurato da un soggetto o organo diverso dal predetto ufficio, anche se questo non sia stato ancora istituito, è illegittimo e la sanzione irrogata è, in tal caso, affetta da nullità, risolvendosi in un provvedimento adottato in violazione di norme di legge inderogabili sulla competenza; né la previsione legislativa è suscettibile di deroga ad opera della contrattazione collettiva, sia per l'operatività del principio gerarchico delle fonti, sia perché il comma 3 dell'art. 59 cit., attribuisce alla contrattazione collettiva solo la possibilità di definire la tipologia e l'entità delle sanzioni e non anche quella di individuare il

¹⁰ Ora limitata da D. Lgs. in commento alle sole *“infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione della sanzione del rimprovero verbale”*.

soggetto competente alla gestione di ogni fase del procedimento disciplinare¹¹».

Per di più si rileva che poiché il datore di lavoro pubblico, ai sensi degli artt. 2 e 5 del TUPI, agisce nell'ambito del rapporto di lavoro con i poteri del datore di lavoro privato, i connessi provvedimenti di gestione del personale sono soggetti sia all'art. 1324 c.c. relativo agli atti unilaterali tra vivi, sia alla disciplina generale sui contratti, con la conseguente rilevabilità d'ufficio *ex art. 1421 c.c.* di ogni eventuale nullità in ambito processuale.

Ciò posto, si evidenzia anche che nel procedimento disciplinare la contestazione non deve conformarsi ad una regola astratta e assoluta o ad uno schema precostituito, non dovendo essere redatta secondo i rigidi canoni del processo penale, dovendo, invece, essere solo adeguata ai principi di correttezza e specificità, circoscrivendo con precisione i fatti addebitati, al fine di consentire al dipendente incolpato di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa.

In merito al carattere della specificità la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che «questo è integrato quando siano fornite le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare, nella sua materialità, il fatto o i fatti nei quali il datore di lavoro abbia ravvisato infrazioni disciplinari o comunque comportamenti in violazione dei doveri di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c.»¹².

Corollario del principio di specificità è quello di non modificabilità della contestazione, che impone una necessaria correlazione tra i fatti inizialmente addebitati e quelli sui quali si fonda la sanzione irrogata. A tale proposito la Suprema Corte di Cassazione ha più volte evidenziato che non costituisce una violazione del principio di immutabilità della contestazione

¹¹ Cassazione civile, sez. lav., 4.12.2013, n. 27128; Cassazione civile, sez. lav., 17.6.2010, n. 14628.

¹² Cassazione civile, sez. lav., 21 aprile 2017, n.10154; conformi Cassazione civile, sez. lav., 30 marzo 2006, n. 7546; Cassazione civile, sez. lav., 15 maggio 2014, n. 10662.

la diversa qualificazione giuridica del fatto addebitato¹³, giacché il diritto di difesa è leso solo qualora a fondamento dell'atto di irrogazione della sanzione vengano poste circostanze diverse da quelle addebitate, in relazione alle quali il lavoratore non sia stato in grado di rappresentare la propria posizione. Ne consegue che in sede giudiziaria non ci si deve soffermare sulla formulazione letterale della contestazione e del provvedimento sanzionatorio, ma piuttosto sugli aspetti sostanziali della condotta, dovendosi considerare che una circostanza può essere ritenuta "nuova" solo laddove la stessa esuli dall'originario atto di incolpazione¹⁴, non sussistendo tanto nelle ipotesi in cui, all'esito del procedimento disciplinare e delle difese svolte dall'incolpato, il provvedimento elevato costituisca una mera specificazione dei fatti contestati al lavoratore, ciò in quanto il principio di immutabilità della contestazione riguarda esclusivamente i fatti materiali effettivamente contestati al lavoratore, essendo, per come detto, consentita solo una qualificazione giuridica differente rispetto a quella evidenziata nell'atto di apertura del procedimento.

5. I termini del procedimento disciplinare

Con il decreto legislativo n. 75/2017 il legislatore ha poi disciplinato con maggiore precisione le ipotesi di trasferimento del lavoratore in pendenza del procedimento disciplinare, statuendo che l'ufficio del procedimento

¹³ Cfr., tra le tante, Cassazione civile, sez. lav., 12 dicembre 1996, n. 11114 e Cassazione civile, sez. lav., 30 maggio 1989, n. 2590; Cassazione civile, sez. lav., 29 settembre 1988, n. 5294; Cassazione civile, sez. lav., 21 giugno 1986, n. 4153.

¹⁴ "É illegittimo il licenziamento intimato in base alla contestazione della recidiva per precedenti comportamenti del lavoratore, già puniti con sanzione disciplinare, se non c'è una nuova ed autonoma infrazione sanzionabile: il datore, infatti, non può esercitare due volte sugli stessi fatti il suo potere disciplinare", in Cassazione civile, sez. lav., 25 gennaio 2012, n. 1062; si veda pure Cassazione civile, sez. lav., 15 ottobre 1998, n. 10204.

disciplinare innanzi al quale sia stata avviata la procedura debba trasmettere gli atti all'ufficio ove il dipendente sia stato trasferito, interrompendo i termini del procedimento disciplinare il trasferimento del lavoratore, termini che riprenderanno a decorrere solo dalla data di ricezione degli stessi da parte del nuovo competente ufficio del procedimento disciplinare.

Proprio riguardo ai termini del procedimento disciplinare e al principio portante della tempestività¹⁵, appare opportuno evidenziare che il legislatore ha sancito la perentorietà dei termini di contestazione dell'addebito¹⁶ e di conclusione del procedimento, ma, adeguandosi a

¹⁵ si vedano L. DI PAOLA, *Considerazioni in materia di contestazione nel settore pubblico*, con particolare riguardo al caso dell'interferenza tra procedimento disciplinare e procedimento penale, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2/2007, 890; F. PANTANO, *La contestazione degli addebiti*, in *Il potere disciplinare del datore di lavoro* (a cura di S. MAINARDI), Torino, 2012, 262.

¹⁶ Sia consentito richiamare la giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione la quale statuisce che *“il termine di venti giorni per la contestazione dell'addebito, previsto dall'art. 24, comma 2, del contratto collettivo del comparto Ministeri del 16 maggio 1995, non è perentorio, sicché la sua inosservanza non comporta un vizio della sanzione finale, atteso che in un assetto disciplinare contrattualizzato gli effetti decadenziali non possono verificarsi in mancanza di una loro espressa previsione normativa o contrattuale, mentre la natura contrattuale dei termini induce a valutarne l'osservanza nella prospettiva del corretto adempimento di obblighi contrattuali, la cui mancanza è rilevante per gli effetti e nei limiti previsti dall'accordo delle parti e dai principi generali in materia di adempimento. Né, in senso contrario, rileva l'aggiunta operata con l'art. 12 del c.c.n.l. del comparto Ministeri 2002-2005 - di un nuovo comma 10 all'art. 24 del c.c.n.l. del 1995, con il quale è stata attribuita natura perentoria anche al termine iniziale del procedimento disciplinare, dovendosi ritenere, attesa la mancanza di ogni riferimento all'avvenuta insorgenza di controversie di carattere generale sull'interpretazione della norma collettiva, che la nuova disposizione non costituisca norma pattizia di interpretazione autentica, di portata sostitutiva della clausola controversa con efficacia retroattiva, ma integri una modifica, come tale operante soltanto in riferimento alle vicende successive all'entrata in vigore del c.c.n.l. con il quale è stata pattuita”* (Cassazione civile, sez. lav.

n. 2/2017

quanto già la Suprema Corte di Cassazione aveva chiarito nella sentenza 10 agosto 2016, n. 16.900, ha chiarito il dettato normativo modificando la decorrenza del termine di 120 giorni per la conclusione del procedimento disciplinare, il quale principia solo dalla data in cui l'amministrazione datrice di lavoro valuta la rilevanza dei fatti sotto il profilo disciplinare e li consolida nell'atto di contestazione, consegnando detto atto al dipendente - restando dunque del tutto estranea la fase predisciplinare -, spiegando la sanzione i suoi effetti esecutivi con la consegna della stessa al lavoratore, apparendo appena il caso di precisare che pacificamente sia la contestazione disciplinare, sia la sanzione sono atti recettizi ai sensi dell'art. 1334 c.c..

Sono stati in tal modo chiariti definitivamente i dubbi che erano sorti con la precedente formulazione della norma che pareva far decorrere il termine di avvio del procedimento dalla data di piena conoscenza del fatto di valenza disciplinare da parte del titolare dell'azione disciplinare.

Ancora con riguardo ai termini dell'azione il legislatore ha comunque stabilito all'art. 55 *bis*, c.9 *ter* che la violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare previste dagli articoli da 55 a 55 *quater* «non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività». Viene così introdotto il principio fondamentale di irrilevanza dei vizi formali procedimentali sul provvedimento finale, sempre che venga rispettato il diritto alla difesa del lavoratore ed il principio di tempestività¹⁷.

2.3.2017 n. 5316, la quale richiama Cass. 9.3.2009 n. 5637, Cass. 10.3.2010 n. 5806, Cass. 11.4.2013 n. 8850, Cass. 2.12.2015 n. 24529; Cass. 26.8.2016 n. 17373).

¹⁷ In tal modo il legislatore ha adeguato il dato normativo a quanto precisato dai giudici di piazza Cavour, i quali avevano chiarito che «*I termini iniziali e finali che cadenzano il procedimento disciplinare rappresentano il limite per l'esercizio del potere disciplinare e alla loro violazione è chiaramente ricollegata la sanzione della decadenza. La violazione*

Infine il successivo comma 9-*quater* introdotto sempre dal D. Lgs. 75/2017 riguarda il «personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) presso le istituzioni scolastiche ed educative statali»¹⁸,

di questi termini si sostanzia nella preclusione irrimediabile all'adozione del provvedimento disciplinare, operando in via automatica la decadenza prevista dalla disposizione, in quanto con la fissazione di tale ambito temporale massimo il legislatore ha inteso disciplinare l'esercizio di uno dei tipici poteri di cui il datore di lavoro è titolare nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, il potere disciplinare, l'esercizio del quale incide sulla sfera giuridica del lavoratore. Il limite della tempestività del procedimento disciplinare (predeterminato dal legislatore mediante la previsione di determinati termini di inizio e fine della procedura) condiziona l'esercizio del potere. Il termine che temporizza la fase endo-procedimentale risponde, invece, ad una ratio diversa essendo posto a garanzia del diritto di difesa del dipendente; ciò è reso evidente dalla possibilità, posta a favore del lavoratore (per gravi ed oggettivi impedimenti), di chiedere un rinvio del termine, proprio per consentire che tale lasso di tempo sia effettivamente utilizzabile dal lavoratore per approntare le sue giustificazioni. Deve ritenersi, allora, che la contrazione del termine di dieci (venti) giorni determinerà la nullità della sanzione nella misura in cui venga rappresentato, dall'interessato, un pregiudizio sulla raccolta della documentazione e delle informazioni necessarie per far valere le sue ragioni innanzi al datore di lavoro. Trattandosi di termine posto a garanzia del diritto di difesa del lavoratore, la decadenza dall'esercizio del potere disciplinare opererà quando la contrazione del termine abbia determinato un nocumento al lavoratore stesso ed alle sue prerogative di difesa. Se, pertanto, il carattere perentorio dei termini iniziali e finali del procedimento disciplinare risponde al principio di tempestività ed immediatezza (riscontrabile anche nell'impiego privato, pur se inteso in senso relativo e non cristallizzato in precisi termini legislativi, salvo specifiche previsioni dei contratti collettivi) e il rispetto condiziona l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro, diversa ragione fondante ha la previsione del termine minimo per l'audizione del dipendente, che consente all'interessato di predisporre una adeguata difesa da sottoporre al datore di lavoro e la cui violazione determina la nullità del procedimento ove il dipendente deduca e dimostri che il suo diritto di difesa è stato frustrato dalla contrazione del termine» (Cassazione civile, sez. lav. 22 agosto 2016, n. 17245).

¹⁸ Tuttora sottoposto in merito a taluni profili sostanziali al T.U. 297/1994, ma proceduralmente soggetto al D. Lgs. 165/2001, su cui si veda sia la Circolare MIUR 8 novembre 2010 n. 88, sia V. TENORE, A. SQUILLACI, *Il procedimento disciplinare*



n. 2/2017

stabilendosi che i relativi procedimenti disciplinari sono assoggettati alla procedura di cui al medesimo art. 55 *bis* e che «per le infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni fino alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per dieci giorni è di competenza del responsabile della struttura in possesso di qualifica dirigenziale», in mancanza del quale «o comunque per le infrazioni punibili con sanzioni più gravi di quelle indicate nel primo periodo, il procedimento disciplinare si svolge dinanzi all'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari».

6. *Il procedimento disciplinare e i rapporti con il procedimento penale*

Occorre dare conto anche dei rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale in quanto con la novella viene in parte modificato l'art.55-*ter* del TUIPI¹⁹, confermandosi la prosecuzione dell'azione disciplinare anche in pendenza del procedimento penale²⁰, stabilendosi la possibilità della sospensione²¹ solo nel caso in cui fossero necessari complessi

nell'amministrazione scolastica, Anicia, Roma, 2014; V. TENORE, *Il dirigente scolastico e le sue competenze giuridico amministrative*, Anicia, Roma, 2017.

¹⁹ Già il legislatore del 2009 aveva affermato il principio dell'autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale, introducendo l'art.5-*ter*, c.1, statuendo che entrambi dovrebbero svolgersi contemporaneamente, essendo però evidente l'influenza dell'esito del procedimento penale rispetto al primo. Venne così ribaltato il principio cui era informata la disciplina previgente.

²⁰ Sul punto P. SORDI, *I rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale nelle pubbliche amministrazioni*, ne *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 3-4/2010, 603 ss., in particolare, 612.

²¹ In merito alla tassatività delle ipotesi di sospensione del procedimento disciplinare, si evidenzia il principio dettato dalla già richiamata Cassazione civile, sez. lav. 2.3.2017 n. 5316, la quale ha chiarito che «*nell'impiego pubblico contrattualizzato la natura perentoria dei termini previsti per il procedimento disciplinare dalla legge o dalla contrattazione di comparto esclude che il procedimento stesso possa essere sospeso per cause diverse da quelle espressamente previste dal legislatore o dalle parti collettive*».

Quanto, invece, riguardo ai dubbi avanzati da S. CORSO, *Procedimento disciplinare e procedimento penale dopo la riforma del D. Lgs. n. 150/2009*, ne *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1/2010, 178, il quale riteneva “*irrisolto sul piano normativo il problema di come conciliare la legge 27 marzo 2001 n. 97, che afferma il dovere di sospendere il procedimento disciplinare in attesa dell’esito del procedimento penale, con il d. lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 che introduce l’opposto principio, salva la circoscritta deroga di cui all’art. 55 ter comma 1 d. lgs. n. 165/2001 di nuova introduzione*”, si evidenzia che detti dubbi sono stati chiariti dai giudici di piazza Cavour, i quali hanno precisato il residuo spazio di operatività dell’art. 3 della legge 97/2001 precisando che tale norma è stata inserita “*dal legislatore in un contesto normativo caratterizzato, da un lato, dal principio della necessaria pregiudizialità dell’accertamento penale rispetto al procedimento disciplinare; dall’altro dalla non obbligatorietà della sospensione dal servizio del dipendente pubblico accusato della commissione di gravi illeciti penali, ma non raggiunto da misura restrittiva della libertà personale. Con la norma in commento si è voluto fare divieto alle Pubbliche Amministrazioni, in pendenza del processo penale, di continuare ad utilizzare il dipendente nelle medesime funzioni in passato ricoperte (in relazione alle quali la consumazione del reato era avvenuta) e si è perciò previsto l’obbligo del datore di lavoro, che non avesse adottato il provvedimento di sospensione facoltativa, di trasferire il prestatore in altra sede, o di assegnare allo stesso mansioni diverse, e, ove ciò non fosse stato possibile, di collocare il dipendente in aspettativa o in disponibilità. Mutato il contesto normativo e venuta meno la cosiddetta pregiudiziale penale, la norma sopravvive con un ambito di applicabilità più ristretto, nel senso che la stessa trova applicazione in quei limitati casi nei quali, a norma del D. Lgs. n. 165 del 2001, art. 55 ter, c.1, l’ufficio competente per il procedimento disciplinare, a causa della complessità degli accertamenti, decida di sospendere il procedimento sino al passaggio in giudicato della sentenza penale. Non a caso, infatti, lo stesso c.1 dell’art. 55 ter fa “salva la possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente”, evocando, in tal modo, proprio le misure disciplinate dal richiamato art. 3. In altri termini la norma non è stata abrogata dal D. Lgs. n. 150 del 2009, poiché la possibilità della sospensione del procedimento disciplinare, sia pure residuale, lascia uno spazio di applicabilità alla disposizione, che, però, non può certo essere ritenuta prevalente rispetto all’obbligo posto a carico delle amministrazioni pubbliche di definire con tempestività ed immediatezza i procedimenti, a prescindere dall’esito del processo penale” (Cassazione civile, sez. lav. 28.9.2016, n. 19183).*



n. 2/2017

accertamenti istruttori²² e consentendosi alla pubblica amministrazione di riaprire o riattivare il procedimento disciplinare nei riguardi del dipendente

²² Posto che anche con la novella operata dal D. Lgs. 75/2017 non è stato modificato l'inciso dell'art.55 *ter* TUIPI, il quale statuisce che l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari *“nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione, può sospendere il procedimento disciplinare fino al termine di quello penale”*, appare utile richiamare quanto affermato da Sordi P., nell'opera dianzi citata, il quale alle pagine 607 e 608 ha chiarito che *“l'espressione utilizzata dal legislatore fa sorgere qualche dubbio interpretativo. In particolare, non è chiaro se l'amministrazione possa disporre la sospensione del procedimento disciplinare se ricorre una sola delle circostanze indicate dalla norma (particolare complessità degli accertamenti di fatto; insussistenza, all'esito dell'istruttoria, di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione) ovvero se a tal fine sia necessario che sussistano entrambe. Il tenore letterale rende preferibile la prima opzione interpretativa. Sembra, infatti, che il legislatore abbia inteso individuare due distinte fattispecie: da un lato «i casi di particolare complessità, ecc.»; dall'altro «quando all'esito dell'istruttoria, ecc.».* Tale conclusione è avvalorata dall'utilizzazione della congiunzione «e», laddove se, al contrario, il legislatore avesse voluto richiedere la contemporanea ricorrenza delle due circostanze, avrebbe congiunto le due proposizioni con il «quando» (la norma, cioè, sarebbe stata formulata in termini, ad esempio, analoghi ai seguenti: *«nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente, quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione»*). Secondo l'interpretazione qui propugnata, dunque, l'amministrazione può sospendere il procedimento disciplinare quando l'attività di accertamento del fatto sia particolarmente complessa, anche se, magari, l'istruttoria svolta in sede disciplinare potrebbe consentire di motivare l'irrogazione di una sanzione; così come il procedimento può essere sospeso quando non siano emerse circostanze che giustifichino l'irrogazione della sanzione, nonostante che l'accertamento dei fatti non costituisca un'attività complessa. Proprio tali conseguenze della tesi qui propugnata consentono di fornire una ragionevole spiegazione della previsione legislativa della sospensione del procedimento disciplinare come frutto dell'esercizio di una facoltà dell'amministrazione (secondo la norma, infatti, *«l'ufficio competente, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione, può sospendere il procedimento disciplinare »*). In effetti, la diversa tesi che richiede la ricorrenza di

al fine di adeguare la sanzione alle risultanze processuali penali, utilizzandosi la sentenza di condanna. In tali casi parte datoriale deve rinnovare la contestazione dell'addebito al lavoratore entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza²³, evidentemente non modificando l'originario addebito al fine di non violare il principio di immodificabilità e il correlativo procedimento si svolge secondo le forme, i tempi e le modalità di cui all'art. 55 bis, decorrendo però integralmente di nuovo i termini in

entrambe le condizioni è difficilmente compatibile con la previsione di una mera facoltà dell'amministrazione di sospendere il procedimento disciplinare, poiché non si comprende come, in presenza di accertamenti complessi e di insufficienza di elementi di colpevolezza a carico dell'incolpato, l'amministrazione possa non sospendere il procedimento disciplinare. Invece, una facoltà di apprezzamento delle circostanze proprie del singolo caso concreto, ben può essere riconosciuta in capo all'amministrazione quando, ad esempio, pur essendo emerse circostanze idonee a motivare l'irrogazione della sanzione, essa ritenga maggiormente prudente, in considerazione delle particolarità della specifica fattispecie concreta, attendere le risultanze del processo penale. Con particolare riferimento al secondo dei presupposti in questione (insufficienza di elementi idonei a motivare l'irrogazione della sanzione), si deve ritenere che esso ricorra anche nel caso in cui nel corso dell'istruttoria sia stata acquisita la prova solamente di alcuni dei fatti contestati, onde non è possibile per l'amministrazione irrogare la (più grave) sanzione prevista per gli addebiti per cui è stato attivato il procedimento disciplinare. Oltre a quelli appena visti, l'altro presupposto della sospensione è la pendenza di un «procedimento penale». Il riferimento al «procedimento», invece che al «processo», induce a ritenere che la sospensione sia possibile anche durante la fase delle indagini preliminari (anche prima, cioè, della richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero). Ovviamente, è del tutto indifferente la modalità attraverso la quale l'amministrazione acquisisca la notizia della pendenza del procedimento penale».

²³ Comunicazione che avviene con modalità telematica in forza del disposto dell'art. 154 ter disp. att. c.p.p., introdotto dal D. Lgs. 150/2009, il quale sancisce che entro trenta giorni dalla data del deposito "la cancelleria del giudice che ha pronunciato sentenza penale nei confronti di un lavoratore dipendente di un'amministrazione pubblica ne comunica il dispositivo all'amministrazione di appartenenza e, su richiesta di questa, trasmette copia integrale del provvedimento".

tale norma previsti per la conclusione dello stesso, così adeguandosi anche detta procedura ai nuovi termini del procedimento disciplinare.

L'ultimo periodo dell'art. 55 *ter*, c. 4, D. Lgs. n. 165/2001 subisce solo una modifica sostituendosi l'inciso *l'autorità con l'ufficio* procedente, che «nel procedimento ripreso o riaperto, applica le disposizioni dell'art. 653, commi 1 ed 1-bis, del codice di procedura penale, norme che stabiliscono che la sentenza di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare quanto all'accertamento che il fatto non sussiste, non costituisce illecito penale o che l'imputato non lo ha commesso, mentre quella di condanna ha tale efficacia quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale o che l'imputato lo ha commesso»²⁴.

Resta ferma la possibilità per il dipendente assolto con sentenza penale divenuta irrevocabile che riconosce l'insussistenza del fatto addebitato, ovvero che detto fatto non costituisce illecito disciplinare o ancora nel caso in cui non sia stato commesso dal lavoratore di richiedere entro il termine di sei mesi affinché sia modificato o confermato il provvedimento sanzionatorio emesso²⁵.

²⁴ S. MAINARDI e A. LIMA, *Il procedimento disciplinare e i rapporti con il procedimento penale*, in *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico Commentario al D. Lgs 27 ottobre 2009*, n. 150, aggiornato al "Collegato Lavoro", Milano, 2011, 512-513, i quali precisano in nota che *“Le sentenze di cui all'art. 653 cod. proc. pen. sono anche quelle emesse a seguito di patteggiamento, ex art. 444 cod. proc. pen. A tal riguardo Corte Cost., 18 dicembre 2009, n. 336, in Foro It., 2/2010, I, 349, ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 653, c. 1 bis, cod. proc. pen. e dell'art. 445, c. 1 bis, cod. proc. pen., che, tra l'altro, equipara tale sentenza ad una pronuncia di condanna “salve diverse disposizioni di legge”*”.

²⁵ In merito alle critiche avanzate riguardo alla scelta del legislatore di subordinare la riapertura del procedimento disciplinare alla presentazione di un'istanza da parte del lavoratore si vedano P. BRIGUORI, *Sanzioni disciplinari più severe e numerose*, in *Guida al pubblico impiego*, 11/2009, 46; D. SERRA, *Novità previste dal D. lgs. n. 150/2009 (c.d. decreto Brunetta) in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 4/2010, 404; L. MARTUCCI, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, 2010, 174; L. DI

7. Conclusioni

In conclusione di questo studio, può affermarsi che il legislatore continua a modificare una materia delicata avendo sempre in mente, come visto, l'obiettivo di una maggiore semplicità e snellezza delle procedure disciplinari, imponendo tempi certi, responsabilizzando in maniera effettiva i titolari dell'azione disciplinare e acquisendo anche i consigli della dottrina e della giurisprudenza.

Nonostante sia stato costellato da vari interventi correttivi, tale percorso legislativo appare ancora mutevole, al punto che fin d'ora si può desumere che non è ancora giunto a un punto di approdo definitivo, anche rilevato che la novella ha lasciato nella normativa alcuni punti oscuri, introducendo oltretutto ulteriori tematiche di approfondimento, riflessione e studio.

PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2010, 499.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

ANNA CITARELLA

La storia delle finanze e la coltivazione delle mele

ABSTRACT- This article would like to bring to the attention of the readers the ongoing distortion of the methodology and the scientific purposes of the Italian Economic History, through a bibliographic analysis, for the years 2010-2016, of one of its important branch, the Financial History. Italian teachers have been led to publish the results of their searches only in some magazines, omitting any other means of communication. The use of other magazines, collective works, conference proceedings and monographs has become residual, secondary and dependent mainly on the refusal of the favourite magazines editors. All this would cause the evident consequences in the typology and quality of scientific publications also for other disciplines, if some peculiar characteristics, which will be seen, do not induce further and notable distortions in the methodology and in the scientific purposes of the Economic History.

KEYWORDS – Economic History, Financial History, Academic life, Statistics.

La storia delle finanze e la coltivazione delle mele**

SOMMARIO: 1. Alcune precedenti bibliografie - 2. La bibliografia dal 2010 al 2016 - 3. Conclusioni.

1. Alcune precedenti bibliografie

Nel 1999 Giuseppe Felloni, al “Primo seminario sulla Storia della finanza pubblica italiana”, organizzato dal CRSFI, propose una “selezione di studi”, apparsi sin dall’inizio del 1800, sull’argomento del convegno.¹ Purtroppo l’elenco non è più reperibile nel sito internet indicato².

Il suo intervento iniziò con uno studio statistico³ relativo a 595 opere di autori italiani, in cui analizzò la frequenza decennale, rilevandone il ridimensionamento quantitativo subito dopo il 1980, che, a suo avviso, avrebbe denunciato diffusi sintomi di stanchezza per questi studi, per gli scarsi risultati raggiunti sulle solite problematiche, con la solita metodologia. Un altro rilievo, che oggi ci appare di attualità, ma che allora non c’era motivo di enfatizzare, è che le monografie prevalsero fino al 1930, gli articoli da allora in poi.

* Docente a contratto di Storia contemporanea presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ *Temi e problemi di Storia finanziaria degli stati italiani*, in *Rivista di Storia finanziaria*, 2/1999.

² In <http://users.unimi.it//dssi/pres.html>.

³ Che schematizzerà, negli atti del convegno, in una tavola inserita alla fine del suo intervento, in *Rivista di Storia finanziaria*, 2/1999, 112.

Il giudizio globale di Felloni sulla storiografia finanziaria italiana è tutt'altro che positivo. Giudicò la quantità più che sufficiente, gli studi, invece, gli apparvero, guardando alla sequenza della pubblicazione di ciascuno, cloni di temi tradizionali già sperimentati in tempi precedenti più o meno lontani, senza alcun allargamento di orizzonti. Avrebbe, invece, preferito ricevere informazioni su alcuni dati, che spesso non compaiono nei bilanci degli antichi stati e, principalmente, sulla reale entità degli introiti e delle spese statali, indipendentemente da quanto disposto dal principe, e, quindi, sull'effettiva quantità di denaro redistribuito attraverso l'azione delle amministrazioni pubbliche. La Storia della finanza, a suo avviso, doveva risalire all'ordine dei dati fondamentali dell'economia di un paese, anche se approssimativamente. Felloni manifestò questo auspicio quando ancora si pensava che occorressero maggiori informazioni sull'economia reale, perché ritenuta più importante della finanziaria nello sviluppo di una nazione. Di tali studi, però, non trovò alcuna traccia.

Dell'analisi di Felloni, ricca di spunti interessanti, quest'ultimo appare il più significativo. Un articolo di Storia della finanza, per assolvere in pieno alla sua funzione, deve fornire informazioni derivate dall'argomento trattato, che illustrino altri aspetti dell'economia reale, che non si trovano nelle fonti archivistiche, perché non sono stati mai rilevati, ma che sono di estremo interesse per lo storico e per l'economista. La Storia dell'economia finanziaria doveva scovare aspetti ignoti dell'economia reale che non si trovano nella documentazione archivistica.

L'analisi bibliografica della Storia finanziaria di autori italiani è continuata in un altro seminario del CIRSFI tenuto a Cassino nel 2002. In tale occasione lo sguardo è stato circoscritto, per il ventennio precedente, al periodo moderno e il compito suddiviso tra Giuseppe De Luca, per la moneta e le banche, Gaetano Sabatini per il debito pubblico e Luciano Pezzolo per la fiscalità. Questi scritti sono stati analizzati alla luce delle considerazioni e delle esortazioni di Felloni.

A De Luca⁴ sembra sufficiente l'influenza delle vicende contingenti sugli studi apparsi per non concedere una valutazione positiva. A suo avviso, negli ultimi anni e specialmente per gli studi sulla moneta, era accaduto l'esatto contrario di quanto auspicato da Felloni. Non vi era stata alcuna innovazione metodologica, erano state riproposte solo le caratteristiche tradizionali e soltanto avvenimenti contingenti, come la svalutazione degli anni '70, avevano stimolato i non molti interventi pubblicati.

Quelli relativi all'antico regime sono apparsi a De Luca, alla fine del secolo scorso, per gli apparati concettuali discussi ed elaborati, per la copertura dei periodi e delle aree geografiche non dissimili da quelli analizzati da Antonio Di Vittorio ad Arezzo, nel convegno organizzato dalla Società Italiana degli Storici nel 1986, che tracciano un bilancio della produzione storiografica italiana nel precedente ventennio. In definitiva negli ultimi quaranta anni del secolo scorso la Storia monetaria italiana si sarebbe mossa sempre secondo gli stessi paradigmi, manifestando le medesime lacune. Nonostante i lavori su banche e banchieri apparsi dalla metà degli anni '90 rilevino una saldatura più profonda fra la ricostruzione istituzionale e l'analisi funzionale, gli schemi interpretativi prevalenti non sembrano essersi arricchiti.

Le conclusioni di De Luca su tutte le branche della Storia finanziaria affidategli sono in sintonia con quelle di Felloni. I vuoti, che non sarebbero pochi e neppure di trascurabile entità, sono nulla a confronto della scarsa ricezione che le conquiste storiografiche di queste specialità disciplinari hanno avuto nella letteratura nazionale di sintesi dell'ultimo ventennio dello scorso secolo.

Gaetano Sabatini⁵ riscontra, per l'ultimo ventennio del secolo scorso, una continuità con il grande lavoro d'indagine avviato nel secondo dopoguerra

⁴ *La storiografia più recente sulla finanza italiana dell'età moderna: gli studi sulla moneta, i banchi e i banchieri*, in *Rivista di Storia finanziaria*, 10/2003.

⁵ G. SABATINI, *La storiografia più recente sulla finanza italiana dell'età moderna: gli studi sulla moneta, i banchi e i banchieri*, in *Rivista di Storia finanziaria*, 10/2003.

sul debito pubblico in età moderna e anche un'evoluzione nei contenuti. Non individua, nelle ricerche condotte sulla valutazione dell'entità delle emissioni di titoli, il contemporaneo andamento delle variabili demografiche e monetarie. Si potrebbe aggiungere, sulle orme di Felloni, che, se ciò fosse accaduto, si sarebbe messo a disposizione degli studiosi dati macroeconomici di carattere generale per valutare il peso monetario e pro capite del debito e dei relativi interessi pagati dallo stato, dando così un contributo di conoscenza non secondario sulle economie degli stati italiani preunitari.

Rispetto alla produzione storiografica precedente, sembrerebbe che sia stato maggiormente curato negli ultimi anni del secolo scorso il rapporto tra spesa militare e debito pubblico, anche se in maniera non esaustiva, perché ancora non era stato stabilito in che misura le finanze statali fossero state messe al servizio delle opere pubbliche e di quelle relative a periodi di pace, piuttosto che della guerra. L'auspicio, infine, era per un maggiore numero di ricerche, che valutassero l'incidenza del debito pubblico rispetto alle altre forme d'investimento praticate in età moderna.

Luciano Pezzolo ha analizzato, sempre per l'età moderna e limitatamente agli stati italiani, la storiografia sulla fiscalità.⁶ Per tutti, escluso il Piemonte e la Sardegna, che presentavano un panorama quanto meno asfittico, ritiene che negli ultimi venti anni del secolo scorso siano apparse pubblicazioni di rilievo, sia seguendo il solco degli studi precedenti, sia colmando alcune lacune, ma quasi mai in maniera esaustiva e nel senso indicato da Felloni.

2. La bibliografia dal 2010 al 2016

Il precedente breve riassunto delle più recenti bibliografie sulla Storia finanziaria italiana dovrebbe rammentare cosa gli storici economici si

⁶ L. PEZZOLO., *La storiografia più recente sulla finanza italiana della prima età moderna: gli studi sulla fiscalità*, in *Rivista di Storia finanziaria*, 10/2003.

aspettassero dagli sviluppi della loro disciplina in un momento topico, quale può essere considerato l'inizio di un nuovo millennio. Rappresenta, però, anche un esempio di quelle che probabilmente sono le ultime rassegne bibliografiche su un qualsiasi tema di Storia economica, condotte da chi ha la certezza di lavorare sull'oggetto dell'indagine, senza aver prima praticato eccessivi quanto inani sforzi per evitare di concentrare la sua attenzione su pubblicazioni di altri argomenti. Non si avverte nelle analisi descritte, infatti, alcuna necessità di specificare quale fosse la disciplina di riferimento degli autori delle opere recensite, né si manifesta alcun dubbio sul fatto che le opere recensite fossero effettivamente di Storia finanziaria.

Oggi una ricerca che considerasse le opere di Storia finanziaria degli autori italiani, cioè ordinari, associati e ricercatori del Settore Scientifico Disciplinare SECS-P/12, non sembrerebbe causare particolari problemi, perché tutti i loro articoli, insieme ad altri di differenti discipline, dovrebbero comparire nelle riviste scientifiche di area presenti in un elenco nel quale, però, non ci sarebbe traccia delle monografie e anche di altri articoli apparsi in opere collettanee e in atti di convegni. Non si troverebbero neppure quelli pubblicati in riviste, tutte straniere, che sono comprese in un altro elenco di riviste scientifiche, detto di classe A dell'area 13, relativamente al settore C1, che, pur essendo intitolato alla Storia economica, ne enumera appena 8 di questa disciplina sulle 1.250 elencate. In queste otto riviste, inoltre, appaiono meno contributi di Storia economica di quanti se ne rintraccino nelle altre 1.242 che, normalmente, però, ospitano contributi di altre discipline economiche.

Chi si predisponga oggi a compiere un'analisi bibliografica su di un tema di Storia economica, qual è la Storia delle finanze, deve, per prima cosa, rispondere a un quesito apparentemente semplice: sono effettivamente di Storia economica gli articoli, che appaiono in queste riviste, anche quando hanno titoli che sembrano storico-economici? Occorre, perciò, fare una breve digressione.

La scienza italiana è stata divisa dal Miur in quattordici aree di cui sei bibliometriche e otto no. Per disposizione ministeriale la qualità di un articolo di una disciplina, compresa in un settore bibliometrico, è direttamente proporzionale al numero delle citazioni, riportate da alcuni database, e a indici che dallo stesso si ricavano.

La Storia economica, invece, è inserita nell'area non bibliometrica numero 13. Per la valutazione degli articoli l'Anvur, che è, appunto, un'agenzia di valutazione, ha compilato due liste, che elencano le riviste di fascia A e quelle puramente scientifiche di ciascuna area. Il numero delle riviste inserite negli elenchi di fascia A varia sensibilmente da area ad area così come quelle italiane, forse perché per ciascuna di queste si è seguito un criterio diverso ma non manifestato pubblicamente.

Qualsiasi pubblicazione, apparsa in una rivista di classe A, se viene presentata alla Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR) ottiene automaticamente, cioè senza che alcuno ne legga il contenuto, la massima valutazione e all'Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN), la massima considerazione, tanto è vero che, ad esempio, due delle tre soglie per il settore concorsuale 13/C1–Storia economica da eguagliare almeno, per poter partecipare all'abilitazione nazionale 2016-2018, consistono in articoli pubblicati una su riviste scientifiche e l'altra su quelle di fascia A. Ne occorrono 14, pubblicati negli ultimi dieci anni dei primi e solo due, e negli ultimi 15 anni, dei secondi. Ciò vuol dire, considerato i diversi periodi concessi per la pubblicazione, che un solo articolo, apparso in una rivista di fascia A, equivale a più di 10,5 articoli pubblicati in altre riviste. E, si badi bene, queste ultime comunque devono aver ottenuto dall'Anvur il crisma della scientificità.

Un determinato articolo, che tratta di Economia politica, pubblicato in una rivista come, ad esempio, l'American Economic Review, che è considerata di classe A per tutta l'area 13, non solo è ritenuto di classe A per il settore A1-Economia politica, ma anche per tutti gli altri 14 settori dell'area tra cui c'è anche C1-Storia economica. Insomma i settori di una stessa area sono

separati da un “vel” e non da un “aut”. Un articolo che appare in questa rivista ha la massima valutazione alla VQR se è di un studioso del settore disciplinare dell’area 13 qualsiasi sia la sua disciplina e l’argomento trattato nell’articolo, e la massima considerazione nell’ASN, salvo che non si accerti, senza alcun dubbio, che tratta un argomento particolare del settore di appartenenza.

Tale accertamento risulta, però, pressoché impossibile. Chi potrebbe negare a un candidato, senza incorrere nei rigori della legge, che un articolo è di Economia politica o di Politica economica o di Economia applicata o di Storia economica? Come si fa a stabilire precise fattispecie astratte da applicare concretamente prima che si operi la valutazione, come i regolamenti concorsuali impongono, sulla base di concetti teorici non equivoci? Si può individuare un confine netto tra due materie, specialmente se una delle due è interdisciplinare?

Per questo motivo molti articoli di classe A dell’area 13 godono dell’ulteriore vantaggio di essere multidisciplinari, tanto è vero che alcuni candidati hanno ottenuto contemporaneamente l’abilitazione al ruolo di prima fascia in Storia economica, Economia politica, Economia applicata e Politica economica con la medesima produzione scientifica, nonostante non si riesca a comprendere a quale branca del sapere si riferisca ciascuna pubblicazione presentata e in che misura il candidato abbia partecipato alla sua elaborazione, dato che gli articoli sono spesso firmati anche da tre o quattro autori, che non hanno l’obbligo di specificare i limiti del loro contributo.

Per tutti questi motivi le pubblicazioni nelle riviste di classe A sono molto rilevanti per la progressione nella carriera dei docenti universitari e per le mansioni che essi possono svolgere. Negli ultimi anni, perciò, si è intensificato il bisogno di pubblicare in esse, che, avvertito anche dagli storici economici, ha causato notevoli distorsioni nella disciplina per la scarsa presenza di riviste del settore negli elenchi di classe A dell’area 13/C1. Questa penuria costringe gli storici economici a cercare ospitalità nelle riviste presenti nella stessa area, ma che pubblicano normalmente articoli

di altre discipline, come Economia politica, Politica economica, Economia applicata, Economia aziendale e quindi sono costretti a far assumere ai loro articoli una curvatura che asseconi la linea editoriale della rivista maggiormente accessibile per l'argomento trattato. Ciò determina un taglio degli articoli fortemente economico e un'attenuazione fino all'annullamento di quello storico.

Tutto ciò non accadeva ai tempi in cui Felloni, De Luca, Pezzolo e Sabatini si affacciavano sul panorama degli scritti di Storia finanziaria. Oggi, chi vuole cimentarsi nella stessa impresa, non può fare a meno di definire quale argomento e quali finalità debba avere una pubblicazione di Storia finanziaria o di Storia economica.

La declaratoria del settore concorsuale 13/C1 non è di alcun aiuto, perché definisce i campi della ricerca storico-economica, simili in tutto a quelli dell'economia, che devono soltanto essere trattati in "prospettiva storica",⁷ limite quanto mai ambiguo, specialmente se si considera che molte funzioni economiche sono basate su variabili temporali, che già di per sé offrirebbero comunque una prospettiva storica.

Se io considero il reddito degli abitanti in alcuni stati negli ultimi 30 anni e cerco di stabilire se c'è una relazione con i tassi di incremento degli occupati

⁷ Il settore denominato 13/C1: STORIA ECONOMICA comprende l'attività scientifica e didattico-formativa nell'ambito di ricerca dello studio dei fatti economici e delle idee economiche in prospettiva storica. La Storia economica si occupa della ricerca nei campi della Storia dell'agricoltura, dell'industria, della finanza, del commercio e dei trasporti; della Storia d'impresa, del lavoro, della popolazione e del territorio. A tale riguardo, la padronanza delle leggi che regolano i fenomeni economici, assieme alla tipicità della metodologia storica, anche quantitativa, rappresentano elementi che conducono ad un approccio esclusivo alle fonti edite e inedite. Un ulteriore ambito di ricerca è la Storia del pensiero economico che si occupa dello sviluppo nel tempo delle teorie e delle idee economiche, anche in relazione al contesto scientifico culturale in cui sono state formulate. Essa studia, inoltre, le interrelazioni delle teorie e delle visioni del sistema economico con i progetti e le realizzazioni di politica economica. MIUR. *Declaratoria dei Settori concorsuali*.

nel settore terziario sto conducendo una ricerca di Economia politica o di Storia economica?

Altre definizioni, proposte nei tempi passati, non possono essere utilizzate perché ancora non tenevano conto di ciò che è successo negli ultimi anni.

Per definire le pubblicazioni di Storia della finanza, di cui qui si tratterà, per gli anni 2010-2016, si utilizzerà questa definizione ad ampio spettro della Storia economica in generale, che non può escludere, tuttavia, anche gli articoli di altre discipline: la Storia economica è l'analisi di un fatto economico. Presupposti, collegamenti e conseguenze possono anche non essere di natura economica.

Le pubblicazioni di Storia della finanza, apparse tra il 2010 e il 2016 sono 192 (Tabella 1). Di esse 16 sono relative al periodo medievale, 52 al moderno e 124 al contemporaneo. 54 sono monografie, di cui 9, in inglese, e 138 articoli, di cui 58 in inglese.

Tabella 1. Pubblicazioni di storia della finanza.

Anni 2010-2017

A	B	C	D	E	F	G	H	I	L	M	N	O	P
	MEDIOEVO				MODERNA				CONTEMPORANEA				Totale
	Monograf.		Articoli		Monograf.		Articoli		Monograf.		Articoli		
	Ital.	Ingl.	Ital.	Ingl.	Ital.	Ingl.	Ital.	Ingl.	Ital.	Ingl.	Ital.	Ingl.	
Banca	1				9		3		15	2	10	9	49
Debito pubbl.	1		4		1		1	2	4		1	8	22
Finanza			4	1	2		17	4	5	3	19	18	73
Fiscalità			2		1		7			2	4	5	21
Moneta	1		2		2		1		3	2	3	11	25
Storiografia							2						2
Totale	3	0	12	1	15	0	31	6	27	9	37	51	192
Totale	16				52				124				192

Rispetto a quanto segnalato da Felloni, la media delle pubblicazioni per anno si eleva da 6 a 27. Felloni, però, ha analizzato un periodo in cui lo storico economico trascorreva in archivio la maggior parte del tempo impiegato per la ricerca, la telematica non consentiva ancora la consultazione delle fonti bibliografiche e la stampa non godeva di tempi

veloci e di costi limitati, specialmente per le pubblicazioni on line. Un periodo, insomma, in cui tutto era meno veloce e disponibile, più costoso e soprattutto esperti di altri settori non concorrevano alla pubblicazione di articoli di Storia economica. Nel corso dei duecento anni considerati da Felloni, si tocca quantitativamente il massimo nel decennio del 1970 con 101 articoli con una media annua di 10. Nei sette anni qui considerati il numero totale delle pubblicazioni è 192, pari a 27,4 all'anno.

Si conferma la tendenza, che Felloni aveva già avvertito, di una minore incidenza delle monografie sul totale delle pubblicazioni. Fanno eccezione quelle che riguardano la banca e, in misura minore, il debito pubblico. Le prime sono quasi tutte relative al periodo contemporaneo. Sono, per la maggior parte, opere commissionate dagli stessi istituti, spesso commemorative a carattere propagandistico. Anche quelle sul debito pubblico si riferiscono per la quasi totalità al periodo contemporaneo e trattano del rapporto con le crisi finanziarie. Quest'ultimo argomento di studio, come quello sui disordini monetari degli anni '70 del XX secolo, si sono ispirati alle vicissitudini economiche contemporanee. Mi riferisco ai mutamenti della frequenza, della lunghezza e delle modalità delle crisi economiche, riscontrate con particolare intensità dalla fine degli anni '90 del XX secolo.

Il forte incremento degli articoli è la prima caratteristica della produzione scientifica. Gli autori, per comunicare il risultato delle loro ricerche, li preferiscono al saggio monografico tanto che, talvolta, sono scomposti in più articoli. Non è una caratteristica della Storia finanziaria, né di quella economica. Si tratta di una tendenza che si è manifestata già da tempo in quasi tutte le discipline scientifiche, che in alcune raggiunge proporzioni ancora maggiori, come in medicina, in fisica, in chimica, in matematica e da poco anche nelle varie branche dell'economia, in cui, si è visto, per l'entusiasmo che spesso caratterizza i neofiti, la monografia è quasi scomparsa e comunque non è più ritenuta l'opera della maturità di un ricercatore.

L'incremento di produzione scientifica, tuttavia, non si riscontra in tutte le tre epoche storiche. Al contrario, se si raffrontano questi dati con quelli pubblicati da Felloni, la Storia medievale, in questi ultimi anni, è stata molto trascurata come, anche se in misura minore, quella moderna, che, fino a ieri era la più frequentata e mostra ora un crescente disinteresse. La Storia contemporanea è l'unica a far rilevare un incremento, ma di tali proporzioni che non solo annulla, nel totale, la flessione delle pubblicazioni relative alle altre epoche, ma riesce anche a far registrare, sempre nel totale, il notevolissimo incremento, rispetto al passato, che si è evidenziato. Questa, si vedrà, è una delle conseguenze della necessità che ha uno storico economico di rivolgersi a riviste di economia per pubblicare in classe A.

Gli articoli apparsi in riviste scientifiche non di classe A, sono 87, quasi tutti in lingua italiana (Tabella 2). La maggior parte tratta di finanza pubblica, di banca e di fiscalità. Alcuni di moneta, di crisi finanziaria e di debito pubblico. Pochi mettono in relazione l'argomento principale con uno economico-finanziario. La maggior parte si limita a narrare la vicenda senza alcuna relazione o la inseriscono nei principali aspetti della vita economica e sociale del territorio di riferimento. Quando si individua una relazione, essa è sempre immediata. Ad esempio, alcune vicende di storia bancaria sono narrate attraverso le scelte dei direttori, gli interventi delle élites locali o la più o meno marcata propensione al rischio dell'istituto. Il debito pubblico fa riferimento al mercato finanziario o alla fiscalità, la finanza pubblica al sistema politico, alla moneta e ai finanziamenti delle élites. Molti articoli mettono l'argomento trattato in relazione con la governance, che più che d'interesse economico è un tema molto dibattuto nella gestione aziendale. La maggior parte ha scelto il termine relazionale al di fuori del campo economico-finanziario. In pratica ha messo in comparazione un elemento misurabile con uno qualitativo o con uno che mostra interessi divergenti da quelli di un economista e rende palesi quelli dell'autore o di uno degli autori.

Tabella 2. Articoli di storia delle finanze, esclusi quelli apparsi in riviste di classe A. Argomenti di storia delle finanze (colonne) e temi relativi (righe). Anni 2010-2017

	Banca	Crisi fin.	Debito pub.	Fin.pubb.	Fiscalità	Moneta	Storiografia	Totale
Fine a se stessa	2	3	2	25	15	5	1	53
Biografia banchieri	2							2
Cooperativa	3							3
Elites locali	1			1				2
Emigrazione	1							1
Opere pubbliche				1				1
Rete	2							2
Rischio	1							1
Sistema politico				1				1
Società				1				1
Territoriale	10			3				13
Fiscalità		1	1					2
Mercato finanz.			1					1
Moneta e credito				2				2
Totale	24	4	4	34	15	5	1	87

Invano si cercherebbero in questi articoli ciò che Felloni auspicava di trovare nei lavori sulla storia della finanza. Quelle informazioni, cioè, che non compaiono nei documenti che le burocrazie statali ci hanno trasmesso, dalle quali si potrebbe risalire all'ordine approssimativo dei dati fondamentali dell'economia reale di un paese.

Dall'analisi di questa produzione scientifica solo per il debito pubblico si può individuare, così come rimarcò De Luca nel 2003⁸, un rapporto, ma questa volta fortemente deterministico, tra vicende contingenti e temi dibattuti. Non è possibile neanche riscontrare, sempre sulle orme di De Luca, stimoli alla produzione scientifica provenienti da importanti convegni internazionali. E neanche denunciare, anche se con rincrescimento, che il panorama degli studi sulla finanza degli ultimi anni si presenta più come la

⁸ *La storiografia più recente sulla finanza italiana dell'età moderna: gli studi sulla moneta, i banchi e i banchieri*, in *Rivista di storia finanziaria*, 10/2003, 24.

continuazione e l'approfondimento, in gran parte occasionale, di tematiche già sperimentate, che come un ampliamento di concettualizzazioni, di metodi, di basi archivistiche.

Nulla di tutto ciò. Questi articoli sembrano espressione di ricerche sporadiche, nate dall'incontro occasionale tra gli autori che individuano una comune linea di ricerca o che sono disposti a partecipare a quella proposta da un capofila. Non sono dettate da un comune sentire di una categoria di esperti di una materia, che "fiutano" l'aria che tira nella disciplina e pongono al suo servizio le loro capacità di analisi, per inaugurare o partecipare a un dibattito, che credono ricco di prospettive per i risultati o per le future ricerche. Non sono l'espressione di appartenenza ad una comunità scientifica che elegge al suo interno un argomento individuato in qualche convegno di rilevante importanza, non dibattuto a sufficienza in quella sede, che dà luogo a un dialogo costituito da interventi sulle riviste di settore. Gli articoli si possono a stento raggruppare per argomento, ma se anche se ne trovano due che lo trattano con le medesime relazioni, difficilmente si riscontra una comune base documentale, comuni riferimenti a opere di rilevante interesse. Ognuno sviluppa una linea di ricerca sulla base della metodologia della disciplina cui appartiene o vorrebbe appartenere. Considerati nella totalità, escluse le ovvie eccezioni, appaiono ciò che nella maggioranza probabilmente sono, ossia articoli che non sono stati accettati dalle riviste di classe A e che hanno subito un frettoloso rimaneggiamento per essere ospitati in qualche rivista italiana. Mantengono, attenuate, le stesse caratteristiche degli articoli che, invece, hanno trovato ospitalità in una delle riviste di classe A (Tabella 3).

Tabella 3. Articoli di storia delle finanze pubblicati in riviste di classe A. Argomenti di storia delle finanze (colonne) e temi relativi (righe).

Anni 2010-2017

	Banca	Ciclo fin.	Crisi fin.	Debito pub.	Fin. pub.	Fiscalità	Moneta	Totale
Fine a se stessa	2				3	1	3	9
Inflazione e recessione	1							1
Governance	1				1		3	5

Crisi economica	1			1			1	3
Strategia	1							1
Stabilità finanziaria	1							1
Tassi d'interesse	1						1	2
Sviluppo economico		1						1
Credito agrario	1							1
Mercato del lavoro			1					1
Politica economica				1			1	2
Crisi di liquidità				1				1
Crisi di produttività				1				1
Benefici aziendali					1			1
Mercati finanziari					6			6
Convergenza ciclica					1			1
Sistemi finanziari					3			3
Debito pubblico					1	1		2
Società					1			1
Informazione					1			1
Investimenti					1			1
Performances macro.						1		1
Amministr. comunale						1		1
Spesa pubblica						1		1
Cambiamenti politici						1		1
Spese belliche						1		1
Deregulation							1	1
Disponibilità di capitali							1	1
Centralizzazione del mercato							1	1
Totale	9	1	1	4	19	7	12	53

Per questi, naturalmente, esse sono enfatizzate. Anzi i temi messi in relazione con gli argomenti di storia finanziaria sono estremamente diversificati, direi quasi parcellizzati, polverizzati. Le pubblicazioni dedicate alla storia bancaria, trattano di inflazione, recessione, governance, crisi economica, strategia della banca, stabilità finanziaria, tassi d'interesse, credito agrario. La finanza pubblica è trattata alla luce della governance, dei benefici aziendali, dei mercati finanziari, della convergenza ciclica, dei sistemi finanziari, del debito pubblico, della società, delle informazioni, degli investimenti. E' evidente la relazione con temi che appartengono quasi tutti a interessi scientifici diversi da quelli storico-economici e talvolta addirittura divergenti. Quelli che più colpiscono e che rendono esemplare ciò che si intende mettere in rilievo sono i temi aziendalistici, come la governance, le strategie, le informazioni aziendali. Pochi hanno maggiore

pertinenza con la Storia finanziaria, riguardando principalmente il campo della politica economica.

Si può asserire che in questi studi le conseguenze e le relazioni individuate dai fatti analizzati sono esaustive per lo studioso di Storia economica? Colmano la lacuna lamentata da Felloni?

Probabilmente Felloni sarebbe deluso. Questi articoli non sembrano ricavare, come egli auspicava, notizie di carattere generale da altre più settoriali. Più che di Storia economica sembrano pubblicazioni di Economia politica, di Politica economica, di Economia aziendale. Ciascuna ha colto, all'interno del fatto storico considerato, aspetti particolari delle vicende narrate, che denunciano i veri interessi e gli studi normalmente praticati dal o dagli autori. Gli articoli prendono spunto da un fatto realmente accaduto e giungono a conclusioni che per lo storico economico dovrebbero rappresentare, semmai, il dato di partenza per ottenere altre informazioni di carattere più generale, sempre che i dati fossero stati reperiti in un archivio e non ricavati con metodi quasi mai dichiarati e riproducibili. Un'indagine di Storia economica deve individuare presupposti, relazioni e conseguenze del fatto indagato con la "prospettiva storica".

Ma perché gli articoli di Storia economica non sembrano più soddisfare gli interessi degli storici economici?

Una breve analisi conferma la già notata dispersione degli studiosi di Storia economica in varie discipline e la mancanza di un vero e proprio sentimento di appartenenza ad un nucleo di esperti di una materia. Basta analizzare sotto altri aspetti questi articoli per fornire una conferma.

La maggioranza degli articoli di Storia della finanza apparsi sulle riviste di fascia A, il 52,8%, è a doppia firma (Tabella 4). Quelli che sono firmati da tre autori sono circa un quinto del totale, il 28,3 per cento da uno solo. La maggior parte delle volte, quindi, si pubblica un articolo di Storia della finanza in rivista di classe A se si è in compagnia di un altro autore.

La Tabella 5 enumera i firmatari degli articoli della Tabella 4. La media è di poco più di due autori per ciascun articolo. In questo caso, restando

costante, rispetto alla Tabella 4, il numero degli articoli e considerandosi soltanto quello degli autori, gli articoli firmati da tre autori sale al 29,7% mentre quelli con uno solo sono in netta minoranza, ossia il 14,9%.

La Tabella 6 forse può spiegare i motivi che hanno causato la direzione presa dagli studi di storia finanziaria. I numeri, che in essa compaiono, sono progressivi e si riferiscono ad un elenco di titoli delle pubblicazioni di storia finanziaria, che è stato formato con la consultazione delle riviste considerate di fascia A dall'ultimo elenco pubblicato dall'ANVUR. Questi numeri sono suddivisi per settore scientifico disciplinare di appartenenza degli autori delle pubblicazioni. L'appartenenza al settore scientifico disciplinare di ciascun autore è stata ricavata dall'organico dell'università italiana, pubblicato nel sito del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca Scientifica. Nella riga "Non qualificato" sono riportati i numeri progressivi degli articoli i cui autori non compaiono nell'organico dell'università italiana e, quindi, potrebbero essere assegnisti, dottorandi di ricerca, altre figure che transitano per l'università italiana, come, ad esempio, chi collabora con qualche docente in attesa di un riconoscimento. Si badi che nell'organico appaiono anche i nomi dei ricercatori a tempo definito di tipo A e B.

Tabella 4. Articoli di storia delle finanze pubblicati in riviste di classe A.

Argomento dell'articolo e numero dei firmatari.

Anni 2010-2017

Articoli	Banca	Ciclo fin.	Crisi fin.	Debito pub.	Finanza pub.	Fiscalità	Moneta	Totale
1 autore	2	2		1	7	2	1	15
2 autori	6		1	3	6	3	9	28
3 autori	2				5	2	1	10
Totale	10	2	1	4	18	7	11	53

Tabella 5. Articoli di storia delle finanze pubblicati in riviste di classe A.

Numero degli autori per articoli con 1 o più firme.

Anni 2010-2017

	Banca	Ciclo fin.	Crisi fin.	Debito pub.	Fin.pub.	Fiscalità	Moneta	Totale
N.di autori per art.con 1 a.	2	2		1	7	2	1	15

n. 2/2017

N.di autori per art.con 2 a.	12		2	6	12	6	18	56
N.di autori per art.con 3 a.	6				15	6	3	30
Totale	20	2	2	7	34	14	24	101

Tabella 6. Articoli di storia delle finanze pubblicati in riviste di fascia A.
Settore Scientifico Disciplinare degli autori per articolo.

Anni 2010-2017

	Banca	Ciclo fin.	Crisi fin.	Debito pub.	Finanza pubblica	Fiscalità	Moneta	Totale
Economia aziendale	1		1		5,6,3a,3a,3a,			7
Economia politica	3,4,5,6,8			1,4,4	4,8	2,2,6	2,3,3,7,3a	18
Politica economica	5,6,7				6,1,8a		2,6,8,2a	10
Scienza delle finanze						3,3		2
Statistica economica							8,9	2
Storia economica	1,2,3				7,8	6	1	7
Non qualificato	2,3,4,6,7, 8,9,1a	1,1	1	1,2,3,3	1,1,2,3,3,4,4,5,6,7, 9,1a,2a,2a,4a,4a,4,5, a,5a,6a,7a,8a,8a	1,3,4,4,5	1,4,4,4,5,5, 7,9,1a,1a, 2a,3a	55
Totale	20	2	2	7	34	12	24	101

Ciascun numero corrisponde ad un articolo. La numerazione è progressiva e si riferisce all'argomento espresso dalla titolazione della colonna. Il numero "1a" equivale a 10, "2a" a 11 e così via. Due o più numeri uguali si riferiscono a più autori di uno stesso articolo. Ad esempio l'articolo n. 6 della colonna "Banca" è stato scritto in collaborazione da tre autori. Due strutturati nell'università nei settori scientifici disciplinari di Economia politica e di Politica economica e uno senza alcun ruolo.

Gli storici economici sono una minoranza tra i firmatari degli articoli. Nella classifica degli autori è più significativa quella dei docenti di Economia politica, che sono rappresentati quasi dal triplo, e di Politica economica. Gli aziendalisti hanno firmato lo stesso numero di articoli degli storici economici. Trascurabile l'apporto dei docenti di Scienza delle finanze e degli statistici economici.

La categoria più rappresentata è, tuttavia, quella dei "non qualificati" ovvero di coloro che non hanno alcun ruolo nell'università. Ciò contraddice quanto sarebbe lecito pensare. La pubblicazione in una rivista di classe A dovrebbe essere, per l'importanza che ad essa si attribuisce, l'approdo di un docente

matturo, particolarmente versato nella disciplina che insegna, in grado di produrre articoli di notevole qualità, almeno a giudicare dal fatto che l'ANVUR discrimina tra i docenti coloro che sono in grado di svolgere funzioni di particolare rilievo scientifico e anche direttivo sulla base, appunto, del numero delle pubblicazioni in riviste di classe A.

Questa evidenza dimostra, invece, qual è la realtà. Le riviste di classe A, per ciò che concerne la Storia finanziaria, non accolgono gli scritti dei docenti di Storia economica, probabilmente perché questi non hanno una produzione aderente alla linea editoriale delle riviste di classe A dell'area 13, che non rispecchia quasi mai la metodologia degli storici economici italiani. Gli articoli che compaiono in una di queste riviste non sembrano rispondere in maniera esaustiva alle domande dello storico economico, ma sono concepiti, al solo fine della pubblicazione, in funzione della linea editoriale della rivista che li ospita, quasi mai compatibile con la Storia economica.

Ma torniamo ai firmatari "non qualificati". È probabile che si siano dedicati alla ricerca scientifica in attesa di cogliere l'occasione di un assegno di studio, di un contratto, di un posto di ricercatore e poi di un'abilitazione. Ma non sappiano con la cattedra di quale disciplina essi collaborassero al momento della pubblicazione. Ed è anche vero che, pur avendo pubblicato almeno un articolo in rivista di classe A – e alcuni anche tre – tra il 2010 e il 2016, non sono ancora riusciti a entrare nei ruoli di qualche disciplina, perché i loro nomi non compaiono nell'organico dell'università dell'A.A. 2016-2017, che comprende anche coloro che sono agli inizi della carriera, ossia i ricercatori a tempo definito. Sono tutti giovani tanto bravi da pubblicare in riviste di classe A all'inizio della loro carriera, che per qualche motivo non sono riusciti a trovare collocazione all'interno dell'università, oppure le pubblicazioni in riviste di classe A non hanno nulla in comune con la validità scientifica di chi in esse pubblica? Oppure, ancora, la pubblicazione in una rivista di classe A è il frutto di un'alchimia che prescinde dalle conoscenze di coloro che vi pubblicano ed è soltanto il

risultato di un complesso di elementi nei quali è del tutto estraneo il valore e lo stesso senso di ciò che si scrive?

Quale può essere il settore scientifico di appartenenza di questi ignoti ricercatori, che rappresentano la maggioranza di coloro che hanno pubblicato, negli ultimi sette anni, articoli di Storia economica in riviste di classe A? Qualcosa può dirci l'abbinamento delle loro firme con quelle di coautori di cui sappiamo la provenienza.

Innanzitutto soltanto il 22% degli articoli è firmato da un solo autore "non qualificato". Ne esiste poi un buon numero firmati da due o tre persone "non qualificate" nessuno dei quali può fornirci, attraverso il ruolo ricoperto nell'università, un indizio sui reali interessi di almeno uno di essi.

Laddove è possibile l'abbinamento è per la maggior parte con i docenti di Economia politica, poi di Politica economica, poi ancora di Storia economica, il 7,4%, di Economia aziendale e di altri. Gli abbinamenti così effettuati, quindi, rispecchiano l'appartenenza agli stessi settori disciplinari di tutti gli autori di cui conosciamo il settore scientifico.

Un'annotazione che può avere una sua rilevanza è che gli articoli firmati da un solo autore sono soltanto 12. Di questi 10 sono di persone che non hanno qualifica e 2 di studiosi di Politica economica. Quasi tutti gli articoli con un solo autore sono stati firmati, quindi, da persone che attualmente non hanno alcun ruolo nell'università. Nessun articolo di Storia delle finanze, pubblicato in rivista di classe A, in questi ultimi sette anni, è stato firmato da uno storico economico italiano.

3. Conclusioni

In un convegno della SISE, tenuto a Pescara il 28 e il 29 maggio 2017, Ezio Ritrovato⁹, dai dati della recente VQR, ha tratto la conclusione che, a uno

⁹ Che ringrazio per avermi fornito copia della sua relazione.

storico economico, per ottenere una valutazione più alta, conviene pubblicare un articolo, meglio se in una rivista di classe A, per il quale si ottiene il massimo del punteggio senza subire alcun vaglio.

Le riviste di classe A dell'area 13, tuttavia, sono tutte straniere e di economia. Tali riviste, come sempre accade, prima di inviare ai *referee* l'articolo, proposto per la pubblicazione, stabiliscono se è coerente con la linea editoriale della rivista. È evidente che una rivista di economia accetta un articolo di Storia solo se fortemente connotato in senso economico. Da ciò deriva che gli articoli sono firmati per la maggior parte da economisti, l'assenza di articoli firmati soltanto da storici economici e la necessità per questi di abbinarsi a economisti e di forzare, se non di modificare, la metodologia storico-economica pur di ottenere l'agognata pubblicazione in classe A.

Per questi motivi la pubblicazione di Storia della finanza e di Storia economica tende sempre più a identificarsi con un articolo in rivista di classe A con due o più firme. Un'unica varietà di pubblicazione al posto di tante utilizzate fino ad alcuni anni fa per comunicare i risultati delle ricerche. Come le mele della Val di Non.

Si deve anche aggiungere che l'articolo con coautori non comporta limitazioni nelle valutazioni della VQR e dell'ASN per alcuno degli autori. Dieci articoli firmati da dieci autori ciascuno hanno lo stesso peso di 100 articoli, distribuiti equamente, firmati singolarmente da cento autori diversi.

Queste cause concatenantesi hanno determinato la disintegrazione della comunità degli storici-economici italiani. Il dialogo tra i cultori della materia si è interrotto nel momento in cui i contributi scientifici non sono più pervenuti da una cerchia ben individuata di esperti, che hanno sempre colloquiato attraverso determinate riviste e su argomenti che scaturivano dalle loro comuni riflessioni o da incontri in congressi. La mancanza di periodiche comunicazioni personali è stata intralciata dal drastico taglio dei finanziamenti statali, dalla conseguente, notevole riduzione dei congressi e

dalla ridotta partecipazione a quelli che sono ancora indetti con regolarità, a causa anche dell'illusione che i resoconti in internet e nei social media possano supplire alla personale presenza.

Resta, tuttavia, il fatto che, al di là di qualsiasi considerazione che si possa fare in merito, ogni giorno è posto all'attenzione degli storici-economici un nuovo argomento, che scaturisce dall'occasionale combinazione di idee di ricercatori di discipline diverse, che confezionano articoli apparentemente di storia finanziaria, ma che adottano la metodologia più congeniale per i loro studi.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

CONCETTA LUCIA CRISTOFARO

L'imprenditoria nei paesi sottosviluppati: il valore del capitale intellettuale

ABSTRACT- The female figure has been the protagonist of a social economic phenomenon that has led to some changes in the workplace context, that is, the assumption in person of the role of entrepreneur. This trend has gained an increasing importance not only in the Western countries but also in the developing world, where women represent most of the workforce.

The purpose of this document is to understand the role played by the figure of a woman entrepreneur in the developing territories. Work develops around the theme of intellectual capital in relation to the figure of a woman entrepreneur.

KEYWORDS - Intellectual capital, Female entrepreneurship

CONCETTA LUCIA CRISTOFARO*

L'imprenditoria femminile nei paesi sottosviluppati: il valore del capitale intellettuale**

Negli ultimi anni, la figura femminile è stata protagonista di un fenomeno economico sociale che ha portato alcuni cambiamenti nel contesto lavorativo ossia l'assunzione in prima persona del ruolo di imprenditrice. Questa tendenza ha acquisito una rilevanza sempre maggiore non solo nei Paesi Occidentali ma anche in quello in via di sviluppo.

Su tale premessa, l'obiettivo del presente articolo è quello di comprendere il ruolo svolto dalla donna imprenditrice, con uno sguardo al fenomeno nei paesi in via di sviluppo.

Il fenomeno della presenza femminile nelle organizzazioni diviene oggetto di riflessioni intorno agli anni 70-80 poiché cominciò a mutare l'equilibrio dato dalla separazione tra il mondo professionale dedito alla figura maschile e quello familiare del quale si occupavano solo le donne.

Ciò ha comportato un cambiamento, abbastanza diffuso, della mentalità femminile per la quale sempre più il lavoro è concepito come diritto, necessità, bisogno. L'emergere di questi nuovi elementi all'interno della problematica donna-lavoro ha portato alla cancellazione del dato persistente di segregazione femminile in determinati settori o livelli, differenza importante per poter capire un'organizzazione sociale del lavoro nella quale esisteva una discriminazione di sesso¹.

* Docente a contratto di "Organizzazione Aziendale", "Comportamento e Gestione del Personale", "Organizzazione e Gestione dei conflitti" e Assegnista di ricerca presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ V. BORGHI e R. RIZZA, *L'organizzazione sociale del lavoro: lo statuto sociale del lavoro e le sue trasformazioni*, Pearson Spa, Italia, 2010.

Diverse ricerche hanno dimostrato come le donne che occupano posizioni di elevata responsabilità all'interno delle imprese siano meno numerose degli uomini e come abbiano avuto più difficoltà nelle loro dinamiche di crescita aziendale.

Nel corso degli anni sono differenti e molteplici gli studi condotti su un argomento che ancora oggi lascia grandi spazi di approfondimento e riflessione su tale binomio.

Per far riferimento a questa situazione di complessità, molti sono stati gli autori che parlano del cosiddetto "soffitto di cristallo", un tetto apparentemente invisibile oltre al quale le donne nel mercato del lavoro non riescono a perseguire la propria carriera e quindi non raggiungendo alti livelli manageriali.

Questa metafora ben rappresenta le difficoltà a cui molte donne devono far fronte per fare carriera nei diversi campi del sapere. Tra queste difficoltà vi sono: stereotipi culturali, discriminazione ed una divisione diversa del carico di lavoro familiare tra uomini e donne².

Pertanto questo "soffitto" invisibile ma impenetrabile come un cristallo, determina proprio il limite invalicabile dei livelli alti della carriera e schiaccia le donne verso un "stickyfloor" ossia un pavimento appiccicoso che trattiene un gran numero di lavoratrici ai livelli inferiori dell'organizzazione.

Questo fenomeno di segregazione verticale³ è stato coniato per la prima volta negli Stati Uniti, intorno agli anni 80, con il termine "*glassceiling*" per cercare di dare un nome a quella barriera lavorativa e sociale, presente ma invisibile alle donne, le quali sulla carta possono contare sulle stesse opportunità degli uomini, poi di fatto si trovano bloccate da sistemi di esclusione non riportati dalla legge ma ben radicati nelle abitudini di molte società ancora patriarcali.

² M. ANDRIOLO E M. VIASSONE, *Donne e Management: una questione di opportunità*. Franco Angeli, Milano, 2016.

³ A. CIVITA, *Devianza e diseguaglianza di genere*. Franco Angeli, Milano, 2011.

Nonostante tante donne abbiano raggiunto traguardi che fino a qualche tempo fa sembravano irraggiungibili, nel mondo del lavoro ciò non è stato possibile ai livelli apicali in quanto proprio in questo punto il “soffitto di cristallo” inspessisce sempre di più.

Infatti, da diversi studi emerge che le donne entrano nelle imprese e fanno carriera con numeri da record poi però quando stanno per raggiungere i livelli più alti vengono bloccate⁴.

Dall'altra parte, si rileva un altro dato importante ossia il fatto che le imprese guidate dalle donne vanno meglio rispetto alle altre, accrescono in modo più veloce i ricavi, generando più profitti.

Per questo ed altri motivi il tema della bassa presenza femminile nei vertici, sia a livello europeo che internazionale, è stato fonte di numerosi dibattiti.

Lo stile che una donna imprenditrice assume è quello di garantire a se stessa e agli altri un lavoro significativo, delle relazioni che siano appaganti, ed ambienti che possano fornire per l'individuo crescita e sviluppo⁵. Poiché è una loro caratteristica essere esperte nel perseguire l'equilibrio, piuttosto che impartire ordini, di solito le donne preferiscono pilotare la situazione attraverso l'influenza e la persuasione⁶ cioè insegnando a fare da esempio trainante. Esse sviluppano maggiori competenze ed acquistano esperienza, concentrando le loro energie nell'integrazione dei valori femminili sul posto di lavoro creando un ambiente di lavoro più umano ed equilibrato. Con questo clima organizzativo si cerca di valorizzare le iniziative, la creatività, l'innovazione, generando motivazione.

⁴ A. WITTENBERG-COX, *Womenomics in azienda. Come valorizzare i talenti femminili e trarre profitto da un buon equilibrio di genere*, Il sole 24 ore Progetto Donne e futuro, Milano, 2012.

⁵ A. WITTENBERG-COX, *op. cit.*, 128.

⁶ E. FRANCESCONI e G. GABALLO, *Donne e lavoro: spazi da difendere, spazi da costruire*, Edizione Danibel, Novi Ligure, 2012.

Le donne, inoltre, tendono a porre la loro attenzione sulla qualità delle relazioni⁷ proteggendo uno dei maggiori beni del patrimonio aziendale rappresentato dal capitale umano presente nell'azienda.

Nonostante siano diversi e molti i motivi per cui una donna imprenditrice ha la capacità le competenze e le risorse per svolgere al meglio il proprio lavoro quando si fa riferimento a tale figura, vengono suscitate una serie di pregiudizi o limiti che possono condizionare la loro attività lavorativa e il loro sviluppo professionale, infatti non a caso il tema principale che viene sollevato riguarda la difficoltà di conciliare la vita affettiva con il lavoro.

In un mercato così difficile, caratterizzato da continui cambiamenti, le donne sembrano avere una maggiore capacità di adattamento⁸: la capacità di affrontare la complessità e il nuovo; l'etica nel lavoro; la capacità di condividere le responsabilità valorizzando i propri collaboratori; la capacità di apprendere e semplificare; di trovare soluzioni e condividerle con gli altri; la cura dei particolari; la concretezza; l'ordine; la diligenza.

Oggi, lo sviluppo economico e l'uguaglianza di genere si rafforzano vicendevolmente, infatti da un lato, una maggior uguaglianza di genere e l'empowerment delle donne giocano un ruolo essenziale nella lotta alla riduzione della povertà e favoriscono la crescita economica sia in modo diretto (aumentando la partecipazione delle donne alla forza lavoro, la loro produttività e il loro reddito) che indiretto (attraverso gli effetti benefici dell'emancipazione delle madri sull'istruzione e la salute dei figli). Dall'altro la crescita economica consente maggiori investimenti nelle infrastrutture (acqua pulita, strade, energia, ecc.), riducendo il tempo che le donne devono dedicare al lavoro domestico e alle attività di cura e rendendole così libere di partecipare ad altre attività. Inoltre lo sviluppo economico in via generale tende a favorire la parità di genere, ampliando le

⁷ F. AVALLONE e M. BONARETTI, *Benessere organizzativo*, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2010.

⁸ M. G. DE ANGELIS, *Donne al vertice e successo d'impresa: il "D Factor"- più profitti e meno rischi per le aziende guidate dalle donne*, www.quaderniartigiano.com, 2016.

opportunità di lavoro per le donne e alzando il tasso di rendimento previsto per il capitale umano. Il capitale umano è una componente importante del capitale intellettuale quale categoria interpretativa delle risorse cognitive e intangibili di un'organizzazione⁹. Sul tema differenti autori si sono confrontati giungendo a diverse definizioni di Capitale Intellettuale; di seguito si riportano alcune definizioni:

CONCEPT	AUTHORS
The difference of an organization's market value and book value	Galbraith (1969)
The difference between the market value of the company and the replacement cost of assets	Bonts (1996)
The combination of market assets, human-centred assets, intellectual property assets and infrastructure assets	Brooking (1996)
The gap between market and book value of the firm	Sveiby (1997)
The gap between a firm's market value and its financial capital (book value of a firm's equity)	Edvinsson (1997)
Knowledge, information, intellectual property, expertise which can be used for create wealth	Stewart (1997)
Set of intangibles, invisible or intangible, off-balance, allowing the company to operate, creating value to it	Bueno (1998)
Knowledge and knowing capability of a social collectivity	Nahapiet and Ghoshal (1998)

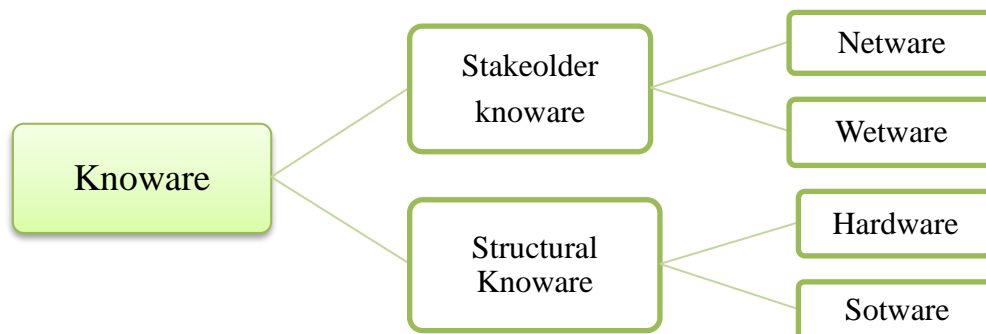
⁹ P. LIZZA. *Il capitale intellettuale – profili di gestione e di valutazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

Essentially comprises all immaterial resources that could be considered as assets, being possible to acquire, combine, transform and exploit, and to which it is possible to assign, in principle, a capitalized value.	Granstrand (1999)
Intellectual assets, Knowledge assets, total stock of Knowledge-based equity possessed by a firm	Dzinkowski (2000)
Includes Knowledge, competence and intellectual property. Also includes other intangibles such as brands, reputations, and customer relationship	Teece(2000)
Represents the stock of Knowledge that exists in an organization at a particular point in time	Bontis et al (2002)
The sum of all Knowledge firms utilize for competitive advantage	Subramaniam and Youndt (2005)
Includes those intangible assets of an organization that are not recorded in financial statements but which may constitute 80% of the market value of the organization	Martinez-Torres(2006)
Basic competences of intangible character that allow creating and maintaining competitive advantage	Reed et al (2006)
Set of intangible resources and capabilities possessed or controlled by a firm	Alama (2008)
The Knowledge assets that can be converted into value. Is a matter of creating and supporting connectivity between of sets of	Cabrita and Bontis (2008)

expertise, experience and competences inside and outside organization	
Represents Knowledge-related intangible assets embedded in an organization	Chang et al. (2008)
The total capabilities, Knowledge, culture, strategy, process, intellectual property, and relational networks of a company that create value or competitive advantages and help a company achieve its goals	Hus and Fang (2009)

Fonte: ns adattamento da De-Castro, Verde, Lòpez-Salez and Navas-Lopez, 2011¹⁰

Al fine di meglio identificare la natura e le caratteristiche del capitale intellettuale è importante conoscere il modello del *Knoware Tree* ¹¹ quale strumento capace di sistematizzare le principali categorie di beni e risorse intangibili appartenenti a un'organizzazione.



Fonte: nostra elaborazione,2016

¹⁰ G.M DE-CASTRO, M.D. VERDE, P. LÒPEZ SALEZ and J.E. NAVAS-LOPEZ, *Towards'an intellectual Capital-based Vew of the Firm: Origins and Nature*, in *Journal of Business Etichcs*, n. 98, 2011.

¹¹ D. CARLUCCI & G. SCHIUMA, *Knowledge asset value creation map. Assessing knowledge asset value drivers using AHP*, in *Expert Systems with Application*, 32, 814–821, 2007, 2015.

Tale modello adotta un'interpretazione delle risorse intangibili e cognitive facendone una distinzione su due principali categorie di risorse organizzative: *Stakeholder Knoware* ossia le risorse intangibili/cognitive associate agli stakeholder e *Structural Knoware* cioè le risorse intangibili/cognitive legati alla struttura. All'interno della prima categoria si ritrova il *Wetware* (capitale umano), coincidente con tutte le conoscenze che sono alla base e che influenzano le competenze ed il comportamento delle risorse umane all'interno dell'organizzazione ed il *Netware (capitale relazionale)*, coincidente con l'insieme delle risorse cognitive legate alle relazioni che caratterizzano l'organizzazione sia con riferimento al suo contesto interno che a quello esterno. Nella seconda categoria delle risorse cognitive rientrano le risorse *Hardware (capitale strutturale)* che raccolgono tutte quelle risorse tangibili che rivestono un'importanza strategica per lo svolgimento delle attività dell'organizzazione supportando lo sviluppo, l'acquisizione, la gestione e l'applicazione delle conoscenze nel sistema organizzativo; la categoria *Software (capitale sociale)* che denota l'insieme delle risorse cognitive di natura intangibile che caratterizzano il funzionamento del sistema organizzativo.

Dando uno sguardo alla situazione internazionale è evidente che nei paesi in via di sviluppo, l'imprenditorialità femminile sia uno strumento importante nella lotta alla povertà e alle disparità di genere e che un miglioramento delle condizioni materiali delle donne abbiano un impatto positivo sulle loro famiglie. In questi paesi l'imprenditoria femminile è in grande crescita grazie non solo ai progetti finanziati da donatori esteri ma anche alle riforme e ai programmi dei governi locali, sempre più attenti alla ricchezza, economica e sociale, che l'empowerment delle donne può portare e all'attenzione verso l'uguaglianza di genere e la partecipazione delle donne nei processi decisionali.

Nonostante la figura della donna imprenditrice abbia ottenuto gradi risultati rimangono ancora evidenti molte difficoltà tra cui quelle legate

alle retribuzioni, più basse di quelle maschile, o la difficoltà di coniugare vita lavorativa e vita professionale.

Però, per queste donne l'effettivo godimento dei loro diritti è ostacolato dal basso tasso di alfabetizzazione e di scolarità, dalla loro particolare vulnerabilità alla povertà, dalla loro difficoltà di accesso alla giustizia, dalla cattiva interpretazione dei testi, dalle norme sociali che creano asimmetrie tra uomini e donne nel potere decisionale a livello di famiglia e di società.

In molti paesi sottosviluppati come ad esempio nel Mali o negli altri paesi dell'Africa occidentale, a partire dagli anni '80 le donne sono state in misura crescente a esercitare attività imprenditoriali per contribuire ai bisogni essenziali della loro famiglia, in seguito alle diverse crisi ambientali ed economiche: la siccità e il processo di desertificazione, l'aumento del costo della vita.

Le motivazioni che hanno spinto le donne all'avvio di una propria attività sono di diversa natura come riscontrabile nella tabella seguente.

Tab.1: Motivazioni che spingono le donne a diventare imprenditrici

Motivazione	%
Fonte principale di reddito personale	55,77
Seconda fonte di reddito personale	0,96
Unica fonte di reddito per la famiglia	9,62
Altra fonte di reddito per la famiglia	58,65
Desiderio di emancipazione	20,19
Passione, piacere	14,82
Altro	3,85

Fonte: nostra elaborazione, 2017

La motivazione principale che ha interessato la maggior parte delle donne, pari al 58,65%, è stato avere un'altra fonte di reddito all'interno della famiglia. La letteratura e le numerose ricerche empiriche, infatti, suggeriscono che le donne che esercitano un'attività generatrice di reddito danno un forte contributo all'uscita della famiglia dalla povertà. Infatti, quando le donne ottengono un proprio reddito e hanno maggior controllo

sull’allocazione delle spese famigliari, dedicano una maggior quota della spesa al benessere dei figli e all’acquisto dei beni essenziali per il nucleo famigliare.

Quindi gli effetti positivi dell’empowerment femminile sono effetti di lungo termine, che si estendono alle generazioni future

Attualmente si registrano che i settori in cui l’attività femminile è maggiormente presente sono l’allevamento e l’agricoltura con il 3,8%; l’attività manifatturiera con il 3,4%, il commercio con il 29,8% ed il 31,7 % in altri servizi.

Il lavoro femminile è sottovalutato nella contabilità nazionale che non tiene conto del lavoro domestico della donna o del suo lavoro del suo lavoro nell’economia familiare.

Le giornate lavorative delle donne sono più lunghe di quelle degli uomini, se si include il lavoro domestico, la preparazione del cibo compresa la trasformazione dei cereali in farina, l’allevamento dei figli, l’assistenza agli anziani, la raccolta dei rifiuti domestici, il rifornimento dell’acqua e della legna, ossia tutte quelle attività economiche non produttive che, secondo la divisione tradizionale dei ruoli, sono considerate come contributi volontari normali delle donne.

Le disuguaglianze tra uomini e donne in materia di proprietà e gestione dei beni, successione, accesso alle risorse tra cui la formazione.

La formazione, quale insieme di attività pianificate per facilitare l’apprendimento¹²può in questi paesi avere diverse fonti come si evince dalla tabella.

Tabella 2: Formazione femminile nei paesi sottosviluppati

Formazione	(%)
Da sola	33,0
Scuola professionale/corso formazione	19,4
Luogo di lavoro/tirocinio	10,7

¹² R.A. NOE, J.R. HOLLENBECK, B.GERHART, P.M. WRIGHT, *Gestione delle Risorse umane*, APOGEO, Milano, 2015.

n. 2/2017

Grazie ad un familiare	25,2
Grazie ad un'amica	7,8
Università	3,9

Fonte; nostra elaborazione 2017

Le donne imprenditrici che si danno una formazione da sole sono pari al 33%, mentre solo il 3,9% di esse ha l'opportunità di partecipare a dei corsi universitari.

Tutto ciò, a sua volta, contribuisce a perpetuare le disuguaglianze di opportunità e la situazione di subordinazione delle donne in famiglia e nella società.

Nei Paesi in via di sviluppo, un'altra difficoltà da gestire è l'accesso al prestito bancario, a causa dell'inadeguatezza o assenza di garanzie reali e delle dimensioni delle attività, ritenute spesso troppo ridotte dalle banche tradizionali, non consentendo così alle imprese di svilupparsi.

Come si evince dalla tabella, infatti solo lo 0,9 % delle donne ottiene finanziamenti bancari per l'avvio della propria attività.

Tab 3. Fonte del capitale di partenza di un'attività

Capitale di partenza	%
Fondi personali	54,81
Dono del marito	16,35
Dono della famiglia	9,62
Altro	9,62
Credito della famiglia	4,81
Credito del marito	2,88
Senza capitale	2,88
Fondi di un raggruppamento femminile informale	1,92
Credito bancario	1,92
Credito attrezzature/merci	0,96

Fonte: nostra elaborazione, 2017

La maggior parte di esse, pari al 54,81% avvia la propria attività basandosi solo sulle proprie disponibilità, o ricevendo un dono da parte del coniuge.

Questo articolo scaturisce dagli stimoli avuti dagli incontri - seminario tenutosi presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro nell'ambito dei Seminari proposti dalla Cattedra di Filosofia del Diritto in collaborazione con l'UNICEF.

Obiettivo del presente lavoro è stato quello di dare una fotografia su come anche nei paesi in via di sviluppo la figura della donna assume un ruolo fondamentale sia nell'ambito lavorativo che in quello sociale.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2016

MARZIA VENTURA

Cambiamento Organizzativo attraverso la Cooperazione Decentrata

ABSTRACT- The aim of this paper is to understand the role played by decentralized cooperation for the development of developing territories. Work develops around the theme of organizational change in relation to decentralized cooperation. The above work not meant to be exhaustive of the subject but, to be food for thought for subsequent.

KEYWORDS - Organizational change; Decentralised Cooperation.

Cambiamento Organizzativo attraverso la Cooperazione Decentrata**

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *Cambiamento Organizzativo attraverso la cooperazione decentrata*- 3. *Riflessioni conclusive*.

1. Premessa

Questo articolo scaturisce da una più ampia ricerca, avviata a partire dall'incontro- seminario avutosi presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro lo scorso maggio, nell'ambito dei Seminari proposti dalla Cattedra di Filosofia del Diritto in collaborazione con l'UNICEF.

Obiettivo del presente lavoro è quello di comprendere il ruolo giocato dalla cooperazione decentrata per lo sviluppo dei territori in via di sviluppo. Il lavoro si sviluppa attorno il tema del cambiamento organizzativo in relazione alla cooperazione decentrata. Il suddetto lavoro non vuole essere esaustivo del tema ma, essere spunto di riflessione per studi successivi.

2. Cambiamento Organizzativo attraverso la cooperazione decentrata

Studiare il fenomeno del cambiamento organizzativo significa affrontare una tematica attorno alla quale si sono creati vari e diversi punti di vista così come scuole di pensiero. Parlare di cambiamento, fa affrontare diverse domande quale sia il senso di studiare, spiegare, interpretare il

* Docente a contratto di "Organizzazione e Innovazione Sociale" e "Gestione Risorse Umane" e Assegnista di ricerca presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

funzionamento di un sistema¹ e nel contempo, esaminarne il cambiamento? Cosa rimane, o deve rimanere del precedente sistema, perché si possa assumere la continuità dopo un cambiamento organizzativo? Il Cambiamento organizzativo è un fenomeno che caratterizza ormai in via permanente il funzionamento di una organizzazione². Il cambiamento non può più considerarsi un evento eccezionale e perturbativo, ma un «evento» che si produce e si esplica in via continuativa a supporto dell'efficacia e dell'efficienza della stessa azione organizzativa³. È lo stesso March (1981) che delinea il paradigma del «divenire vitale», secondo le sue riflessioni le organizzazioni cambiano in continuazione, le risposte delle organizzazioni ai mutamenti ambientali avvengono in modo imprevedibile e l'adattamento ad un ambiente mutevole comporta una combinazione di razionalità e di insensatezza⁴. Entro tale concezione, il cambiamento non si genera solo per ristabilire equilibri perduti ma è la risultante di una interazione di forze eterogenee che derivano dal contesto macro ambientale e dal contesto organizzativo interno. Per una maggiore comprensione sul piano teorico, si riportano (tabella n °1), alcune definizioni di Cambiamento Organizzativo (di seguito C.O).

Tabella n°1: Definizione di C.O.

Processo volontario e collaborativo volto a risolvere un	Bennis, 1972
--	--------------

¹ Un sistema è un insieme di elementi interagenti. Grande importanza nello studio delle organizzazioni, la distinzione tra sistemi chiusi e aperti. Un sistema chiuso non dipende dall'ambiente in cui si trova; è autonomo, delimitato ed isolato dal mondo esterno. Un sistema aperto deve interagire con l'ambiente per sopravvivere; esso consuma ed esporta risorse verso l'ambiente; non può isolarsi deve continuamente adattarsi all'ambiente. Per approfondimenti si veda R. DAFT, *Organizzazione Aziendale*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 13 ss.

² C. COMPAGNO, *Il cambiamento e l'innovazione*; Utet Libreria, Torino, 1997, 315 ss.

³ J.G. MARCH, *Footnotes to organizational Change*; Administrative Science Quarterly, 1981.

⁴ *Ibidem*.

<p>problema o, in generale, utile a programmare per ottenere un migliore funzionamento dell'organizzazione</p>	
<p>Un mutamento dei ruoli e delle relazioni proprie dei ruoli e, quindi, anche delle mansioni e dei rapporti personali di coloro che li esplicano</p>	<p>Rice, 1974</p>
<p>L'adozione da parte di una organizzazione di un nuovo concetto o comportamento</p>	<p>Pierce e Delbecq, 1977</p>
<p>Uno stato di transizione tra uno stato attuale (indesiderato) ed uno futuro, verso il quale l'organizzazione è diretta</p>	<p>Cummings e Huse, 1985</p>
<p>Un passaggio da uno stato presente, collocato ad un dato tempo, ad uno stato futuro, collocato in un tempo futuro, che si realizza a seguito della rilevazione di una discrepanza, o di un malfunzionamento, di una situazione critica che si intende affrontare per ristabilire una prestazione soddisfacente</p>	<p>Quaglino, 1987</p>

Fonte: ns elaborazione, 2017

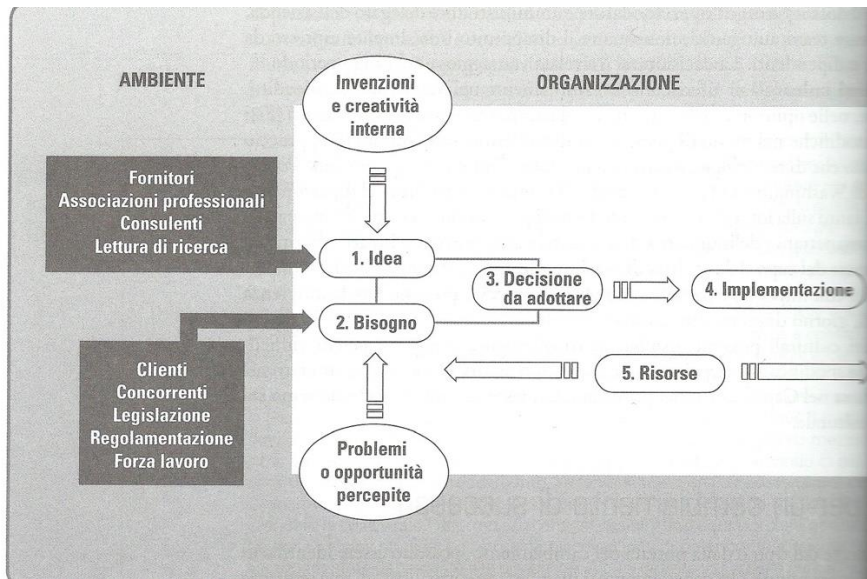
La letteratura organizzativa, infatti, consente di evidenziare le caratteristiche dei diversi approcci al cambiamento⁵, le condizioni che rendono tali approcci più coerenti e quindi di successo, i ruoli che devono essere garantiti nel processo di transizione e soprattutto le resistenze cui occorre preparare il management che deve condurlo⁶. Secondo questi approcci teorici nei processi di cambiamento, in primo luogo, antefatto essenziale che crea le condizioni per il vero successo del cambiamento è l'esistenza e la condivisione di una «vision»⁷; un punto di arrivo espresso in termini chiari e coerenti a beneficio di tutti gli attori che saranno coinvolti nel processo stesso. Una visione del futuro per un'organizzazione che investe nel cambiamento è necessariamente connotata da una cultura fatta di tempi chiari di realizzazione degli interventi, di soggetti da coinvolgere in differenti tipologie di partnership e d'iniziative, di costi e di benefici da negoziare in via preliminare o durante la gestione del programma (Figura n° 1).

Figura n° 1: Elementi per un cambiamento efficace

⁵ B. BURNES, *Managing Change: A Strategic Approach to Organisational Dynamics*, USA, Pearson Education, 2004.

⁶ W. BRIDGES, *Managing Transitions: Making the Most of Change*, NY, Kindle Edition, 2009.

⁷ W. J. KETTINGER e V. GROVER, *Toward a Theory of Business Process Change Management*, *Journal of Management Information Systems*, Vol. 12, No. 1, Summer, Taylor & Francis, Ltd, 1995, 9 ss.



Fonte: R. Daft, 2017⁸, 412.

Perché un cambiamento sia efficace si deve assicurare che all'interno di una organizzazione si manifestino gli elementi indicati in Figura n°1, ma, finché le idee non vengano trasformate in azione non avranno nessun valore per l'organizzazione. La realizzazione del cambiamento è la fase più importante del processo ma è anche la fase più difficile, in quanto spesso il cambiamento comporta trasformazioni impegnative. Fondamentale perché sia efficace, è una visione matura del percorso di cambiamento che, può contribuire alla creazione di una comune base di conoscenza, di legittimazione e di *commitment* tra gli attori coinvolti nel percorso, attenuando in tal modo le inevitabili resistenze. In secondo luogo, è necessaria una robusta fase di programmazione; una fase, cioè, in cui gli obiettivi specifici del cambiamento siano interpretati, modellati e calibrati, rispetto alle specifiche condizioni strutturali e relazionali di partenza, per la necessaria armonizzazione tra le diverse voci di spesa di quella configurazione organizzativa. Un percorso di cambiamento di questo genere, fornirà risposte efficaci e durevoli rispetto a obiettivi se questi

⁸ R. DAFT; *op. cit.*, 412 ss.

verranno condivisi e non calati dall'alto e, soprattutto, non imposti⁹ (Figura n° 2).

Figura n° 2: Change Curve: le cinque fasi reattive dell'individuo



Fonte: ns. adattamento da Kubler-Ross, 1990¹⁰.

Se, la figura n° 2, mette in evidenza le fasi reagenti da un punto di vista individuale; dal punto di vista delle organizzazioni, il cambiamento e la sua gestione, include i processi e gli strumenti per gestire l'impatto umano di una transizione. Questi strumenti comprendono un approccio strutturato che può essere efficacemente utilizzato per realizzare, accompagnare e supportare la transizione, aiutando così l'organizzazione a realizzare e governare la propria trasformazione. Ogni cambiamento che sia o meno organizzativo presuppone, una dose di flessibilità e di propensione alla novità. È difficile uscire dalla zona di comfort, mettere in discussione le nostre convinzioni basate su generalizzazioni del passato, lasciar andare vecchi schemi di comportamento per abbracciare le nuove sfide. Kotter¹¹, afferma che il cambiamento si attiva quasi sempre attraverso la sequenza

⁹ R. MERCURIO, *Cambiamento organizzativo nei processi di spending review delle pubbliche amministrazioni*, Prospettive in Organizzazione, 2015; visionabile al sito <http://prospettiveinorganizzazione.assioa.it>.

¹⁰ M. ORRIDGE, *Change Leadership – Developing a change – Adept Organization*, Gower, England, 2009, 5 ss.

¹¹ J. KOTTER, *Al cuore del cambiamento*; Etas Milano, 2003, 3 ss.

vedere-sentire-cambiare e quasi mai analizzare-pensare-cambiare. Chi vuole introdurre e gestire il cambiamento deve rimuovere atteggiamenti che lo impediscono quali, autocompiacimento, l'immobilismo, l'irrigidimento e l'esitazione. Il messaggio più importante che Kotter vuole proporre è che le persone modificano il proprio comportamento non in base ad un'analisi che incide sul loro pensiero, ma in base alla dimostrazione di una verità che influenza i loro sentimenti. Ciò vale particolarmente nel cambiamento organizzativo su vasta scala. Questo modello è applicabile sia al macro-cambiamento da generare a livello di sistema sia ai micro-cambiamenti da attivare nelle singole aree organizzative. Negli ultimi trent'anni, le organizzazioni si sono evolute da «orologi» a «organismi», da «castelli» a «reti»¹². Molto è cambiato nella concezione delle strutture, dei sistemi di coordinamento e controllo, dell'organizzazione del lavoro, dei ruoli, della cultura di imprese e pubbliche amministrazioni. Continue sono le innovazioni che si succedono oggi nelle organizzazioni¹³. All'interno della società civile globale si è affermato un percorso di cambiamento, che ha portato a sviluppare una rete di azioni locali, ma collegate globalmente, con l'obiettivo di realizzare pratiche concrete di sviluppo, solidarietà, partecipazione. Bauman¹⁴ nel 2012, definisce il cambiamento come l'unica cosa permanente e l'incertezza è l'unica certezza. Siamo di fronte a cambiamenti profondi, dal ritmo imprevedibile e complesso, da tutti noi nettamente avvertito con una oggettività non semplicemente ascrivibile a quella percezione del nuovo che comunemente ogni generazione rivendica rispetto al precedente¹⁵. Gli esempi più diffusi sono il commercio equo e solidale, la finanza etica, la cooperazione decentrata e altre forme di attività

¹² F. BUTERA, *Il Cambiamento organizzativo. Analisi e progettazione*; Laterza, Milano, 2009

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Z. BAUMAN (a cura di), *Modernità liquida*, Ed. Laterza, Roma, 2012.

¹⁵ N. BENVENUTI e R. MORRIELLO (a cura di), *Gestione delle raccolte e cooperazione nella biblioteca ibrida*; Firenze University Press, Firenze, 2006.

che si pongono in alternativa ai rapporti economici e politici¹⁶. Al di là degli esiti di singoli progetti e programmi, complessivamente la cooperazione decentrata, nell'ultimo decennio circa, ha contribuito a produrre una fitta rete di legami tra enti locali¹⁷ e altri soggetti della società civile tra Nord e Sud del mondo, operando in svariati ambiti di attività, da quello sanitario, economico, sociale e istituzionale¹⁸. Ponendosi, in una prospettiva internazionale, è importante sottolineare come esista una certa ambiguità tra diverse definizioni e approcci alla cooperazione decentrata¹⁹ a cui si rifanno i soggetti che a vario titolo si sono interessati a questa forma di cooperazione, in particolare gli organismi internazionali (Banca Mondiale), l'Unione Europea, i diversi governi nazionali e le amministrazioni locali chiamate a legiferare in materia (es. le Regioni Italiane)²⁰. La cooperazione decentrata può costituire un laboratorio del cambiamento, uno strumento per mettere a punto le soluzioni innovative che devono accompagnare i processi di sviluppo. Lo sviluppo e il successo di un cambiamento è strettamente collegato alla «qualità» del contesto che lo promuove, che deve dimostrarsi capace, al di là delle affermazioni retoriche, di interiorizzare i segnali e le spinte verso una nuova condizione strategica e operativa; ma, deriva anche dalle sensibilità e dal grado di attenzione che si dà al tema della

¹⁶ N. MONTAGNA (a cura di), *I Movimenti sociali e le mobilitazioni sociali- Temi processi e strutture organizzative*; Franco Angeli, Milano, 2007.

¹⁷ Le linee guida di indirizzo emanate dalla Direzione generale per la Cooperazione allo sviluppo del Ministero degli Affari Esteri, indicano nelle autonomie locali i soggetti propri della cooperazione decentrata.

¹⁸ E. DANSERO, C. LANZANO e N. TECCO (a cura di), *Sguardi Incrociati, Nature svelate*, Franco Angeli, Milano, 2013, 13 ss.

¹⁹ La Commissione Europea definisce la cooperazione decentrata «un altro modo di fare cooperazione, mirata a mettere gli attori (in tutta la loro diversità) al centro del processo di cooperazione coinvolgendoli, sin dall'inizio, in tutto il ciclo dell'intervento, specificando i ruoli e le responsabilità di ciascuno, conformemente al principio di sussidiarietà»; Programma di rafforzamento della cooperazione decentrata per la Commissione Europea.

²⁰ *Ivi*, 13.

gestione del cambiamento e alla strumentalità necessaria alla sua conduzione²¹. Le politiche di cooperazione hanno conosciuto una profonda evoluzione nel corso degli ultimi anni. I mutamenti hanno interessato tanto i principi e gli obiettivi alla base dell'attività di cooperazione, quanto gli attori coinvolti e le modalità di interazione e di intervento. Tale cambiamento è andato di pari passo con una crescente diversità e pluralità dei soggetti coinvolti. Per effetto del diffondersi di una cultura della cooperazione e di una maggiore volontà di impegno personale. Se l'approccio alla cooperazione deve essere correttamente inteso come un approccio al cambiamento organizzativo, è allora possibile attingere in modo proficuo a quanto la scienza organizzativa e le esperienze manageriali propongono in termini di riflessione sull'argomento. Tra le diverse regioni italiane²², la Regione Calabria riconosce nella Cooperazione con le Nazioni prospicienti il Mediterraneo, con i Paesi in Via di Sviluppo (PvS) e di quelli con economia in via di transizione come definiti dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo sviluppo economico (O.C.S.E.), uno strumento essenziale di solidarietà tra i popoli per la promozione dei diritti umani e di una cultura di pace, in conformità ai principi costituzionali, alle dichiarazioni internazionali ed alle norme comunitarie e nazionali (Legge regionale 10 gennaio 2007, art. 1 comma 1). Un impegno che assume una forma concreta di stimolo e sostegno di iniziative volte ad affrontare il problema della solidarietà tra popoli e promozione dei diritti umani, guardando quindi alla Cooperazione decentrata come ad uno scambio diffuso di esperienze e risorse tra soggetti (pubblici e privati) calabresi e nei diversi Paesi in via di sviluppo (Balcani, Medio- Oriente e Nord Africa). La cooperazione può costituire un laboratorio del cambiamento, uno strumento per mettere a punto le soluzioni innovative che devono accompagnare i processi di sviluppo. Per fare questo, però, essa deve superare i limiti che l'affliggono e

²¹ R. MERCURIO, op. cit., 2015.

²² Nella prospettiva regionale, rilevante è il ruolo assunto da alcune regioni tra cui: Piemonte, Toscana, Emilia Romagna e Lombardia.

che sono riconducibili ad una radice comune: un difetto di partecipazione effettiva della maggior parte della gente ai processi di sviluppo. L'azione di intervento internazionale può e deve servire da laboratorio sociale, da motore civico, sviluppando un sentimento di utilità sociale che è prima di tutto interno alla comunità. In questo contesto è fondamentale il coinvolgimento allargato del privato sociale, dell'impresa etica, del mondo della cultura, dei giovani e dei cittadini immigrati. Le associazioni di immigrati (esplicitamente previste da alcune leggi regionali) sono considerate potenziali agenti di sviluppo per i territori di origine e per le relazioni internazionali delle aree di destinazione. Vi sono stati progetti pilota di cooperazione decentrata mirati alla valorizzazione delle capacità e delle risorse degli immigrati, azioni dirette a creare legami, trasferimenti di *know how*, sostegno a progetti di investimento per le piccole e medie imprese italiane²³. Lo sviluppo viene finalmente recepito non più esclusivamente nei termini della crescita economica, bensì come un processo multidimensionale in cui economia, politica e cultura si intrecciano in modo complesso. Se, da un lato, il concetto di "Sviluppo Umano" elaborato dall'UNDP ebbe il merito di mettere in primo piano il benessere degli uomini, il vertice mondiale di Copenaghen sullo "Sviluppo Sociale" (1995) ebbe il merito di sottolineare la necessità della partecipazione della società civile nelle decisioni riguardanti la collettività e di svelare l'esistenza di una "questione sociale mondiale" -disoccupazione, povertà, esclusione sociale, sono problematiche che, seppur con gradi differenti, riguardano sia i paesi del Sud, sia i paesi del Nord del mondo -. Nel contesto di questi ripensamenti venne riconosciuto alla società civile un ruolo attivo nei processi di sviluppo e nelle attività di cooperazione internazionale. Un riconoscimento che non si esaurisce alle attività realizzate dalle ONG, ma che riguarda anche, in misura crescente, il ruolo delle autorità locali, dei gruppi di base, dei sindacati, delle cooperative, delle

²³ G. LAZZARINI (a cura di), *Etica e scenari di responsabilità*; Franco Angeli, Milano, 2006, 130 ss.

università. La cooperazione decentrata è stata introdotta nelle disposizioni generali della IV° Convenzione di Lomé (ACP-UE) del 1989 e successivamente riaffermata nella Convenzione di Lomé IV° bis del 1995, dove sono state adottate disposizioni specifiche relative alla cooperazione decentrata, realizzata quest'ultima attraverso il concorso di parti attive economiche, sociali e culturali. Tra queste parti attive vengono esplicitamente menzionati i poteri pubblici decentrati. Concetto ribadito dalla Commissione Europea che ha voluto promuovere i diversi programmi provenienti da una vasta gamma di organismi locali e non governativi quali, amministrazioni locali, organizzazioni non governative, associazioni locali, compresi sindacati e cooperative, associazioni femminili e di giovani, istituti di ricerca, organizzazioni religiose e altre organizzazioni di carattere culturale, con l'obiettivo di sostenere e promuovere le azioni tese a valorizzare le risorse umane e tecniche, lo sviluppo locale, rurale o urbano nei settori sociale ed economico dei paesi in via di sviluppo; incrementare l'informazione e la mobilitazione degli operatori della cooperazione decentrata; sostenere le capacità gestionali e progettuali degli attori coinvolti attraverso relazioni di partenariato Nord-Sud. La cooperazione decentrata è un nuovo approccio che tende a valorizzare e non ad annullare la diversità dei popoli, si propone di apportare un contributo significativo alla costruzione di una nuova partnership Nord-Sud fondata sulla visione di co-sviluppo. L'approccio decentrato ambisce inoltre a garantire una maggiore trasparenza decisionale e gestionale dei programmi di cooperazione, e soprattutto una maggiore valorizzazione del particolare *know how* di cui risulta portatore quel tessuto di attori istituzionali, associazioni sociali e professionali, ONG, soggetti economici medi e piccoli che con varia intensità sono presenti sul territorio. Sfuggendo ai limiti degli accordi intergovernativi, le cui dinamiche si presentano inclinate verso una visione top-down dello sviluppo, esso offre una possibilità inedita di giungere a forme di convergenza tra quest'ultima e quella bottom-up, superando una contrapposizione che tradizionalmente ha indebolito in

modo grave le politiche di sviluppo. Come è stato accennato, in precedenza, la cooperazione decentrata si propone, da un lato, come un nuovo approccio fondato sull'idea del co- sviluppo, che permetta di affrontare in modo coerente una molteplicità di aspetti che legano le due o più comunità decentrate coinvolte (non solo i tradizionali campi dell'Aiuto pubblico allo sviluppo, ma anche la cooperazione economica e l'immigrazione extracomunitaria) e dall'altro, si propone di incrementare l'efficacia dell'aiuto e contribuire a ridurre i limiti degli approcci top-down (intergovernativi) e bottom-up (tra ONG). La cooperazione decentrata serve a potenziare le nuove dinamiche locali nei Paesi in via di Sviluppo dove il problema fondamentale diventa «fare del nuovo approccio una realtà concreta»²⁴, rafforzando le capacità delle organizzazioni locali, nella convinzione che siano i principali motori dei processi di sviluppo di tutti territori coinvolti²⁵.

3. *Riflessioni conclusive*

Nel paragrafo precedente, si vede come una delle potenzialità più rilevanti della cooperazione decentrata sia data non solo dalla pluralità di soggetti che essa tenda a coinvolgere ma anche dalla loro eterogeneità, soggetti che si sono caratterizzati nel passato per una forte difficoltà ad interagire ed una persistente propensione a collocare la propria azione su binari differenziati. Le logiche di promozione dell'interesse privato hanno contribuito a rendere le politiche di cooperazione troppo permeabili alle finalità della politica commerciale o della politica estera. Nonostante le caratteristiche dei soggetti coinvolti, si sono manifestate tendenze alla lacerazione, che segnalano l'urgenza di individuare modalità distinte di articolazione

²⁴ J. BOSSUYT; *Decentralised Cooperation and the African Public Sector: Several Players in Search of a Dramatist*, in *ECDPM Working Paper* 94-1; Maastricht, 1994. http://www.oneworld.org/ecdpm/pubs/wp1s_gb.htm.

²⁵ G. CAMPANI, F. CARCHEDI, G. MOTTURA (a cura di), *Spazi migratori e luoghi dello sviluppo: nuove prospettive per la cooperazione internazionale*, Editore l'Harmattan Italia, Torino, 1999.

all'interno dei programmi e dei progetti di sviluppo. La cooperazione decentrata proponendosi di andare al di là di tali incomprensioni, sollecita i diversi soggetti a partecipare, sulla base delle rispettive competenze, ad un comune progetto di sviluppo il cui asse unificante sia costituito dal territorio. In tal modo essa consente di ancorare le politiche di sviluppo allo stesso, in consonanza con le diversità locali presenti all'interno di una stessa realtà nazionale, assicurare la sostenibilità dei processi di sviluppo avviati, attraverso il ricorso ad interventi plurisettoriali basati sull'interazione di molteplici attori istituzionali, economici e sociali. Gli interventi di maggior successo, devono essere concepiti in una cornice strategica chiara (*mission*) assumendo in sé la logica del cambiamento (incrementale o radicale)²⁶ in cui si realizzano le azioni e politiche di sviluppo. La cooperazione decentrata deve costituire una forma di cooperazione flessibile dotata di grande adattabilità alla varietà delle situazioni locali che offre un contributo importante alla promozione di uno sviluppo locale non chiuso ai processi di internazionalizzazione crescente e al rinnovamento più in generale delle politiche di cooperazione. È indubbio che il contesto debba essere pronto al cambiamento e che ci siano le strategie alternative per superare le diverse barriere e la globalizzazione dei mercati con la conseguente diffusione delle nuove tecnologie offre una importante opportunità di sviluppo anche per i paesi più poveri. Gran parte della popolazione dei Paesi in via di Sviluppo appartiene oggi ad economie globalizzate o aperte in vario modo al commercio internazionale. L'apertura dei mercati congiuntamente all'adozione da parte dei governi locali di più efficaci politiche interne consentono di ridurre drasticamente la povertà. Gran parte delle opportunità insite nel processo di globalizzazione sono state colte da quei

²⁶ Il cambiamento incrementale consiste, in una serie continua di progressi che mantengono l'equilibrio generale dell'organizzazione e spesso ne influenzano soltanto una parte; Il cambiamento radicale consiste, in una rottura con il modello di riferimento dell'organizzazione e spesso la trasforma nella sua totalità. Per approfondimenti si veda R. DAFT, *op. cit.*, 2017, 405 ss.

paesi che oggi affollano la schiera dei Paesi Emergenti e che, secondo il rapporto sullo sviluppo Umano dell'*United Nation Development Programme* (UNDP), hanno realizzato risultati apprezzabili in termini di crescita del capitale umano, di miglioramento delle condizioni sanitarie e di accesso ai bisogni essenziali del vivere civile²⁷. Queste prime considerazioni di ordine generale circa la specificità e le potenzialità dell'approccio decentrato conducono al riconoscimento del carattere sperimentale che esso presenta nella fase attuale nei diversi modelli di cooperazione allo sviluppo, il che dà valore prioritario all'esigenza di creare momenti di raccordo e di confronto tra le esperienze in atto nei paesi dell'Unione Europea. Il processo di cambiamento, che si sta avendo attraverso l'implementazione di modelli di cooperazione, passa attraverso una corretta visione delle attività organizzative e dei risultati attesi e dichiarati, valutati e misurati rispetto alle condizioni di contesto, alle competenze disponibili e, non ultimi, ai valori culturali che emergono nella specifica compagine organizzativa. Creare reti di cooperazione decentrata è un modo per favorire la partecipazione degli attori decentralizzati garantendo uno sviluppo reale e duraturo, in quanto per rafforzare le capacità delle popolazioni si può influire sulla politica e produrre dei cambiamenti nella società.

²⁷R. PASCA di MAGLIANO e L. LIGUORI (a cura di), *Cooperazione, integrazione regionale e sostenibilità per lo sviluppo*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2015.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

LUIGI MARIANO GUZZO

Vent'anni di autonomia per l'università

“Magna Graecia”

LUIGI MARIANO GUZZO*

Vent'anni di autonomia per l'università "Magna Graecia"**

Il 2018 è il ventennale dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro. E, quindi, di tutto ciò che l'autonomia dell'ateneo ha rappresentato e rappresenta, ancora oggi, in termini di speranze, di responsabilità, di riscatto per la città capoluogo e per l'intera regione. Un sogno collettivo – perché di questo si tratta – che si concretizza con il decreto del Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica del 29 dicembre 1997, al cui art. 1 prevede: «a decorrere dall'1 gennaio 1998 è istituita l'Università degli Studi di Catanzaro (...)». Vent'anni esatti, per l'appunto. La cerimonia ufficiale di inaugurazione si sarebbe poi svolta il 10 giugno 1998 alla presenza del Presidente del Senato Nicola Mancino e del primo rettore, eletto all'unanimità, Salvatore Venuta. Ed è proprio a Venuta che si deve la lungimiranza e la caparbia nell'ottenere, prima, l'autonomia e, poi, nel realizzare il Campus – che oggi porta il suo nome – in località Germaneto. Pure la scelta di denominare l'atenei "Magna Graecia", secondo quanto testimonia Alfredo Focà, è da addebitare a Venuta, che ha in mente Alcmeone e la sua scuola di Crotona.

Si tratta di tempi che "sono ormai usciti dalla cronaca e sono a pieno titolo entrati nella storia", come scrive Angelo Falzea nel 2006. Tempi che, comunque, proiettano ancora i loro echi nel presente, svelando quella plurale vocazione che, da sempre – è il caso di dire -, anima

* Dottorando di ricerca in "Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo" presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Il contributo è stato pubblicato nell'edizione de "Il Quotidiano del Sud" del 31 dicembre 2017, p. 17, con il titolo: "Vent'anni di Ateneo, sfida superata".

l'università di Catanzaro, intorno alle scienze della vita, in particolare quelle mediche e farmacologiche, e alla scienza del diritto, alla quale, negli anni, si sono aggiunti i saperi dell'economia, dell'organizzazione amministrativa e della sociologia.

Bisogna fare un salto indietro nella storia fino al 1812, quando Gioacchino Murat istituisce a Catanzaro (come pure a L'Aquila e a Bari) le Scuole Universitarie annesse al Real Liceo – ospitato nell'odierno convitto “Galluppi” - per le materie di diritto, farmacia e ostetricia, nonché per i primi quattro anni di medicina. Come ricorda Luigi Marsico, in un articolo del 1964, si trattava di “scuole a livello universitario vero e proprio” che servivano i bisogni di una cultura superiore in Calabria, in Puglia e in Abruzzo, non pienamente soddisfatti dalla sola Università di Napoli. Nel 1849 la direzione delle Scuole passa ai Padri Scolopi e raggiungono il “massimo splendore”. In cattedra si ricordano, tra gli altri, il filosofo Francesco Aracri e il medico e scienziato Giuseppe Vincenzo Ciaccio, mentre, tra i banchi, siedono Bernardino Grimaldi, Bruno Chimirri, Felice Tocco e Francesco Fiorentino. Queste Scuole subiscono un forte ridimensionamento nel 1860, pur rimanendo in piedi i corsi di farmacia, ostetricia e notariato. Ciò fino all'avvento del Fascismo che con la Riforma Gentile sopprime le Scuole Universitarie, mantenendo soltanto quella di ostetricia. Ma il dibattito sull'università in Calabria, prima, durante e dopo il Fascismo, rimane vivo. Tra gli anni Cinquanta e Sessanta si parla della possibilità di un ateneo decentrato nelle città calabresi; una proposta che si frantuma nel 1972 con l'istituzione dell'Università della Calabria, a Cosenza. Nello stesso anno a Catanzaro nasce il Consorzio per la Libera Università, con le facoltà di Giurisprudenza, Magistero e Scienze politiche. L'esperienza si conclude nel 1976 ma riparte, con maggiore energia, nel 1979 con il Consorzio per la Promozione della Cultura e degli Studi Universitari di

Catanzaro, in cui si avviano i corsi di Medicina e di Giurisprudenza. A fondare e a dirigere il Consorzio è il brillante magistrato Salvatore Blasco, che – come ricorda Falzea – “prese l’iniziativa, che poteva apparire temeraria di ripristinare a Catanzaro quella Università della quale era stata privata e lo fece in un ambiente incredulo e indifferente” (a Blasco è oggi dedicata un’aula dell’Edificio di Scienze Giuridiche, grazie ad un’intuizione di Luigi Ventura, già Preside di Giurisprudenza e pro-rettore). La legge 590 del 1982 istituisce l’università di Reggio Calabria, con una sede distaccata a Catanzaro per le facoltà di Medicina e Chirurgia e di Giurisprudenza, che saranno ospitate, fino al 2006, nei locali dell’Istituto Teologico Calabro “San Pio X”. A quelle di Medicina e di Giurisprudenza nel 1991 si aggiunge la facoltà di Farmacia, che si insedia nella zona di Roccelletta di Borgia. L’ateneo catanzarese ha ormai un numero sufficiente di facoltà – tre – per chiedere e pretendere l’autonomia.

A vent’anni dall’autonomia, quindi, quella dell’università di Catanzaro appare come una storia di speranze e di sogni pioneristici che si realizzano grazie al contributo di uomini che hanno visto nel sapere e nella cultura un riscatto possibile per le terre meridionale. Tante singole esperienze individuali che si sono incrociate nel comune obiettivo di offrire una risposta di senso ai cittadini calabresi. Un ulteriore tassello è dato dalla realizzazione del Campus in località Germaneto: un’opera architettonicamente all’avanguardia che si estende per oltre 170 ettari di terreno, inaugurata nel 2004 e funzionante dall’anno accademico 2006/2007. Negli anni il Campus si arricchisce della biblioteca, dell’aula magna, della mensa ... una vera e propria cittadella universitaria che oggi si confronta con i processi di internazionalizzazione della didattica e della ricerca. Dopo la prematura scomparsa di Venuta, nel 2007, come rettori si susseguono Francesco Saverio Costanzo, fino al 2011, Aldo Quattrone, fino al 2017,

e Giovambattista De Sarro, attualmente in carica. Intanto le facoltà, con la riforma Gelmini, lasciano il passo alle Scuole e ai Dipartimenti. E oggi l'università di Catanzaro è articolata nei Dipartimenti di Medicina Sperimentale e Clinica, di Scienze Mediche e Chirurgiche, di Scienze della Salute e di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali, con la presenza di due Scuole, di Medicina e Chirurgia e di Farmacia e Nutraceutica.

Il rettore De Sarro ha già espresso tre fondamentali linee programmatiche del suo mandato: l'«istituzione di un ufficio per la ricerca», la «messa in atto di strategie di internazionalizzazione» e la «promozione di politiche per lo Sport nel campus». Insomma, è una storia che si sta scrivendo ancora giorno dopo giorno. Una vicenda, molto più che ventennale, in cui c'è l'orgoglio di sentirsi protagonisti di un processo di rinascita e di sviluppo del Sud Italia che passa dai centri di produzione della conoscenza. Perché – suona il motto dell'Università “Magna Graecia” – “dubium sapientiae initium”. Cioè, il dubbio è l'inizio della sapienza.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

UMBERTO LA TORRE

In ricordo del Prof. Alessandro Zanelli

In memoria del Prof. Alessandro Zanelli, tra i fondatori del nostro Ateneo, presso il quale ha prestato servizio dal 1984 al 2005, un ricordo del Prof. Umberto La Torre, ordinario di Diritto della navigazione, che con Lui ha collaborato per oltre quindici anni, prima di subentrargli nell'insegnamento di questa disciplina.

Il ricordo di Alessandro Zanelli è condiviso da tutti i Colleghi che hanno avuto modo di apprezzarne la dedizione al lavoro, l'attaccamento al territorio mai disgiunti da una profonda umanità.

UMBERTO LA TORRE*

In ricordo del Prof. Alessandro Zanelli

Il 28 dicembre 2017 si è spento Alessandro Zanelli, Professore associato di Diritto della navigazione presso l'Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro.

Nato a Perugia il 21 dicembre del 1939 e conseguita la laurea in Giurisprudenza presso l'Università «La Sapienza» di Roma, Alessandro Zanelli, ha svolto, sotto guida del Prof. Antonio Lefebvre d'Ovidio, accurati studi in tema di trasporti, proseguiti al fianco del Prof. Ludovico Matteo Bentivoglio, Direttore dell'Istituto di Diritto della navigazione presso l'Università degli Studi «La Sapienza».

Successivamente Alessandro Zanelli ha ricoperto il ruolo di assistente ordinario di Diritto della navigazione dal 1974, partecipando, in veste di componente della delegazione italiana, alla stesura della Convenzione internazionale di Ginevra promossa dalle Nazioni Unite nel 1980 sul trasporto intermodale di merci.

Pubblicati i «*Profili giuridici della caricazione e della scaricazione di merci*» (Reggio Calabria, 1984) ed altri scritti minori, Zanelli, conseguita, l'idoneità a professore associato, ne ha ricoperto il ruolo, dal 1985, presso l'allora Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Reggio Calabria, con sede a Catanzaro, di cui è stato uno dei fondatori.

Professore associato di Diritto dei trasporti fino al 2001 presso l'Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro, ormai autonoma da Reggio Calabria, con l'attivazione del Diritto della navigazione, transita, dall'anno accademico 2001-2002, su tale insegnamento, ricoperto sino al novembre del 2005.

* Professore ordinario di Diritto della Navigazione presso l'Università «Magna Græcia» di Catanzaro.

Presso l'Ateneo catanzarese è stato inoltre supplente, dal 1990 al 2005, di Diritto delle Comunità europee e poi di Diritto dell'Unione europea, e coautore, con Giuseppe Romeo, di un manuale dal titolo «*Profili di diritto dell'Unione europea*», Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2002.

È stato inoltre Redattore della rivista *Diritto dei Trasporti*, diretta dal Prof. Leopoldo Tullio e fondata nel 1989, da allora al 2005.

Tratto distintivo della figura di Alessandro Zanelli è stato certamente il suo rapporto privilegiato con gli studenti, che ne hanno apprezzato la rigorosa e, al contempo, serena severità durante gli esami di profitto, nella predisposizione delle tesi di laurea e in tutte le altre attività inerenti alla cattedra.

Egli è stato precursore di metodologie di studio nuove, sperimentando un approccio aperto verso il coinvolgimento di gruppi di studenti ogni anno più folti, oltre che di colleghi di altre discipline.

Il Suo ruolo di Docente è stato caratterizzato dalla riconosciuta capacità di suscitare l'interesse degli allievi nelle attività scientifiche e didattiche, rendendoli protagonisti di un progetto condiviso di Università fortemente radicato nel territorio che Egli, vissuto a Roma, ha amato profondamente. E proverbiali restano le Sue prese di posizione verso chi mostrava di condividere apodittiche valutazioni critiche sulla Calabria, da Lui considerate alla stregua di un'offesa personale, o verso chi non si dimostrava, a Suo dire, fiero delle sue origini calabresi.

In tal guisa il Prof. Zanelli ha coordinato seminari ed incontri di studio con raccomandatori marittimi e dirigenti di compagnie aeree, responsabili dei servizi di sicurezza e comandanti di porto.

Di non minore interesse le visite guidate presso strutture di imprenditori ed operatori del trasporto, comprese quelle presso il mega-porto container di Gioia Tauro, oggi sede di Autorità di Sistema Portuale.

In tale prospettiva emerge una delle prerogative del Suo ufficio, attento al confronto tra il mondo scientifico e quello del lavoro, che ha consentito ad Alessandro Zanelli di intuire, con lungimiranza, la necessità, ineludibile per

il nostro Ateneo, di confrontarsi con la realtà viva del mondo delle professioni.

Antesignano della «terza missione» dell'Università, a Lui si deve la fitta trama di rapporti di scambio e collaborazione scientifica intessuta con la Sacal S.p.A., culminati nella sottoscrizione, nel 1998, di un Protocollo d'intesa, mediante il quale si è creato un legame stabile tra l'Università e l'Aeroporto di Lamezia Terme. Questo proficuo collegamento con la realtà viva del mondo del lavoro, ha aperto nuovi sbocchi per attività professionali specialistiche, svolte, nel corso degli anni, da promettenti studenti e laureati.

Appassionato di nuove tecnologie, è stato, tra i primi nella nostra Facoltà, a cogliere le utilità offerte dai progressi intervenuti nell'informatica, così contribuendo a costituire e potenziare banche dati in grado, nel volgere degli anni, di rendere disponibili, a docenti e studenti, archivi aggiornati ed affidabili, oggi, indispensabile supporto per la redazione di monografie, saggi, articoli di rivista e note a sentenza, oltre che per la stesura delle tesi di dottorato di ricerca e tesi di laurea.

Si spiega quindi, tra gli altri incarichi, l'affidamento della direzione della biblioteca. In una visione attenta alla tradizione e, al tempo stesso, indirizzata verso la modernità, Egli ha concentrato i suoi sforzi orientandoli sia verso l'incremento del materiale librario esistente, sia verso l'informatizzazione dei servizi, per rendere più fluidi acquisto, catalogazione e gestione di volumi e riviste giuridiche specializzate.

Alessandro Zanelli è stato anche appassionato organizzatore di incontri di studio, seminari ed attività a supporto della didattica: tra i convegni di maggior rilievo una menzione a parte meritano «*Le vacanze "tutto compreso": un'opportunità per il turismo in Calabria*», svoltosi a Soverato (CZ), l'11 maggio 1996; «*La riforma del trasporto pubblico locale: il d. lg. 422/1997*», svoltosi a Catanzaro il 20 e 21 marzo 1998; «*Inquinamento del mare e sicurezza della navigazione*» che ha avuto luogo a Santa Severina, Crotona, il 14 e 15 giugno 2002, ed i cui Atti sono stampati nella Collana

delle *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza*, vol. 55, ESI, Napoli, 2004. Di rilievo, inoltre, l'incontro di studio su «*Il codice della nautica da diporto: commento al d. lgs. 18 luglio 2005, n. 171*», realizzato nel nuovo Campus Universitario di Germaneto il 9 ed il 10 giugno 2006. Gli Atti sono pubblicati, in collaborazione con U. La Torre, sulla *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2008, www.giureta.unipa.it. Una menzione particolare è doverosa per Alessandro Zanelli nella sua qualità di componente del Collegio dei docenti del «*Dottorato di ricerca in Diritto della navigazione e dei trasporti*», il primo dottorato specialistico attivato (dal IV ciclo) nel nostro Paese in materia di navigazione e trasporti, di cui la nostra Università è stata sede consorziata (insieme alle Università degli Studi di Roma «La Sapienza» e Cagliari) per oltre tre lustri. Di questo dottorato Alessandro Zanelli è tra i promotori, insieme al coordinatore del corso, Prof. Elio Fanara, ordinario nell'Università di Messina. Il Prof. Zanelli ha inoltre collaborato all'attivazione del corso di Diritto dei trasporti presso il polo didattico di Reggio Calabria, prima che questa divenisse autonoma sede universitaria.

Di fronte a tali sforzi non è facile indicare quale, tra le tante, può essere indicata come la principale qualità di questo Docente, schivo e disponibile, scontroso ed aperto al tempo stesso. Tutti lo ricordano per la sua capacità di porsi quale elemento di aggregazione tra colleghi e studenti, sempre entusiasta nel cimentarsi verso nuove attività.

Mancherà a ciascuno la Sua capacità di affrontare attività scientifiche e didattiche con lo stesso vigore, ma resterà impressa nella memoria di tutti noi, la Sua determinazione verso il raggiungimento di nuovi traguardi.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

DOMENICO BILOTTI

I cromatismi dell'anarchia. Battaglie per la libertà

M. La Torre, *Nostra legge è la libertà. Anarchismo dei
moderni*, DeriveApprodi, Roma 2017, 282

I cromatismi dell'anarchia. Battaglie per la libertà

I.

Dieci anni addietro sostenni che il pensiero di Massimo La Torre poteva stare in una triade concettuale di originale combinazione: "anarchismo politico, ragionamento morale, filosofia analitica". Nell'ultimo decennio questa triade si è misurata con due serpenti velenosi: il neohegelismo, che anche quando si appoggia alle teorie di Mao o Lenin difficilmente sa farsi strumento di liberazione; l'aggressione violenta ai diritti sociali non tanto quanto indici di spesa (per quello bastano le "forbici"), ma soprattutto quali indici normativi della pretesa di prestazione (av)verso l'autorità. Non stupisce che La Torre torni oggi sul luogo del delitto: al cadavere della libertà si sta facendo lo scempio che il diritto di guerra degli Achei aveva negato. Alle potenzialità costituenti della responsabilità personale stanno mettendo nuove catene, sicché essa si muove incerta e sovente servile tra il consumo, l'illusione e la nevrosi. In forza delle suesposte ragioni, il recente volume "Nostra legge è la libertà. Anarchismo dei moderni" (per i tipi di Derive Approdi, Roma, 2017) costituisce contemporaneamente una prospettiva d'analisi autentica e fondata sull'anarchismo politico e una approfondita ricerca sui profili di attualità tanto dell'anarchia nella società odierna, quanto del diritto nella costruzione anarchica della società medesima. E per fortuna si può anticipare che al volume di La Torre mancano tre "oggetti", invece inflazionati in recente pubblicistica di argomento affine. Manca l'annosa problematica di stabilire se sia nato prima l'uovo o la gallina (se sia stato il

* Docente di Diritto e Religioni presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

pensiero della modernità a precedere ontologicamente la formazione della sua opposizione elettiva o se sia stato invece il pensiero libertario a creare istituzioni giuridiche di nuovo conio in grado di frantumare le strutture di Ancien Régime: i due motivi coesistono). Manca l'apologia dell'anarcoliberismo, che La Torre *expressis verbis* espunge dal pensiero anarchico sulla base di due argomentazioni molto più profonde delle apparenze. L'anarcoliberismo non ha nulla di coerentemente anarchico non (o "non solo") perché esprima un pensiero di conservazione e reazione, ma soprattutto perché esso rinuncia a qualsiasi discussione contro la fondazione dell'autorità, limitandosi a negare la pretesa dello Stato di esercitarla in esclusiva. Se trattasi di anarchismo, è anarchismo monco (cioè: non è anarchismo, allora) perché non rifiuta affatto l'autorità del mercato e le relazioni di dominio che sono a base di una contrattazione privatistica libera quanto si vuole, ma per definizione sperequata a vantaggio del più forte. E mancano, infine, le troppe parole riservate nella pubblicistica anglosassone, francese e ormai anche italiana al "post-anarchismo", che rappresenta senz'altro filone di indagine brillante, di una certa forza critica e di un orientamento tenace soprattutto dal punto di vista descrittivo, ma che tenta di incrociare generiche petizioni di principio per l'anarchismo con i filosofi francesi del XX secolo, senza curarsi troppo della coerenza dell'innesto. O la richiesta di una società antiautoritaria si segue fino in fondo negli Autori di cui si tratta, o istituire parallelismi autoprobanti, autoevidenti e autoreferenziali non funziona.

Il volume di La Torre, inoltre, non è un diario affettivo dell'anarchismo scritto da un filosofo del diritto, ma una inchiesta in termini di teoria del diritto sulla raffinatezza e sulle opportunità filosofiche dell'anarchismo. Come usava dire manualistica d'altri tempi, "la differenza è sensibile". L'A., peraltro, assecondando una sorta di understatement accademico, spiega che il testo raccoglie materiali apparsi prima qua e là in trentacinque anni di ricerche. Chi però quei materiali conosce e ha letto ha facilità a rilevarne le evoluzioni, gli ulteriori sentieri battuti e soprattutto la

continuità argomentativa che rende l'iter concettuale comunque molto coeso e molto poco antologico. Non potendosi dar conto di tutti gli Autori sezionati nel volume, né delle riviste compulsate nelle nutrite appendici bibliografiche che intervallano il passaggio tra un capitolo e l'altro, si preferisce in questo caso sottolineare la bontà dell'operazione antiretorica di La Torre sulla base di alcuni pensatori, "campioni d'anarchismo", "giganti del canone", di cui si ripristina una lettura anticonvenzionale e non derivativa.

II.

Nel capitolo su Godwin, in primo luogo, colpisce la riflessione su un anarchismo di tipo federativo che vede il compimento di un ordine anarchico (curioso ossimoro che l'anarchismo non ha mai superato, facendone anzi sua base non dichiarata) in una federazione di piccoli ordinamenti autonomi, ciascuno dei quali libero quanto al proprio funzionamento interno. Si tratta di un aspetto talvolta sottovalutato nel pensiero di Godwin, del quale è invece molto più nota la riflessione (che La Torre sviluppa in sede di conclusioni) sulla necessaria empatia nelle relazioni umane. Siamo simili immersi tra simili, perciò naturalmente esposti, impossibilitati a sottrarcene, al sapere e al potere prendere le parti e le ragioni dell'Altro. I due temi sono legati a filo doppio, perché il federalismo contemporaneo di Godwin era dichiaratamente proprietario e mirava a ridurre l'autorità per aumentare la proprietà. A Godwin della rivendicazione proprietaria come atto di emancipazione dai vincoli comunitari interessa molto poco, anzi è sostenibile dedurne che Godwin vi sarebbe risolutamente contrario.

Approfondito sulle fonti pure lo studio dedicato a Stirner che l'A. concepisce in primo luogo come necessità di allontanarsi dalla letteratura di secondo grado (copiosa, introflessa e compiaciuta) su Stirner stesso. Che si sia al trionfo del ritorno alle vive voci dei pensatori La Torre lo enfatizza nella caustica chiosa conclusiva, dove si riporta lo Stirner beffardo che si

dichiara in grado di ridere della propria sconfitta: esatta antitesi del pensatore borioso, lunatico, afasico ed ermetico che, a imitazione heideggeriana, troppe volte ci è stato rappresentato.

Ci sono parti molto interessanti dedicate, poi, a Bakunin e a Kropotkin, parti che denotano pure quella felicità di scrittura che si anticipava prima. Se è facile all'A. spogliare Bakunin dal mantellaccio picaresco che tuttavia ne ha decretato la fortuna, più sottile l'operazione critica che La Torre dedica a Kropotkin. L'osservatore sociale, che in "Campi, fabbriche, officine" preconizza l'integrazione della vita rurale in quella urbana e la progressiva perdita di capacità ordinatrice della distinzione tra lavoro manuale e lavoro intellettuale dal punto di vista teorico (e teorico-giuridico), ci appare alla fine quasi deludente, perché fondamentalmente avvinto in una contraddizione non di poco momento. Da un lato, Kropotkin è devoto al positivismo scientifico e alla sua ottimistica, quasi escatologica, lettura della natura, come entità alla quale ricondursi; dall'altro, però, questo affidamento per saltum smette di essere scienza e si fa al più religione della scienza. Religione muta rispetto alle dinamiche trasformative che ogni processo rivoluzionario mira a instaurare (per quanto anche l'instaurazione di una dinamica abbia un che di ossimorico e paradossale).

III.

Per chi si occupa di diritto, sono molto più interessanti i passaggi dedicati a Proudhon e alla contesa teorica tra Malatesta e Merlino. Di Proudhon, anzi, l'A. fa un ritratto ancora una volta antiretorico, ma dal quale ci saremmo aspettati qualche maggiore frustata contro le scivolate nel luogo comune in cui anche Proudhon incorre quasi impattando lo spirito dei tempi. Come per tutti i polemisti, anche quelli che abbiano il maggior anelito sistematico, a Proudhon capita di abbeverarsi al mefistofelico torrente della vulgata, dove all'epoca il motivo antiggiudaico e quello misogino avevano una loro frequenza: Proudhon talvolta vi cade,

senza farsene promotore beninteso, ma dimostrandosi non del tutto mondo alla chiacchiera e alla gergalità. Davvero strano per l'Autore di una teoria democraticamente sostenibile della contrattazione, nella quale sono diffusamente analizzate le condizioni che devono secondare la pariteticità di tutti i contraenti (una contrattazione che a un vincolo sinallagmatico di tipo eteronomo preferisce lo scambio commutativo autonomo). E bene fa La Torre a ricordare come Proudhon non fosse affatto indifferente al diritto, nemmeno al diritto politico dell'organizzazione di uno Stato: la giustizia e l'idea di un regime - di una forma dell'ordinamento della socialità - in Proudhon non scompaiono, anzi dal Proudhon sono acutamente difese.

Lungo un crinale in fondo simile si gioca la contesa teorica dell'anarchismo italiano, alla fine del XIX secolo, tra Malatesta e Merlino. Questi ultimi contendono su due argomenti e con tutto il realismo del caso bisognerebbe riconoscere come nessuno addivenga a una soluzione definitiva: sanzione e voto.

Nella società anarchica esiste la pena? Se esiste la pena esiste un reato? Se esiste un reato esiste un diritto penale? Se esiste un diritto penale esiste la coazione? Ma allora, se coazione può esserci, siamo o meno in una società anarchica? Il più in difficoltà a tenere testa a questi argomenti e a fornire giustificazioni sulla probabile sopravvivenza della pena nell'anarchismo è Malatesta, ma Merlino, anche per formazione giuridica, è più attento pure a difendere quella costituzione politica del voto che, secondo declinazione democratica, lo erge a "diritto-dovere". Il voto è altro tema su cui l'anarchismo ancora dibatte, se a molti suscita disappunto e perplessità che oggi Chomsky si batta a turno per promuovere il voto in referendum o consultazioni locali. Dalla teoria del voto intesa come teoria della partecipazione politica necessariamente discende una teoria di ciò che usualmente definiamo diritto pubblico (l'organizzazione normativa delle conseguenze di quella partecipazione). E, tutto sommato, Merlino forse più consapevole del pur suggestivo Malatesta nell'attività teoretica, è

inoltre più lungimirante a leggere la sua realtà: il timore del colpo di Stato che muove le sue posizioni sui diritti elettorali è il riconoscimento di una pulsione autoritaria che aleggia già nella consunzione del modello liberale unitario, classista e confessionista, alla fine dell'Ottocento. Ne potremmo con azzardo invero modesto concludere che Mussolini, meno di un trentennio più tardi, non fu il promotore ideale di quell'autoritarismo (ruolo che infatti il pubblicista social-democratico Heller gli nega), ma molto più "banalmente" - à la Arendt - il più vigoroso a premerne il bubbone.

Ben oltre questa digressione sull'interpretazione dei presupposti materiali del fascismo, La Torre parteggia per Merlino e lo fa pure con lo sguardo ben presente nella realtà odierna, dove ha il coraggio di non ritenere affatto di retroguardia la battaglia per la difesa dei diritti di libertà, come lungamente si argomenta nella parte conclusiva del testo, che forse rappresenta la vera dichiarazione d'intenti dell'opera.

IV.

Il nostro immaginario politico, come prodotto della percezione comune, si è asciugato fino a farsi esangue e arido. Sulla base dei nostri convincimenti personali, il liberalismo democratico o è ridotto quasi a fantoccio carnascialesco sotto cui nascondere ogni malintesa costruzione teorica (una morale cattolica premasticata, una idea antiegalitaria della politica economica o una visione indifferente del mondo che cambia) o è il vampiro che porta in sé lo sciacallaggio delle guerre globali, della segregazione e dei conflitti internazionali. La Torre propone tutt'altra strada. Il liberalismo che "vede" La Torre però non è un liberalismo utopico: in esso c'è spazio per le lotte sociali, per l'entropia della comunicazione e per l'empatia verso le sofferenze degli "umiliati" e degli "offesi"; è una democrazia in movimento, palpitante, coraggiosa. Totalmente laica quando si proietta sullo spalanco delle paure di ciascuno e anche quando cerca la giustizia a beneficio di chi non la ha. Non le

appartengono le asettiche interpretazioni rawlsiane che fanno della deliberazione un involucro fungibile a non meglio precisata contrattazione. E non le appartengono i regressi habermasiani su agenzie eteronome che ci muniscono di un senso che altrimenti sarebbe estraneo alla nostra intima libertà.

Conseguentemente il liberalismo che fa da guaina mielinica a questa democrazia realmente non è utopico, semmai è esponenziale, progressivo. Un liberalismo politico che incontra al futuro l'anarchismo: in esso è destinato a proiettarsi, se correttamente inteso, per un'avvincente semina di libertà. Questo liberalismo di proiezione è allora al più un liberalismo distante, perché ancora in costruzione, opus che va edificandosi (nel senso riflessivo e anche nel senso normativo: "che deve essere edificato"). A La Torre è ben riuscito il prospettare questa deontica del liberalismo democratico per ragioni comprensibili: per vederla, direbbe Newton, si è seduto sulle spalle dei giganti. I classici dell'anarchismo, che ci fanno dono delle loro opere e delle loro clavicole, restando in metafora, per farci osservare "ultra"; oltre, più che al di là. In profondità senza rassegnazione. Non per testimonianza archivistica o figurativamente martiriologica, semmai per capire come, e con quale etica, "abolire lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo".

Nota: il volume è sobriamente dedicato a Placido La Torre, che nella memoria di tanti ancora porta la domanda etica dell'anarchia nelle grigie aule dei tribunali. Come chi guida una spedizione con la fiaccola in mano. Il giorno dovrà pur arrivare.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

JESSICA MAZZUCA

***Infrangere le regole nel rispetto delle regole: le
vocazioni contigue di diritto e musica***

M. Brunello, G. Zagrebelsky, *Interpretare: dialogo tra
un musicista ed un giurista*, Il Mulino, Bologna, 2016



JESSICA MAZZUCA*

***Infrangere le regole nel rispetto delle regole: le vocazioni
contigue di diritto e musica***

Mario Brunello, Gustavo Zagrebelsky

Interpretare: dialogo tra un musicista ed un giurista

Il Mulino, Bologna, 2016

In apparenza il nesso diritto-musica suona improprio. Ma, se andiamo in profondità, il suono muta, rivelandosi più di una semplice suggestione. La musica è flusso, movimento, e per farla scorrere i compositori non mettono in fila solo dolcezze: al contrario, il sistema tonale, con il quale conviviamo da circa 500 anni, prevede che si realizzino scontri, battaglie, e suggerisce come via di uscita gli “accordi”, destinati a spiegare una funzione risolutiva. Così, anche per il diritto i “ritmi” possono essere estremamente complicati, purché poi ci siano momenti di concordia, o almeno “disegni musicali” così ben articolati che, quand’anche all’interno sia tutto un pulsare, l’ascoltatore sia in grado di percepirli come superfici continue, portando il tutto a finire con la stessa nota.

La capacità di fondere una visione d’insieme, legittimando un’analogia tra diritto e musica, con tutti i distinguo e le sfumature possibili, è presente nel proficuo e suggestivo dialogo tra il musicista, Mario Brunello, ed il giurista, Gustavo Zagrebelsky¹, leggibile come porta d’ingresso ad una visione che unifica fluidità e frammentazione attraverso la mediazione interpretativa.

*Dottore di ricerca in “Teoria del diritto ed ordine giuridico ed economico europeo”, Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

¹ M. BRUNELLO, G. ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Il Mulino, Bologna, 2016.

L'idea che anima e fa vibrare le corde della conversazione è l'ineluttabilità dell'attività interpretativa che, rispetto alla fenomenologia del reale e al suo naturale divenire, risulta «*termine di confronto con cui chiunque lavori sul terreno delle scienze umane, e forse anche delle scienze positive, non può non misurarsi*»².

L'interpretazione ci dà la possibilità di viaggiare nel tempo, luoghi perduti o cambiati, consentendo alla nostra mente di aprirsi al dialogo con gli scatti che i testi normativi, musicali, teatrali, scientifici, contengono. L'interpretazione offre l'opportunità di ritrovarci in contesti storici, sociali, culturali ed economici vissuti da uomini di quel tempo, regalandoli ad un altro essere umano, quello di oggi. L'interpretazione ci rende partecipi del momento in cui quel viaggio viene messo in atto, perché «*non implica distanza, non si può applicare a qualcosa, ma è sempre un'azione carica di umanità*»³. E di questo ne è convinto persino Nietzsche quando legittima l'idea che l'esperienza umana, nella sua tendenziale complessità, si rivela segnata dal metro interpretativo di ogni suo peculiare atteggiarsi.

In questo orizzonte va situata l'avventura di Mario Brunello e Gustavo Zagrebelsky, che potrebbe essere scandita in due passaggi: dapprima la semplificazione, poi la ricerca della "naturale" complessità dell'opera dell'interprete. Si osserva, così, come il campo d'indagine di ogni interpretazione abbia come punto di partenza il rispetto e la dedizione verso il testo. In questo senso, le leggi, come le note musicali, sono l'ultimo gesto di un uomo, del tempo che vive, delle sue tradizioni, e per gli interpreti, diventano il primo gesto per ridare vita a quel testo di legge o brano musicale.

Prima di tutto c'è il rispetto per la partitura ed il testo di legge che sono la mappa da seguire, senza restarne in balia.

Per tale ragione, è necessario dapprima, accostarsi alle idee originarie del "compositore", indagare sulle sue esperienze, studiare il contesto che lo

² G. VATTIMO, *Tempo d'interpretare*, in "La Stampa", 2 aprile 1989, 3.

³ M. BRUNELLO, G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 11.

circonda. Dopo, ha inizio un viaggio animato dal desiderio dell'interprete di portare il suo lavoro verso trame ospitate da una scenografia formata da parole, segni e simboli portatori dello spirito del suo tempo, per diventare una sola cosa con la sua opera. Entro la cornice delle regole giuridiche e delle note musicali aleggiano, infatti, le scelte quotidiane, il rapporto tra rischio, certezza e incertezza, la possibilità di essere protagonisti o semplici ascoltatori, il senso della storia. L'interprete ha, dunque, il compito di far esprimere al meglio quello che ha intorno, ma senza dimenticare le basi su cui è stato costruito.

Pertanto, quello che può sembrare un gesto automatico e meccanico per l'interprete, come perfetta combinazione tra ripetizioni programmatiche, reminiscenze tradizionali e rinvii concettuali, non deve indurre a pensare che l'opera sgorga in maniera inconsapevole, come una sorta di automatismo incontrollato. È piuttosto un processo di armonie e disarmonie che si trasforma in un invito ad usare il pensiero critico, passando per l'esperienza. La sostanza, insomma, sta nell'atto compositivo. Sicuramente, nella modernità è prevalsa l'idea del totale controllo dell'attività ermeneutica, legittimando così una concezione dell'opera interpretativa irrimediabilmente marcata, nella propria struttura profonda, dal carattere statico e meccanico di ogni pensiero, azione, accadimento⁴.

Tuttavia, oggi, anche nei settori più tradizionali, l'attività interpretativa è più «forte di qualsiasi volontà di pietrificazione»⁵, pienamente giustificata dalla necessità di garantire, specie sul piano del diritto, piena rispondenza agli interessi oggetto di tutela. Ne costituisce riprova l'avvertita esigenza di agire su quella parte del diritto che non si può vedere, ma che possiamo, in un certo senso, ascoltare e percepire: i principi e i valori. Ciò comporta che

⁴ Sul terreno metodologico, siffatta ricostruzione si traduce nell'impossibilità, per l'interprete, di ricondurre a sistema le cangianti spinte dell'esperienza umana, che di volta in volta si pongono alla base delle scelte legislative, o di enucleare da esse quei principi che aleggiano nella vita reale, ma sfuggono a tale staticità strutturale.

⁵ M. BRUNELLO, G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 22.

se i giuristi moderni dovevano basare tutto sul testo proposto (o meglio, imposto) dal legislatore, inadeguato, nella sua tendenziale fissità, rispetto al passo evolutivo della vita, oggi, invece, l'ermeneutica contemporanea evidenzia l'incessante e crescente fisiologica dinamicità del fenomeno interpretativo, in stretta connessione con la situazione che in concreto invoca attuazione.

Così, si scopre che l'attività interpretativa è sfuggita oltre il recinto dalla forma regolare, precisa e rassicurante delle regole, per riemergere in un altrove e riportare al primato la realtà, la vita, ma senza azzerare ogni sovrastruttura cristallizzata nei principi regolativi. Questo è, oggi il punto di partenza di ogni interpretazione in quanto «*solo così si ridà vita a testi che altrimenti sarebbero incrostati da segni oppressivi*»⁶.

La considerazione vale anche per il mondo della musica, dove si individua lo spazio tematico in cui si concretano il dinamismo e la flessibilità, e si supera l'illusione che la musica significhi solo se stessa, perché, invece, può trascendere la materia che la produce⁷. Come il giurista attua l'intermediazione necessaria e vitale fra la proposizione astratta della disposizione normativa e la ineludibile concretezza storica, anche il

⁶ *Ibidem*, 45.

⁷Sottolinea la rilevanza delle relazioni fra interpretazione giuridica e interpretazione musicale Emilio Betti che, nell'introdurre la distinzione tra tre funzioni fondamentali dell'interpretazione, la funzione ricognitiva, quella riproduttiva e quella normativa, (sviluppata di seguito nei volumi *interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Giuffrè, Milano 1971, e *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), Giuffrè, Milano 1990, Parte II, Cap. VII, pp. 697-788), dedica ampio spazio al tema dell'interpretazione musicale e al raffronto con l'interpretazione giuridica. Anche Salvatore Pugliatti, da esperto musicologo, oltre che da giurista, ha dedicato grande e profonda attenzione al tema dell'interpretazione musicale: cfr., S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, Secolo Nostro, Messina 1941; L. FERLAZZO NATOLI, *Letteratura & diritto. Scritti su Salvatore Pugliatti*, Giuffrè, Milano, 2002, 125-141. Più di recente, sul dibattito sviluppatosi sul tema, v. M. COSSUTTA, *Sull'interpretazione della disposizione normativa e su i suoi possibili rapporti con l'interpretazione musicale*, in *Tigor, Rivista di scienze della comunicazione*, 1/2011, 101 e ss.

musicista si innalza al di sopra del testo, perché chiamato risolvere difficili problemi ermeneutici, *i quali reagiscono su un risultato esecutivo, rendendolo più o meno “coerente”, “originale”, “convincente”; o al contrario “incoerente”, “banale”, “non persuasivo” o persino “offensivo”*⁸.

Il che va a significare che l'interpretazione non si esaurisce in una mera attività riproduttiva, cedevole alla chimera dell'astrazione tecnica e della neutralità, bensì “produttiva”, quale garanzia contro formalismi e saperi logici-deduttivi⁹.

Naturalmente, la fisiologica natura “creativa” dell'interpretazione non va confusa con vaghezza, incertezza, o addirittura arbitrio, bensì rappresenta un valore, perché permette all'interprete di colmare la distanza (non il vuoto) tra l'interprete e l'opera, e di valorizzare le situazioni di fatto nelle loro molteplici sfumature. Lo scarto, in termini di apparente disordine, che si crea fra l'opera nella sua purezza e la libertà dell'interprete ritagliata sulle peculiarità contingenti, è ciò che consente di pervenire ad un'adeguata comprensione del testo, in modo tale da “vivere” concretamente nei diversi contesti storici e culturali di riferimento. Questo vale, sia pure con diverse modalità ed implicazioni, sia per l'interprete musicale che per il giurista interprete.

In tal senso, la capacità dell'interprete di abdicare alla rigidità dell'approccio analitico, in favore di un modello storico ed ermeneutico, così guadagnando in termini di leggerezza, flessibilità, rapidità ed esattezza, consente di

⁸ In questi termini, G. RESTA, *Variazioni comparatistiche sul tema diritto e musica*, in *Comparazione e diritto civile*, 2

⁹ Su queste basi teoriche giova, altresì, dare atto del recente dibattito dottrinario, vivificato soprattutto in seno ai teorici civilistici, teso a evidenziare l'autosufficienza della prassi interpretativa ed anche argomentativa, e quindi, la legittimazione del giurista a tradurre le pretese in diritti, come sottolinea A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2013, 350, ove afferma che «[...] alla domanda di partenza (cos'è il diritto) bisogna partire dal problema, non dal sistema, e la risposta del giudice è costruzione, non constatazione. L'ordinamento non è fenomenologia di diritti soggettivi già posti dal diritto oggettivo, ma di pretese giudizialmente perseguibili».

riempire la “distanza” (storica, culturale, sociale) che lo separa dall’opera, sia essa una legge o una partitura musicale: «*i segni del testo possono essere soltanto il veicolo attraverso il quale l’interprete può pervenire alla piena intelligenza dell’idea che mosse il compositore o il poeta. L’interprete poi, se vuole rievocare o ricreare l’opera del compositore deve trovare quell’unica ed inedita parola che esprime il mondo dei propri sentimenti, del quale entra a far parte anche l’opera da interpretare, divenuta anch’essa un momento della sua esperienza*»¹⁰.

Sicuramente, nel rapporto fra testo e interprete, il pubblico non è un elemento neutrale, ma è direttamente coinvolto nel processo ermeneutico. In quanto parametro di riferimento di ogni interpretazione, come destinatario e come elemento costitutivo, attribuisce una connotazione sostanziale all’interpretazione. La considerazione svela, invero, come negli ingranaggi dell’attività ermeneutica si concreti non un rapporto bilaterale testo-interprete, bensì trilaterale testo-interprete-pubblico, laddove l’impiego del pubblico, affrancato da tentazioni nichiliste e formaliste, richiama l’interprete al suo precipuo compito, di favorire la più feconda osmosi tra testo e contesto¹¹.

Sulla scorta di queste riflessioni che precedono, va detto, a scanso di equivoci, che l’approccio interpretativo non avanza di per sé la pretesa di fornire un paradigma per individuare la soluzione giusta. Il senso dell’interpretazione è da ricercare nell’opera dell’interprete, il quale, lungi dall’arrendersi alla apparente perfezione del dato obiettivo, raccoglie la sfida e traduce il dato in potenza.

In tal modo, non ha senso parlare di un metodo interpretativo corretto, disancorato dall’attualità contingente, per essere colto solo nella sua coerenza formale. Invero, perché l’opera possa vivere è necessario porla in

¹⁰ S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 59

¹¹ Sull’esame delle relazioni fra testo e contesto si segnala il contributo di A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, Giappichelli, v.I-II, Torino, 2015

perenne dialettica tra «*eternità di valori e contingenza*»¹², per scongiurare il pericolo di fissità e trasformare il testo in duttile strumento conformante i rapporti sociali ed il vivere civile.

Da questo angolo visuale, l'approccio interpretativo svolge senz'altro una funzione critica, indispensabile per seguire il senso e la fluidità del divenire reale, sebbene sempre nel rispetto dell'idea originaria.

¹² E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., 848



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2017

FRANCESCO ROTIROTI

**Il nuovo tardoantico e la storia del diritto
medievale. A proposito di un manuale recente**

L. Loschiavo, *L'età del passaggio. All'alba del diritto
comune europeo (secoli III-VII)*, Giappichelli, Torino

2016, pp. XXVI, 262

FRANCESCO ROTIROTI*

Il nuovo tardoantico e la storia del diritto medievale.

A proposito di un manuale recente

Luca Loschiavo, *L'età del passaggio. All'alba del diritto comune europeo (secoli III-VII)*, Giappichelli, Torino 2016, pp. XXVI, 262

I.

Un interesse diffuso per la cosiddetta tarda antichità – cioè per quel lungo periodo che va dal III al IX secolo e che il consenso scientifico prevalente tende adesso a descrivere come l'età della “trasformazione del mondo romano”¹ – caratterizza ormai da diversi decenni il panorama degli studi antichistici e di quelli medievistici; impegnati nel rilievo di quegli elementi culturali e istituzionali comuni sul cui fondamento è stata edificata l'Europa, i più recenti indirizzi del suddetto interesse storiografico parrebbero meritevoli della precipua attenzione del giurista e, segnatamente, dello studioso di quella disciplina che oggi va sotto il nome di “Storia del diritto medievale e moderno”. Sennonché, mentre fiorenti scuole di pensiero – in Italia e all'estero – provvedevano a rivoluzionare la comprensione dell'alto medioevo europeo, la storiografia giuridica italiana era ormai pervenuta a un complessivo atteggiamento di disinteresse nei confronti del medesimo periodo², privando in questo modo il dibattito

* Dottorando in “Teoria del diritto ed ordine giuridico ed economico europeo” presso l'Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro.

¹ Sull'estensione temporale della tarda antichità manca un orientamento unanime. Sulla nuova interpretazione del periodo, sui suoi caratteri e sui suoi presupposti cfr. F. ROTIROTI, *Ierocrazia. Religione e istituzioni dalla Roma arcaica al regno longobardo*, Giuffrè, Milano, 2016, 12-19 e 231-239.

² Si leggano le riflessioni espresse al proposito dallo stesso L. LOSCHIAVO, *Insedimenti barbarici e modelli di coesistenza nell'Italia altomedievale. Il regno degli Ostrogoti*, in F.

internazionale della propria distintiva prospettiva teorica e, per di più, isolando la scienza giuridica italiana dalla possibilità di un'adeguata comprensione di quei secoli assiali e del loro rilievo. Assai maggiore interesse per la tarda antichità – preme rimarcare – mostrano invece gli studiosi del diritto romano: ne soffre dunque la conoscenza di quei secoli, successivi alla cosiddetta caduta dell'impero di Roma, che la tradizione scientifica e le partizioni disciplinari assegnano appunto alla competenza dello storico medievista. Più che benvenuta è pertanto l'apparizione di un piccolo manuale universitario come quello qui recensito, proveniente dalla penna di un professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno e implicitamente destinato alla potenziale inclusione nei programmi dei corsi di laurea in Giurisprudenza (nonché rivolto a qualunque lettore interessato), con iniziativa che appare in controtendenza rispetto all'anzidetta marginalizzazione dell'alto medioevo nel quadro degli'interessi attualmente coltivati dalla storiografia giuridica italiana.

Il manuale di Luca Loschiavo è essenzialmente suddiviso in quattro capitoli tematici che corrono per duecentotrentuno pagine, coi primi due capitoli affiancati da altrettanti *excursus* che ne completano il tema; il volume include inoltre un indice dei contenuti, una breve prefazione, una cronologia, quattro cartine geografiche e una bibliografia ragionata.

La prefazione (pp. XI-XIV) presenta i cenni essenziali circa la questione del complessivo disinteresse che gli storici del diritto – a differenza dei colleghi “romanisti” – hanno maturato nei confronti dello studio del tardoantico, *vis-à-vis* con una condivisibile rivendicazione della sua importanza per la formazione del giurista, nella sua qualità di momento costitutivo di una pluralità di realtà istituzionali e giuridiche destinate a plurisecolare fortuna, oltreché in quanto contenitore di esperienze e di soluzioni alternative la cui conoscenza non può che arricchire la sensibilità e la cultura del giurista. Loschiavo dichiara che il libro «è rivolto

RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, vol. 1, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 317-321.

principalmente agli studenti» (p. XIII), con tutte le conseguenze che ne derivano in relazione all'impostazione dell'opera. L'autore dichiara inoltre di non aver voluto ridurre al minimo «i riferimenti ai nudi fatti storici», cercando piuttosto d'isolare e quindi di raccontare quelle vicende che più di altre potessero assistere l'esposizione dell'elemento giuridico (a questo scopo è anche predisposta la cronologia, alle pp. XV-XXVI); nell'impossibilità di abbracciare tutti gli aspetti del fenomeno giuridico, l'autore dichiara infine di aver privilegiato «come 'filo rosso' quello della giustizia» (pp. XIII-XIV).

Trattando rispettivamente dell'impero, del cristianesimo e dei barbari, i primi tre capitoli del manuale – «L'impero tra riforme e rivoluzioni»; «Costruire la *societas christianorum*»; «L'Europa romana e barbarica» – sono essenzialmente dedicati, con qualche approssimazione, a quelli che l'intendimento tradizionale riteneva essere i tre fattori dal cui incontro sarebbe scaturito il medioevo, implicitamente riconoscendo la permanente utilità della tripartizione per lo meno nella sua veste di strumento didattico: la trattazione svolta nei tre capitoli, naturalmente, è assai lontana dallo schematismo originariamente alla base della partizione, essendo peraltro ormai venuta a cadere la consistenza scientifica della nozione di "germanesimo" e, con essa, la possibilità d'identificare una distintiva cultura barbarica. Ma procediamo con ordine.

II.

Il primo capitolo – «L'impero tra riforme e rivoluzioni» (pp. 1-49) – tratta del periodo ricompreso fra l'impero di Diocleziano (284-305) e il concilio di Nicea (325). La scelta di principiare con Diocleziano sembra richiamare l'impostazione adottata non molti anni or sono dal manuale di Ennio Cortese, che non solo dedicava all'imperatore dalmata qualche pagina del primo capitolo, ma che anche argomentava nella premessa la specifica

opportunità di tale scelta³. La scelta è senz'altro la più opportuna: infatti, come la critica storica ha da qualche tempo messo in luce, l'azione politica e le iniziative istituzionali di Costantino seguono quelle del suo predecessore secondo linee di fondamentale continuità⁴, donde la necessità – adeguatamente enfatizzata dallo stesso Loschiavo (pp. 1-3) – di una considerazione unitaria.

Il capitolo, per il resto, procede con l'esame dei prodotti tipici del diritto romano cosiddetto volgare: le riforme costituzionali e amministrative di Diocleziano, la riforma fiscale e il nuovo regime della terra, la riforma monetaria, l'istituzionalizzazione della distinzione sociale fra *honestiores* e *humiliores*, le pratiche del colonato e del patrocinio, la diffusione delle milizie private (pp. 3-26); gl'istituti giuridici sono trattati nell'opportuno raccordo coi grandi movimenti della storia sociale, attraverso un'impostazione che pare soprattutto debitrice della tradizione storiografica d'impronta mazzariniana (Mazzarino, in effetti, è diffusamente richiamato nelle note).

Dopo un paragrafo dedicato alla cosiddetta grande persecuzione (pp. 26-31), il capitolo passa quindi all'esame della monarchia costantiniana (pp. 31-49). La trattazione delle questioni giuridiche – con gli essenziali ragguagli sulle riforme dell'amministrazione, dell'esercito, dell'economia e

³ Vd. E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Il Cigno, Roma 2000, 15, 22-24 e IV (la trattazione riprende E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, vol. 1., *L'alto medioevo*, Il Cigno, Roma, 1995, 6-7 e 19-22, mentre la premessa è precedentemente inedita).

⁴ Per i profili di continuità giuridica cfr. in particolare S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government. AD 284-324*, Oxford University Press, Oxford, 2000², 3 ss. Simon Corcoran è anche l'affidatario del capitolo su Diocleziano nel *Companion* recentemente curato da Noel Lenski: S. CORCORAN, *Before Constantine*, in N. LENSKI (a cura di), *The Cambridge Companion to the Age of Constantine*, Cambridge University Press, Cambridge etc., 2012², 35-58; il capitolo, nelle parole del curatore, «examines the way that the comprehensive reforms undertaken by Diocletian and his fellow Tetrarchs set the stage for much of what Constantine would accomplish» (N. LENSKI, *Introduction*, nello stesso volume, 10).

della moneta nonché, soprattutto, con la considerazione dei rapporti dell'impero col cristianesimo – procede in questo caso nell'inevitabile connessione col resoconto delle principali vicende politiche. La materia è affrontata con un dettaglio sufficiente al contesto manualistico, dando anche spazio a qualche parola sulla questione del cristianesimo personale di Costantino. La delicata questione del ruolo assunto dall'imperatore nella chiesa è trattata con equilibrio e con serenità di giudizio: il coinvolgimento di Costantino nelle vicende ecclesiastiche – osserva Loschiavo – può forse turbare la coscienza giuridica moderna, abituata al principio della separazione fra stato e chiesa, ma questa era per l'epoca una distinzione assai difficilmente concepibile; il ruolo assunto da Costantino era peraltro coerente col tradizionale intendimento dei rapporti fra l'imperatore – sommo sacerdote – e la sfera del culto (pp. 48-49).

Il capitolo è quindi seguito da un breve *excursus* intitolato «Le fonti giuridiche nell'età del dominio» (pp. 50-58), il quale permette di completare il macrotema del tardo impero con la trattazione delle fonti del diritto, considerate tanto nei loro caratteri generali – con la partizione tipologica fra *leges* e *iura* – quanto nelle loro individuali manifestazioni, attraverso una rassegna sintetica ma efficace dei *codices Gregorianus*, *Hermogenianus* e *Theodosianus*, delle *Constitutiones Sirmondianae*, delle *Pauli receptae Sententiae*, dell'*Epitome Ulpiani*, dei *Fragmenta Vaticana*, della *Collatio legum*, della *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* e del *Liber Gai*.

Il secondo capitolo – «Costruire la *societas christianorum*» (pp. 59-110) – è dedicato al cristianesimo, con una trattazione che di necessità trascende il limite cronologico del termine *a quo* stabilito nella prefazione. Pur finalizzando la discussione alla spiegazione delle motivazioni del «matrimonio» fra la chiesa e l'impero avvenuto nel IV secolo, infatti, le prime pagine del capitolo provvedono a tratteggiare un quadro riassuntivo della comunità cristiana delle origini e del suo progressivo consolidamento nel corso del II e del III secolo, con uno sguardo rivolto alla conformazione

dei due poli costituiti dalla comunità in senso stretto e dall'autorità prepostale (pp. 59-62). Il secondo paragrafo (pp. 62-68), trattando dell'attività caritatevole e assistenziale praticata dalle chiese, costituisce un buon esempio del procedimento espositivo generalmente seguito da Loschiavo: esposizione dei grandi temi della storia sociale e culturale e loro raccordo coi conseguenti corollari giuridici, che in questo caso spaziano dall'istituzione delle *matriculae* dei poveri nell'ambito delle chiese locali alle disposizioni costantiniane tendenti a privilegiare le comunità cristiane in ragione della loro funzione assistenziale.

Il terzo paragrafo apre la trattazione di un macrotema che, sostanzialmente, occupa la gran parte del secondo capitolo (pp. 68-88 e 93-97)⁵: è il tema della giustizia e del procedimento giudiziario, cioè quel «'filo rosso'» che la prefazione dichiarava di voler privilegiare nell'articolazione del manuale (p. XIV). La scelta – nello specifico contesto di un capitolo sul cristianesimo – rivela tutta la propria utilità, contribuendo a colmare – nella formazione dello studente – il vuoto altrimenti percepibile fra la stagione del diritto romano col suo processo e la più tarda stagione del diritto comune, che proprio nella dimensione processuale realizza alcune delle sue più importanti costruzioni giuridiche. Il primo profilo affrontato è quello relativo all'origine evangelica di un nuovo modello di giustizia soprattutto centrato intorno alle nozioni del pentimento e dunque del reintegro del peccatore all'interno della comunità. Assodata l'esigenza di una più precisa istituzionalizzazione delle procedure – con la conseguente emergenza dell'istituto dell'*episcopalis audientia* – e della loro uniformazione di contro al caratteristico localismo

⁵ Come segnalato dallo stesso autore nelle note bibliografiche, le pp. 69-84 risultano riprendere – con qualche modifica – alcune pagine di un lavoro precedente, vale a dire L. LOSCHIAVO, *Non est inter vos sapiens quisquam, qui possit iudicare inter fratrem suum? Processo e giustizia nel primo cristianesimo dalle origini al vescovo Ambrogio*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA, S. TAROZZI, P. BIAVASCHI (a cura di), *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, vol. 1, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015, 67-92.

del cristianesimo precostantiniano, Loschiavo prende quindi in dettagliata considerazione la disciplina processuale definita dalla *Didascalia apostolorum* (pp. 76-84), nella quale sono individuati i caratteri essenziali del processo cristiano dell'epoca: l'esame della *Didascalia* permette così di trattare della pubblicità del giudizio del vescovo, della preferenza accordata alle soluzioni conciliative, delle apparenti celerità ed economia dei giudizi, del rifiuto dell'eccessivo formalismo che prelude alla concezione dell'*aequitas canonica*, dell'apertura all'apprezzamento della stessa *lex Romana*, dell'eccezionale valore accordato alla prova testimoniale e alla figura del testimone-accusatore. È dunque una trattazione nella quale non è difficile scorgere molti dei motivi che, nella stagione del diritto comune, saranno anche al centro del modello del processo cosiddetto romano-canonico: nel favorire la formazione di una prospettiva diacronica è una parte dell'utilità didattica che discende dal soffermarsi sullo studio di quest'epoca e di questi temi negletti. Due paragrafi ulteriori sono infine dedicati alla recezione della giurisdizione vescovile nell'ordinamento imperiale e al caso giudiziario della vergine Indicia, raccontato da Ambrogio, il cui resoconto consente a Loschiavo di formulare ulteriori rilievi sul funzionamento della prassi giudiziaria cristiana. Questa utile trattazione del modello cristiano della giustizia avrebbe tuttavia potuto beneficiare di una più attenta considerazione dei suoi aspetti più tetri, quali sono per esempio quelli che si manifestano in relazione alla persecuzione dell'eterodossia religiosa (è un tema, quest'ultimo, al quale è invece riservato solamente qualche cenno, alle pp. 104-105).

I rimanenti paragrafi del secondo capitolo sono dedicati alle principali conseguenze istituzionali dell'incontro fra l'impero e il cristianesimo, nel quadro di una finestra cronologica che, per il momento, rimane per lo più vincolata al IV secolo. Dopo un ottavo paragrafo di argomento miscelaneo (pp. 88-93) e il già menzionato ritorno al tema della giustizia vescovile col caso della vergine Indicia, Loschiavo conclude con tre paragrafi dedicati

alla figura e al pensiero del vescovo Ambrogio (pp. 97-110). Particolare attenzione è posta sulle vicende del rapporto di questi con l'imperatore Teodosio e sul loro significato istituzionale: il trattamento della questione da parte di Loschiavo è apprezzabilmente equilibrato, rilevando come il confronto fra "stato" e "chiesa", all'epoca, non fosse affatto il medesimo del medioevo maturo e come Ambrogio, sostanzialmente, richiedesse che l'imperatore ricorresse all'autorità della chiesa e alla sua intermediazione piuttosto che affidarsi unicamente alla diretta ispirazione divina (p. 108); Ambrogio, in somma, si limita pur sempre ad affermare un ideale di collaborazione e non di sovraordinazione della chiesa e dei vescovi sull'imperatore e sull'impero⁶. La complessa questione dei rapporti fra la chiesa e l'impero nella tarda antichità avrebbe forse meritato uno spazio maggiore, ma il trattamento riservatole è coerente con la scelta – dichiarata nella prefazione – di privilegiare il filo della giustizia; nei limiti definiti da questa scelta, in ogni caso, la trattazione è svolta con piena avvedutezza di giudizio.

Come il primo così anche il secondo capitolo è seguito da un breve *excursus* sulle fonti, in questo caso intitolato «Le fonti del diritto canonico delle origini» (pp. 111-117). Il primo paragrafo è dunque dedicato al rapporto del primo cristianesimo con la Torah, alla formazione del canone neotestamentario e, infine, a una selezione dei testi della letteratura pseudoapostolica dal contenuto più manifestamente giuridico, passando in rassegna la cosiddetta Prima lettera di Clemente, la *Didaché*, la *Traditio apostolica*, la *Didascalia apostolorum*, la *Constitutio ecclesiastica*

⁶ Assai opportunamente, nelle note bibliografiche, LOSCHIAVO mostra di far riferimento all'eccellente monografia di N.B. MCLYNN, *Ambrose of Milan. Church and Court in a Christian Capital*, University of California Press, Berkeley etc., 1994, la cui analisi ha mostrato come gli episodi relativi ai rapporti di Ambrogio con Teodosio non realizzassero – per lo meno – alcuna volontà di umiliare o di sottomettere il potere secolare (291-330); osserva LOSCHIAVO alla p. 245 del manuale: «per il contrasto fra Ambrogio e Teodosio circa i fatti di Callinico e Tessalonica si è scritto molto e spesso con pregiudizio. Con maggiore spirito critico lo ha fatto McLynn».

apostolorum e le *Constitutiones apostolorum*; il secondo paragrafo tratta invece di quelle più tipiche fonti del diritto costituite dai *canones* e dalle *epistolae decretales*, con qualche utile cenno alla storia delle loro prime collezioni (secoli V-VII). Quantunque sintetico, l'*excursus* ha il merito di portare l'attenzione su testi non strettamente giuridici e d'inoltrare lo sguardo fino all'epoca delle collezioni altomedievali di *canones* e di *decretales*, in somma contribuendo – come il capitolo del quale è appendice – a colmare lo iato fra l'antichità e la ventura età del diritto comune.

III.

Il terzo capitolo – «L'Europa romana e barbarica» (pp. 119-191) – presenta svariati elementi d'interesse, affrontando questioni controverse come quelle relative alla successione dei regni cosiddetti romano-barbarici nei territori dell'impero, alla loro affiliazione culturale e ai loro profili giuridici. Negli ultimi vent'anni lo studio di questi temi specifici è stato interessato da una vera e propria rivoluzione scientifica⁷, i cui effetti solo parzialmente e in ritardo hanno preso a manifestarsi nel mondo del diritto. Il manuale di Loschiavo, pertanto, assume il non facile compito di tener conto tanto del quadro complessivo delineato dal nuovo orientamento storiografico, quanto del dettaglio di una storia del diritto dei popoli cosiddetti germanici e dei loro regni che la dottrina non ha ancora provveduto a riesaminare alla luce del nuovo paradigma. Il primo paragrafo (pp. 119-122) presenta dunque una critica di quella ch'è stata anche definita come l'«impostazione nazionalistica di stampo

⁷ Cfr. F. ROTIROTI, *op. cit.*, 12-19 e 231-239; una porzione significativa di questa rivoluzione scientifica ruota attorno al cosiddetto modello dell'etnogenesi, per il quale cfr. R. KASPERSKI, *Ethnicity, Ethnogenesis, and the Vandals: Some Remarks on a Theory of Emergence of the Barbarian gens*, in *Acta Pol. Hist.*, 112/2015, 201-242.

ottocentesco»⁸, con la sua ricostruzione di un immaginario germanesimo culturale e biologico nel cui macrocosmo erano collocate le individuali tribù dei Goti, dei Burgundi, dei Franchi, e così via, in quello che – sostanzialmente – non era altro che il processo di ricerca di un’identità per la nazione tedesca; il secondo paragrafo (pp. 123-125), viceversa, rende atto dell’avvenuto mutamento del paradigma dominante, con una sintetica ma efficace presentazione delle teorie dell’etnogenesi e dei loro metodi, nonché del carattere controverso dei risultati raggiunti in relazione all’entità della “trasformazione” del mondo romano. Il terzo paragrafo (pp. 125-130) principia col rilevare come gli effetti della predetta svolta storiografica tardino a manifestarsi nel mondo del diritto, forse troppo abituato a considerare il blocco uniforme del diritto romano in contrapposizione a quello che deve dunque essere l’altro blocco del diritto germanico. Loschiavo si trova quindi nella situazione di dover esporre un quadro storico-giuridico elaborato decenni addietro sulla base di presupposti scientifici poi contraddetti da orientamenti storiografici successivi (i quali sono contestualmente presentati dall’autore in una luce di complessivo favore). L’*impasse* è risolta nell’unico modo possibile: il diritto degli antichi “Germani” è presentato comunque nei suoi tratti essenziali – richiedendolo il genere letterario del manuale – ma è racchiuso all’interno di una parentesi marcatamente dubitativa: «è difficile dire con sicurezza quanta parte di questa ricostruzione [...] possa effettivamente riflettere quell’antica realtà» (p. 130). È opinione di chi scrive che tale soluzione – inevitabile nel contesto di un manuale che non può che limitarsi a esporre le posizioni risultanti dal consenso scientifico vigente – segnali nondimeno la sussistenza di un divario che la storiografia giuridica dovrebbe curarsi di colmare, anche riconfermando – qualora paia opportuno – le proprie tesi, ma solamente all’esito di un confronto a tutto tondo coi nuovi orientamenti scientifici maturati nel seno delle altre

⁸ S. GASPARRI, C. LA ROCCA, *Tempi barbarici. L’Europa occidentale tra antichità e medioevo (300-900)*, Carocci, Roma, 2012, 17.

discipline storiche. Coerentemente, nel paragrafo successivo (pp. 130-133), nel presentare la tradizionale ricostruzione di due settori ritenuti emblematici dell'antico diritto dei Germani – il settore dei diritti immobiliari e quello del processo – Loschiavo esibisce un approccio correttamente problematico, rilevando i limiti dell'intendimento tradizionale e le sue occasionali smentite.

I paragrafi successivi (pp. 133-148), seguendo il procedimento già sperimentato nei primi due capitoli, riprendono quindi ad affiancare il resoconto delle vicende storiche alla considerazione dei loro corollari giuridici, soffermando in particolare l'attenzione sulle vicende del *limes* fra il III e il V secolo: intorno a questo polo geografico e concettuale è imbastita la trattazione dei proteiformi modelli istituzionali impiegati per la sistemazione dei barbari lungo i confini e per il loro assorbimento nelle strutture dell'impero, fra i quali emerge la figura del *foedus*. La trattazione è nel complesso assai attenta alla caratterizzazione del *limes* come luogo non soltanto di opposizione e di conflitto ma anche di scambio, di simbiosi e d'integrazione: lungo le frontiere – rimarca ottimamente Loschiavo – nascono società multietniche e multiculturali destinate a estendersi anche ben oltre le prossimità del *limes* (p. 143).

Affrontata la questione della nascita dei nuovi popoli alla luce delle teorie dell'etnogenesi (pp. 143-144), Loschiavo rivolge quindi la propria attenzione al loro conseguente stanziamento nei territori dell'impero, dichiarandosi interessato a «cogliere la vera natura di queste nuove costruzioni politiche e il loro porsi rispetto al precedente assetto istituzionale», nonché «la maniera in cui affrontarono i problemi derivanti dall'insediamento dei nuovi arrivati e dalla convivenza tra questi e i residenti» (p. 147). A questo scopo, nella dichiarata impossibilità di analizzare tutte le nuove realtà politiche, Loschiavo sceglie di considerarne soltanto due – il regno degli Ostrogoti e quello dei Franchi – che «possono quasi esser prese a simbolo di differenti risposte a problemi sociali e giuridici sostanzialmente analoghi» (p. 148). La decisione è

adeguatamente argomentata: con la scelta del regno ostrogoto e di quello franco, in effetti, come emerge dalla trattazione successivamente svolta, Loschiavo vuole giustapporre due realtà opposte: da un lato, con gli Ostrogoti, un iniziale dualismo fra la componente ostrogota e quella romana che il progetto politico coltivato da Teodorico cerca di avviare verso la collaborazione e verso l'integrazione, nel contesto di una cornice istituzionale ancora romana; dall'altro lato, coi Franchi, la formazione di un popolo dall'identità composita pur nell'assenza di un consapevole progetto politico volto all'integrazione, nel contesto di uno stato «leggero» e meno legato ai modelli della romanità. La scelta è pertanto giustificata e la trattazione è poi svolta con coerenza; colpisce, nondimeno, la mancata considerazione dell'esperienza longobarda, la cui vicenda istituzionale avrebbe senz'altro arricchito questo manuale dalle poche pretese ma dai molti meriti, che allo studente e al lettore propone una visione aggiornata della tarda antichità giuridica. Qualche cenno nel capitolo quarto è invece dedicato al regno visigoto di Toledo.

I paragrafi successivi, pertanto, si occupano degli Ostrogoti (pp. 148-167)⁹, principiando con gli essenziali ragguagli circa le vicende del loro arrivo in Italia e circa il problematico inquadramento costituzionale del loro regno. Particolare attenzione è dedicata alla controversa questione dei rapporti fra Goti e Romani: alla tesi del separatismo – presentata nelle forme elaborate dalla storiografia giuridica italiana fra gli anni Cinquanta e Ottanta del secolo scorso¹⁰ – è anzitutto contrapposto il quadro emergente dalle più recenti analisi del dato archeologico: un quadro senz'altro

⁹ Come segnalato nelle note bibliografiche, questi paragrafi – con qualche modifica e con vari tagli – riprendono un precedente lavoro, cioè L. LOSCHIAVO, *Insedimenti*, cit., 324-348.

¹⁰ Assenti sono i riferimenti alla letteratura angloamericana, della quale rendeva invece conto L. LOSCHIAVO, *Insedimenti*, cit., 329-330 nota 37. Per il punto di vista anglofono sulla questione dell'identità ostrogota in Italia cfr. ora B. SWAIN, *Goths and Gothic Identity in the Ostrogothic Kingdom*, in J.J. ARNOLD, M.S. BJORNLIE, K. SESSA (a cura di), *A Companion to Ostrogothic Italy*, Brill, Leiden – Boston, 2016, 203-233.

composito ma che nel suo complesso suggerisce come «il processo di integrazione [...] fosse cominciato e stesse anzi facendo significativi progressi» (p. 156), soprattutto nel contesto delle classi sociali più elevate, presso le quali può osservarsi la tendenza degli occupanti ad assumere elementi dell'identità italica e la speculare tendenza degli autoctoni ad assumere elementi dell'identità ostrogota; una rilettura delle informazioni relative alle modalità dell'insediamento gotico e alle politiche fiscali di Teodorico non fa che rafforzare le medesime conclusioni, confermate anche dalla considerazione del dato giuridico in senso stretto, costituito dalle norme dell'*Edictum Theoderici* e dal sistema della giustizia regia.

Gli ultimi paragrafi del capitolo terzo sono dedicati al popolo dei Franchi (pp. 167-191), dei quali Loschiavo principia col tratteggiare le vicende storiche, dall'epoca del loro ingresso nei territori dell'impero fino al momento del consolidamento politico e istituzionale operato dagli'iniziatori della dinastia merovingia. Particolare enfasi è posta, ancora una volta, sulla formazione dell'identità del nuovo regno, che in questo caso è intesa maturare per il tramite di una secolare convivenza che porta tanto gli autoctoni quanto i popoli originariamente provenienti dall'altro lato del *limes* a convergere verso modelli culturali comuni. Nell'affrontare questioni di più stretto diritto, Loschiavo si sofferma a lungo sul *Pactus legis Salicae*, sull'organizzazione statale del regno di Clodoveo e, infine, sul sistema della giustizia; di quest'ultimo è utilmente rimarcata la distanza dalla nozione di un procedimento irrazionale e indifferente verso l'accertamento del fatto quale la germanistica dei secoli scorsi soleva attribuire al comune bagaglio di tradizioni degli antichi "Germani".

L'operazione messa in atto con questo terzo capitolo – il più lungo dei quattro che compongono il libro – è indubbiamente commendevole: all'attenzione dello studente – e dello storico del diritto – sono imposti i risultati di quella ch'è la più importante svolta storiografica verificatasi negli studi altomedievali dell'ultimo trentennio, la quale nondimeno tarda a far sentire i propri effetti nel settore degli studi giuridici.

Il quarto e ultimo capitolo – «La cultura giuridica» (pp. 193-231) – è programmaticamente disposto alla trattazione del concreto atteggiarsi della cultura giuridica nel contesto delle nuove realtà politiche risultate dall'incontro dell'impero col cristianesimo e coi popoli barbari; Loschiavo sceglie di percorrere essenzialmente due strade, occupandosi della sopravvivenza del diritto romano nella città di Roma fino al tempo di Gregorio Magno, da un lato (pp. 197-215), e dell'opera d'Isidoro di Siviglia, dall'altro lato (pp. 216-231). La scelta è valida, individuando quelle che – solitamente trascurate dai manuali – furono due delle principali cinture di trasmissione della cultura giuridica antica attraverso “l'età del passaggio”. Ebbene, per quel che concerne la città di Roma, l'attenzione è anzitutto rivolta all'attivismo dei pontefici e della curia romana, che col ricorso alle categorie del diritto pubblico romano tentavano allora di strutturare le proprie relazioni istituzionali con le altre sedi vescovili e coi centri del potere politico; una trattazione più estesa è invece dedicata alla sopravvivenza dello studio del diritto nel VI secolo, con approfondimenti sul metodo d'insegnamento e di studio dei testi giustiniani – concentrandosi in particolare sull'*Epitome Iuliani* e sulle origini dell'*Authenticum* – cui sono riconnesse specifiche ipotesi circa la possibile sopravvivenza della scuola di diritto dell'Urbe; in questo quadro è infine integrata la trattazione della figura di Gregorio Magno e della sua peculiare sensibilità giuridica. L'attenzione è quindi rivolta all'altro grande protagonista della cultura altomedievale, Isidoro di Siviglia, la cui esperienza intellettuale è contestualizzata in relazione alle vicende politiche del regno visigoto di Toledo, recentemente convertitosi al cattolicesimo e dunque impegnato nel consolidamento della propria identità cristiana. Ai contributi isidoriani di argomento giuridico Loschiavo dedica uno spazio relativamente ampio (pp. 219-231), soffermandosi sulle concezioni d'Isidoro relative ai rapporti fra chiesa e monarchia e poi, soprattutto, sulla sua trattazione del procedimento giudiziario.

La complessiva ispirazione del quarto capitolo procede da contributi recenti dello stesso Loschiavo, nei quali lo studioso aveva già avuto modo di argomentare il rilievo dei due poli anzidetti – Roma e Isidoro – nel panorama del diritto altomedievale, nonché la loro funzione di “corridoi” per il trasbordo della cultura giuridica antica verso l’età del diritto comune¹¹. L’inclusione dei personali apporti scientifici di Loschiavo, pertanto, completa la presentazione di quei temi – oggetto dei precedenti capitoli – che hanno dominato la recente storiografia sul tardoantico e sull’alto medioevo, contribuendo a rendere l’immagine di un’epoca – invero – del “passaggio”, nella quale anche il diritto antico non scompare affatto – eclissato dall’irrazionalità e dalla violenza attribuite alla pretesa cultura dei popoli barbari – ma si conserva e si trasforma, ponendo peraltro le necessarie fondamenta per la successiva edificazione del sistema del diritto comune.

Chiude il volume una sezione intitolata «Note bibliografiche» (pp. 233-262), la quale sopperisce – in parte – all’infrequenza delle note nel corpo dei capitoli, permettendo di tracciare la provenienza dei diversi elementi confluiti nella sintesi di Loschiavo. Oltre che assolvere questa indispensabile funzione giustificativa, la bibliografia – come il resto del manuale – pare rivolta soprattutto allo studente e al lettore interessato,

¹¹ I paragrafi relativi alla scuola di diritto dell’Urbe e alla sopravvivenza dello studio del diritto nel VI secolo riprendono questioni trattate da L. LOSCHIAVO, *Insegnamento del diritto e cultura giuridica a Roma da Teoderico a Carlo Magno. La scia dei manoscritti*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA, S. TAROZZI, P. BIAVASCHI (a cura di), *Ravenna Capitale. Permanenze del mondo giuridico romano in Occidente nei secoli V-VIII*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, 9-50; l’importanza d’Isidoro per il diritto è invece argomentata da L. LOSCHIAVO, *L’impronta di Isidoro nella cultura giuridica medievale: qualche esempio*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA, S. TAROZZI (a cura di), *Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, 39-55; e da L. LOSCHIAVO, *Isidoro di Siviglia e il suo contributo all’ordo iudiciarius medievale*, in Y. MAUSEN, O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL (a cura di), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, vol. 4, *Prozessrecht*, Böhlau, Köln etc. 2014, 1-19.

accumulando numerosi suggerimenti di approfondimento e di lettura che riflettono la varietà tematica del manuale, ma senz'alcuna pretesa di completezza in relazione alla complessità degli argomenti affrontati.

IV.

È giunto il momento di formulare qualche considerazione conclusiva. Inutile tornare a ribadire l'utilità del manuale qui recensito per la comprensione della successiva stagione del diritto comune. Alla sintesi di Luca Loschiavo – per il resto – dev'essere anzitutto riconosciuto il merito della chiarezza espositiva, conseguita per il tramite di uno stile agile e piano, nonché grazie all'abile organizzazione di una materia policroma intorno a nuclei tematici nitidi e ben strutturati. Ma, soprattutto, l'autore merita il plauso per aver portato all'attenzione dello studente – e imposto all'attenzione dello stesso storico del diritto – un periodo che la storiografia giuridica tende ormai a disertare, forse ritenendo che le poche fonti altomedievali, indagate in lungo e in largo dagli studiosi dei decenni trascorsi, non abbiano più altro da dire e che, in ogni caso, sia meglio dedicare le proprie energie allo studio di vicende più prossime (e dunque più utili?). Le altre discipline storiche, nel frattempo, hanno continuato a interrogare quelle medesime fonti, avvalendosi di nuove prospettive teoriche oltreché di un quadro archeologico assai più completo e cospicuo di quello disponibile intorno alla metà del secolo scorso, quando la storia del diritto altomedievale era ancora al centro dell'attenzione e delle ricerche dei giuristi: invero, come rimarcato recentemente da Chris Wickham, l'archeologia altomedievale è stata essenzialmente reinventata nel corso dell'ultimo cinquantennio, cioè in concomitanza con la nascita e con la crescita del nuovo corso degli studi sul tardoantico¹². Si è dunque

¹² C. WICKHAM, *The Inheritance of Rome. A History of Europe from 400 to 1000*, Allen Lane, London, 2009, 7. Quasi inesistente, prima degli anni Ottanta, era in Italia il settore

venuta a creare una considerevole frattura fra gli *status quaestionum* mantenuti nel settore della storiografia giuridica italiana, da un lato, e i risultati scientifici conseguiti dalle altre discipline storiche, in Italia e all'estero, dall'altro lato. Il rischio, in mancanza di un aggiornamento, è peraltro quello della perdita di rilevanza di un vasto patrimonio di conoscenze e di metodi propri della storiografia giuridica. Luca Loschiavo è uno dei pochi studiosi impegnati ad arginare questo fenomeno, con la propria attività di ricerca e ora anche con questo lavoro di sintesi, nel quale i temi classici della storiografia giuridica sono obbligati a dialogare con gli orientamenti scientifici più recenti e coi risultati frattanto maturati nel seno delle altre discipline storiche. Lo sforzo è lodevole e i risultati sono eccellenti, ma anche evidenziano l'enorme distanza che ancora rimane da percorrere: c'è bisogno, invero, di un impegno corale. È dunque speranza di chi scrive che il libro di Loschiavo, principalmente rivolto agli studenti, possa finire per ispirarne anche uno soltanto al punto da fargli prendere in mano la penna e da indurlo a scrivere – un domani – nuove pagine di storiografia del diritto altomedievale.

dell'archeologia urbana postromana: cfr. G.P. BROGIOLO, S. GELICHI, *La città nell'alto medioevo italiano. Archeologia e storia*, Laterza, Roma – Bari, 1998, 9-25; se ne lamentava, per l'appunto, uno storico del diritto attento al dato archeologico come Gian Piero Bognetti: vd. G.P. BOGNETTI, *Problemi di metodo e oggetti di studio nella storia delle città italiane dell'alto Medioevo*, 1959, in ID., *L'età longobarda*, vol. 4, Giuffrè, Milano, 1968, 221-250.