



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

PER UN SAPERE INTERDISCIPLINARE SULLE ISTITUZIONI EUROPEE
FOR INTERDISCIPLINARY RESEARCH ON EUROPEAN INSTITUTIONS



ISSN 2421-0730

NUMERO 2 - DICEMBRE 2020

FASCICOLO 2

INDICE

MASSIMO LA TORRE, *Editoriale, Sovranità e diritti tragici - Migrazione e cittadinanza* pag. 4

ANDREA PORCIELLO, *Presentazione* pag. 15

SAGGI

THOMAS GUTMANN, *Tragic choices. Criteria for "triage" of Covid-19 patients in need for intensive care* pag. 21

ULDERICO POMARICI, *Il Faust di Goethe: la vita come "infinito intrattenimento"* pag. 33

FABIO SAITTA, *Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica* pag. 52

SARA LAGI, *Un "bene" purché... Hermann Heller e il pluralismo* pag. 85

GIUSEPPE COLACINO, *Emergenza sanitaria da Covid-19, fra istanze di bigenitorialità e tutela del best interest of the child* pag. 105

MARCELLO MAZZUCA, *Ancora sugli usi civici, tra evoluzione assiologica e «immobilismo» ermeneutico* pag. 130

SIMONE RIZZUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria fra criticità e nuove prospettive di tutela* pag. 138

MARCO GRANDE, *Le attività di investigazione "sotto copertura" nel processo penale* pag. 159

IVAN VALIA, *La maternità surrogata alla prova dell'utilitarismo e della teoria della giustizia* pag. 196

MARCO INFUSINO, *Forma, formalismo e neoformalismo negoziale. Tra vecchi dogmi e nuove questioni* pag. 220

DISCUSSIONE

- VALERIA CICONTE, *La farmacovigilanza: la normativa vigente* pag. 257
- ANDREA CAPUTO, *Anarchici, libertari, post-anarchici. A proposito di A. Salvatore, L'anarchismo. Teoria, pratica, storia* (DeriveApprodi, Roma, 2020) pag. 284
- PIETRO NASTASI, *Il danno tanatologico: genesi ed evoluzione tra risarcimento in iure proprio e trasmissibilità iure hereditatis* pag. 300
- DANIELE CORASANITI, *La tutela giuridica dei migranti ambientali* pag. 315

FORUM

- ALESSIO LO GIUDICE E THOMAS CASADEI, *I nodi della democrazia parlamentare, tra presente e avvenire* pag. 337
- FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES (editor), *“Il diritto contro se stesso”. Una discusión sobre el positivismo jurídico, y su crisis y sus criticos* pag. 424

CRONACHE

- ANDREA CAPUTO, *Cronaca del seminario «Sindrome 1933: una discussione intorno al libro di Siegmund Ginzberg»* pag. 458

RECENSIONI

- GIOVANNI BLANDO, *Realizzare l'origine. T. GAZZOLO, Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pacini, Pisa, 2018 pag. 466
- PAOLA DANIELA DE LA ROCHA RADA, *Constitución y deconstrucción. F. ROJAS TUDELA, Constitución y deconstrucción*, CIS, La Paz, 2018 pag. 473



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

Massimo La Torre

Editoriale

Sovranità e diritti tragici - Migrazione e cittadinanza

2/2020

MASSIMO LA TORRE*

Editoriale

Sovranità e diritti tragici - Migrazione e cittadinanza

Nonostante la pandemia non sembra che il movimento epocale delle migrazioni dal sud al nord della terra, tanto in Europa come in America, si sia arrestato significativamente. La Spagna sta vivendo una rinnovata pressione migratoria, soprattutto sulle isole Canarie, e nel Mediterraneo i barconi non si fermano, e con essi non si arresta lo stillicidio di morti in mare. La migrazione dai paesi poveri ai paesi ricchi è nella nostra epoca, nella quale la speranza del cambiamento sociale globale, si è assai attenuata, in un tempo in cui l'utopia non sembra più scaldare i cuori, una specie di surrogato della rivolta sociale. La rivoluzione sociale, la sovversione della gerarchia di classe, la lotta per l'uguaglianza e la redistribuzione delle risorse, sembra prendere le fattezze per l'appunto della migrazione. Il giovane sub-sahariano o algerino che non crede più che le cose possano cambiare nel suo paese tenta la strada, tutta individuale, privata, della rotta verso la ricca e libera Europa.

Vi è in questo fascino dell'Europa anche molto dovuto alla sua socialità vissuta in buona sostanza come un grande spettacolo proiettato sugli schermi dei televisori, computer e telefonini di tutto il mondo. Le antenne paraboliche, insieme ai telefoni portatili, non mancano certo nelle *bidonvilles* del Senegal o della Nigeria, o nei quartieri distrutti dalla guerra dell'Iraq e della Siria. E lì si manifesta la radicale alterità tra il mondo devastato dalla penuria e all'incuria, dalla fame e dalla guerra, e dalla disperazione della inesistenza di una prospettiva felice di vita, e i lustrini che si agitano nei nostri programmi televisivi. Avvenne già trent'anni fa, all'indomani della caduta del muro di Berlino, allorché nella costa pugliese arrivò dall'Albania una nave scassata stracarica di migliaia di disperati. La televisione aveva riempito gli occhi dei nostri vicini della visione paradisiaca di "Quelli della notte", lustrini e "paillettes" di attori e ballerine, così come in maniera abbastanza simile era avvenuto nella Germania orientale grazie alla televisione ed alla pubblicità martellante del vicino Stato occidentale.

Il 9 novembre 1989 i Berlinesi dell'Est si riversarono all'Ovest in cerca di libertà e di dignità, ma questa spesso ravvisando o volendo almeno in

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

prima battuta godersi nella sigaretta americana. Ricordo allora una marca tedesca "Go West", che era significativa di un atteggiamento e di un desiderio collettivamente urgente. Si desideravano le sigarette americane e anche le banane. E sì perché a Berlino Est non si era vista troppo da vicino una banana, e tanto meno provata, assaggiata. Ricordo che nei supermercati della Germania Orientale la frutta era quasi inesistente, ed era offerta soprattutto in vasetti sotto spirito.

Ci muoviamo e agiamo per i desideri che ci agitano e quello di frutta è tanto legittimo come quello della rivoluzione sessuale che agitava masse di giovani tra Berkeley e Francoforte negli anni Sessanta. E il desiderio nasce dalla mancanza di qualcosa, e dalla comparazione. La mancanza ora nei paesi poveri del mondo è evidente, drammatica, aggravata ulteriormente da decenni di neoliberalismo. E la comparazione adesso è immediata ed onnipresente, immediatamente attiva, attraverso la rete, che opera soprattutto per immagini. E queste son ben più efficaci e motivanti di ragioni e argomenti. Il disastro ecologico, ambientale, sociale, e sì anche estetico, di quelle aree del mondo e di quella convivenza e sopravvivenza produce dolore. E voglia, urgenza di rimediare. Di riprendersi la vita. E la sua bellezza.

La bruttezza si è impadronita della povertà come mai prima era accaduto al mondo. Fino a qualche decennio fa il villaggio africano sulla costa atlantica era sì miserabile, ma ancora possedeva una accettabile bellezza. Il mare vi era incontaminato, la spiaggia vasta e vergine, la natura rigogliosa, ancora intatta. Oggi questo quadro vagamente idillico è stato modificato in maniera radicale. Alla paglia della capanna si è sostituito il metallo e il cemento, slabbrato e sbrecciato però. La spiaggia è piena di rifiuti di plastica e di residui chimici, la natura è bruciata dal petrolio e dall'inquinamento. Lo stesso abbigliamento, una volta vivace e tradizionale, ma per certi versi grazioso, è stato rimpiazzato da *t-shirts*, pantaloncini, tute, scarpe di gomma, *jeans* da quattro soldi ecc., che rendono quella massa ancora più povera, ricoperta una paccottiglia ricalcata sullo stile occidentale di vestire. Lo squallore predomina il paesaggio corrotto dall'ingordigia capitalista delle multinazionali e dal neocolonialismo depredatore. Agli occhi si presenta un panorama che non offre loro riposo né appiglio. Ci si rifugia allora nello schermo del computer e del telefonino, e nella terra del bengodi che i nostri show permanentemente ci rappresentano. La sabbia dorata delle nostre pubblicità si sovrappone alla spiaggia corrosa di residui tossici che ci si trova dinanzi. Ed allora si

2/2020

produce il desiderio imperioso di fuggire, di emigrare, costi quel che costi, anche la vita.

La figura del viandante, e l'esperienza della migrazione, ci sono familiari. Fanno parte tanto della nostra tradizione culturale come della nostra esperienza di vita. Ciò è acuto per un Italiano del Sud. Se parlo della mia personale esperienza, mi viene innanzitutto alla memoria che una parte della famiglia paterna, quella della nonna paterna emigrò negli Stati Uniti alla fine dell'Ottocento. Mia nonna ancora aveva contatti con quei parenti, ma il filo si è spezzato con la sua morte, e chissà cosa ne è stato di quei Siciliani partiti per l'America in cerca di un destino migliore. Dei ragazzi della mia classe di liceo, una buona parte è sparpagliata per l'Italia del Nord e qualcuno ha persino trovato il suo posto di lavoro all'estero. Nella mia città molti dei migliori tra i giovani di quel tempo, gli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo, sono andati via, e non credo che nelle successive generazioni le cose si siano sviluppate in maniera molto diversa. La città, la patria, allora si è impoverita, perdendo tanti dei suoi figli più intraprendenti ed intelligenti. "Cu nesci arrinesci", "chi esce riesce" – dice un vecchio detto siciliano. Terribile da pronunciarsi ad un giovane, ed ai padri di quel giovane.

Dunque, l'emigrazione è un fatto quasi costitutivo dell'esperienza di vita del Meridione d'Italia. E credo che lo stesso valga per altri paesi dell'Europa del Sud, per gli Spagnoli, per i Greci, per i Portoghesi. Ricordo che una delle cose che più mi colpì del Lussemburgo, oltre che la sua opulenza, fu che un settore importante della sua popolazione è composto di Portoghesi, emigranti arrivati nel paese ricco dell'Europa occidentale a partire dagli anni Cinquanta. Dopo il francese, e più del lussemburghese, è il portoghese la lingua che risuona nelle vie linde del Granducato. Non mi arrischio poi a dettagliare i movimenti migratori, in gran parte forzati, che hanno afflitto il continente europeo alla fine della Seconda Guerra Mondiale. Masse di rifugiati e di cacciati dalle loro case che hanno percorso e riempito le strade allora ancora piene di macerie delle strade d'Europa. Tedeschi, Polacchi, Ungheresi, per non dire degli Ebrei, spinti di qua e di là dalle vicende imprevedibili e crudeli della grande storia.

Dove che ci si rivolga in Europa dunque il fatto della migrazione, del movimento di masse d'esseri umani da un paese ad un altro paese, è qualcosa di ricorrente e addirittura di fondante la realtà della convivenza. E poi una grande migrazione è alle origini della nostra religione, del cristianesimo. Che si sia credenti o no, si celebra il Natale con pari allegria e con la stessa attesa. Ma il Natale è l'evento di un vagabondare perché

migranti, o meglio rifugiati, esuli, fuggendo l'olocausto degli innocenti voluto da Erode. San Giuseppe, la Vergine Maria, e lo stesso Gesù sono degli esuli, siriani in cerca di salvezza in un paese che non è il loro. Ulisse, l'altra figura mitica della nostra tradizione culturale, colui che ci ricorda che "fatti non fummo "a viver come bruti ma per seguir virtute e canoscenza", anche lui è un viandante, anzi un migrante, ancora meglio un esule, e un rifugiato. Sì, è vero riesce a tornare avventurosamente a casa, ma lì trova i nemici installati a casa. E ci ha messo dieci anni di vicissitudini per quel ritorno. Perdendo i compagni, infine affogati nel Mare Nostrum, come accade ancora oggi, anche in questi giorni, ad altri che tentano la via del mare. Così che il migrante in un certo senso siamo noi stessi. Le sue peripezie sono le nostre stesse rimandate di qualche decennio, e chissà anticipate rispetto ad un futuro che potrà vederci nuovamente salire in barca ed affidarci alle onde.

Ora, tutto questo proviamo a dimenticarlo. Non ci fa piacere ricordare quella nostra origine. La sopprimiamo nell'inconscio. E ci sono movimenti politici che ingrassano di questa nostra soppressione, del rigetto di quella perdita di sicurezza e patria che ha dovuto precedere quel po' di identità che oggi ci ritroviamo addosso e di cui ci fregiamo. Al desiderio di migrare succede, o così ci è successo, il rigetto di quella esperienza e l'affermazione della sua insostenibilità ed illegittimità. E proiettiamo questo sull'altro che è ora in mare e si riversa sulla nostra costa, ripercorrendo in una direzione e nell'inversa il nostro stesso tragitto.

Ma -- si domandano i filosofi e i cittadini con loro -- c'è un diritto di migrare? E posto che ci sia tale diritto, possiamo affermare un equivalente diritto di accoglienza che si sostanzia e istituzionalizzi nella concessione della residenza e della cittadinanza del paese che accoglie? Ora, queste domande sono allo stesso tempo facili e difficili da rispondere in maniera sensata, e sensibile.

Forse Kant ci può essere d'aiuto. Sappiamo che per lui nell'umanità, tra le varie nazioni, vale un *jus communicationis*, un diritto di comunicare e di conoscersi, che rende lecito il movimento di persone da un paese all'altro, ad anzi auspicabile. Ed a questo diritto, per renderlo operante, si accompagna corrispondendolo un dovere di ospitalità da parte di quella nazione verso la quale ci si sposta. Altra cosa però è che questo dovere di ospitalità comporti necessariamente od automaticamente un obbligo di concessione della residenza e poi della cittadinanza. D'altra parte, non sembra che per Kant le frontiere siano delle linee di divisione tra comunità prive di legittimità morale. Sappiamo che per il filosofo tedesco il diritto

2/2020

cosmopolitico, che sorregge la libera circolazione di persone, non comporta che le frontiere si aboliscano. Ciò perché quella abolizione presupporrebbe una comunità politica universale che, comportando inevitabilmente un eccesso di centralizzazione rispetto alla attuale divisione per nazioni, renderebbe il governo mondiale pericolosamente potente e monopolizzatore, un inaccettabile rischio per la libertà politica.

La divisione dei poteri per Kant non va stabilita solo all'interno degli Stati tra le sue diverse funzioni di governo. Una divisione di poteri è auspicabile tanto dentro quanto fuori dallo Stato. E fuori da questo essa si presenta innanzitutto nella forma della pluralità degli Stati. La comunità internazionale così, per essere repubblicana, nel senso di Kant, non deve essere formata solo da Stati di forma repubblicana, cioè strutturati secondo la divisione dei tre poteri, legislativo, esecutivo, e giudiziario, ma deve essere anche una comunità di distinti centri di potere statale, una comunità di Stati dunque, senza che nessuno di questi abbia il sopravvento sugli altri, e senza che la comunità sia incorsettata e resa omogenea entro una sola forma statale. Il cosmopolitismo di Kant risulta dunque "debole", perché controbilanciato da una forte idea di cittadinanza. E la garanzia di pace perpetua in questa prospettiva non risiede nella unificazione politica del mondo, bensì nella qualità "repubblicana", vale a dire democratica e pluralista, degli Stati che la comunità internazionale compongono.

Ciò ci rimanda alla questione della legittimità delle frontiere. Da un lato queste ci appaiono spesso come dei confini tracciati in maniera arbitraria e fortuita, prodotto di guerre, di alleanze, di decisioni imperiali, o di casi della storia, o ancora di fatti meramente geografici, un fiume, una catena di montagne, uno stretto di mare. E non vi è dubbio che sia così. Però la frontiera d'altra parte ci appare nella storia un presidio che ci offre sicurezza, una protezione rispetto a pericoli esterni, un'invasione, la perdita delle nostre libertà, e della nostra identità, un baluardo contro il nemico. E purtroppo di nemici nella storia le varie comunità umane ne hanno avuti, e di irriducibili e implacabili. La frontiera svolge la funzione delle mura di casa, che ci rinchiodano sì, ma allo stesso tempo ci proteggono, e ci offrono un rifugio. Tornare a casa, nelle mura di casa, dopo una giornata di fatica e di confronto (e talvolta anche di lotta) con gli altri, spesso è un sollievo. E poi abbiamo bisogno di essere "da noi", con noi stessi. Non ci piacerebbe vivere sempre per strada, sempre in mezzo gli altri. Abbiamo bisogno anche di solitudine, di raccoglimento, di intimità.

Mutatis mutandis, un paese svolge la stessa funzione di una casa, e le frontiere ne delimitano lo spazio. Lo spazio per essere significativo, e

svolgere una funzione rappresentativa, deve essere limitato. Com'è limitato un quadro dalla cornice, o uno scritto dalla pagina. O il tempo entro delle coordinate specifiche che lo scandiscono.

C'è una fine ed un principio. La limitazione fa parte della stessa condizione umana, che ha a disposizione tempo e risorse irrimediabilmente circoscritte. Kant in un breve scritto, *Das Ende aller Dinge*, "Il fine di tutte le cose", ci offre quattro modelli di convivenza a suo parere negativi. Questi sono il carcere, il manicomio, la cloaca, ed infine il *caravanserraglio*. Questo è il posto dove si incontrano dei viaggiatori in continuo movimento, e per un po' di riposo, una sosta nel loro viaggio, per rinfrescarsi e cambiare i cavalli e il postiglione. Il caravanserraglio del presente potrebbe essere offerto dall'aeroporto. Questo è un luogo dove si incrociano in ogni momento migliaia di esseri umani in viaggio, partono ed arrivano, perpetuamente, si fermano qualche ora o pochi minuti, si incontrano, forse scambiano qualche parola, ma non vi è tra loro vera conversazione, discorso articolato, né interessi comuni, e tanto meno senso di comunità. Una società dalle frontiere completamente aperte, o senza frontiere, assomiglierebbe assai ad un tale luogo, ad una tale situazione del tutto contingente e provvisoria; si ridurrebbe probabilmente ad una specie di caravanserraglio. E i caravanserragli sono tutti uguali, e il pluralismo delle forme di vita in tal modo si ridurrebbe invece dia aumentare. Tranne che le frontiere non si aprissero a intervalli regolari, a distanza di un certo numero di anni. Ma allora nuovamente la legittimità delle frontiere non sarebbe negata, anzi riaffermata. Ché la loro apertura dovrebbe poi concludersi con la loro rinnovata chiusura.

La delimitazione delle frontiere rimanda anche alla questione della sovranità. Questa significa capacità di decisione delle norme e dei provvedimenti che regolano la vita associata. Ciò però presuppone che quelle norme e quei provvedimenti possano essere efficaci, che la vita associata in un certo spazio e tempo sia effettivamente prodotto di quelle norme e decisioni. Dunque, non vi è sovranità possibile senza un controllo del territorio, della terra e forse anche del cielo. Si racconta che Mao-tse-Tung ad una delegazione del Partito comunista italiano in visita in Cina specificasse la concezione cinese della sovranità nazionale sollevando il braccio ed indicando anche il cielo. Sovranità anche di questo allora, a voler dir che anche gli dei e la religione sono inclusi entro il potere di disposizione del sovrano. La religione fa parte del dispositivo della sovranità—ricorda Mao, ed ecco perché la separazione Stato e Chiesa risulta invero sempre particolarmente problematica e controversa.

2/2020

Ora, la democrazia non sfugge alla presa della sovranità. Certo, a seconda di come la si intenda, si può articolare la sovranità popolare democratica, in modi diversi, e fors'anche contrapposti. Si può avere una concezione, diciamo così, "giacobina" della sovranità democratica, accentratrice e priva di controlli esterni, senza troppi diritti fondamentali azionabili. Oppure si può avere una sovranità di carattere – diciamo così – "girondino", tendenzialmente federalista, pluralista, con esigenti diritti fondamentali che la limitino dal basso e mediante procedure giudiziali. Resta però la necessità dell'efficacia della norma sovrana, come che questa sia prodotta e sia garantita, della sua presa sul territorio e su coloro che alla sovranità rispondono. La cittadinanza è l'altra faccia della sovranità, soprattutto di quella democratica. Cittadino è colui che prende parte alla decisione sovrana e la implementa con l'esercizio dei suoi diritti, che sono come frammenti di sovranità, che si ricompongono in un mosaico coerente, là dove per l'appunto della cittadinanza si offra un quadro determinato, delimitato.

Il circolo virtuoso tra sovrano e cittadino, per cui colui che deve obbedire alla norma deve poter anche avere accesso alla produzione di questa, richiede che sia possibile identificare e delimitare i destinatari della norma. E ciò si fa in maniera efficace delimitando un territorio entro il quale i soggetti che vi operano siano sottomessi alle norme e pertanto anche protagonisti di questa. Ciò ovviamente in via di principio, e come direbbe Aristotele "per lo più". Altrimenti avverrebbe che un sovrano sarebbe operativo su soggetti che però non possono influire su di esso o partecipare alle sue funzioni. Tutto questo richiede una delimitazione di coloro che sono soggetti alle sue norme, uno spazio di delimitazione della validità e dell'efficacia di tali norme, dunque un territorio politicamente qualificato, in conclusione frontiere che diano evidenza e sicurezza a tale delimitazione. Da ciò purtroppo non si sfugge.

Così come la sovranità e sovranità sulla sovranità, competenza-competenza, potere sulla definizione e l'uso del potere in questione, del pari la cittadinanza consiste o necessita di una competenza-competenza, meta-competenza, di analogo tenore. Essa si deve dare come potere del cittadino di stabilire chi è il cittadino. La cittadinanza anch'essa è dunque soggetta ad una delimitazione, secondo criteri deliberati, discussi, e posti dagli stessi cittadini. In un certo senso, una cittadinanza che fosse concessa a tutti gli esseri umani automaticamente, entrerebbe in conflitto con questa sua natura riflessiva e di meta-competenza. Non vi è essenza della norma qui. Non vi è nella cittadinanza automatismo che non possa essere rivisto:

altrimenti la meta-competenza sarebbe contraddetta e negata. Ciò però ha come esito che la cittadinanza ha una natura essenzialmente esclusiva.

Per quanto siano i generosi i criteri di concessione ed ammissione alla cittadinanza, per quanto la si renda porosa, essa sempre si dà secondo la logica binaria di cittadino e non cittadino. Una cittadinanza cosmopolita pertanto cesserebbe di essere cittadinanza, giacché necessariamente avrebbe perso il carattere di meta-competenza. Non potrebbe più restringere o ampliare la sua classe di appartenenza. Questa facoltà ora le sarebbe interdetta. Ma in tal modo la cittadinanza si ridurrebbe a qualcosa d'altro, ad uno statuto non più convenzionale, artificiale, plasmato, riplasmato secondo deliberazioni collettive, ma in una essenza normativa cui la norma dovrebbe solo copiare o riflettere.

Tale irriducibile artificialità o convenzionalità della cittadinanza ne fa però una qualità tutta accidentale, dunque uno statuto giuridico particolarmente delicato e controverso. Rimane in essa –deve constatarsi -- un elemento anti-universale, e persino antieguale, che la spinge sul crinale dell'ingiustizia. Ed allora vi sono studiosi, come per esempio il Professor Thomas Gutmann dell'Università di Münster, che ne parlano come dell'ultimo privilegio feudale e per certi versi pre-moderno residuo nella modernità giuridica. La modernità giuridica si riappropria e rimette all'ordine del giorno la figura del cittadino, per opporsi alla gerarchia ed alla inuguaglianza fissata nella figura del suddito feudale, ma così facendo riproduce uguaglianza ed anche sì gerarchia, quella tra cittadino e non-cittadino. E tuttavia, se vogliamo pensare alla cittadinanza come ad una situazione normativa democratica, non possiamo sfuggire a quell'esito escludente.

Tutto ciò non può non avere delle immediate ripercussioni sulla questione della migrazione. Questa è un diritto, fondato nella libertà di movimento che è insita nella stessa fenomenologia dell'essere umani. Ed è fondata inoltre nel diritto alla felicità, nel diritto a cercare ed ottenere una forma di vita che ci risulti soddisfacente e nel quale si possa dispiegare al massimo la nostra dignità. Il nostro "fiorire" è cosa del nostro autonomo progetto di vita, e questo può potersi realizzare solo emigrando, alla ricerca di una vita migliore. Qui emerge un diritto morale forte che nessuno può negare. Ma dall'altro lato si contrappone un diritto politico, quello di darsi la comunità insieme ad altri secondo regole comunemente ed autonomamente scelte. E vi è il diritto, questo morale, di restare "tra di noi", il diritto alla "casa", ad una certa solitudine ed intimità, che non sia interrotta o disturbata o distrutta dagli altri. Migrazione e cittadinanza

2/2020

confliggono. In questa situazione scorgo un'occorrenza nella quale la "unica risposta corretta", che pure ritengo sia azionabile nella gran parte del territorio normativo, sia difficilmente ottenibile, anche in via di principio. In filosofia morale una delle contrapposizioni fondamentali, una delle "grandi divisioni", è tra coloro che sostengono l'incommensurabilità di valori, principi e diritti, e dunque parlano di "scelte tragiche", sempre inevitabilmente più o meno ingiuste, che si consumano e devono consumarsi nella solitudine della decisione non compiutamente giustificabile. E poi vi sono coloro che credono che le scelte siano tutte compiutamente giustificabili, e che vi sia sempre un criterio tale da ricomporre il conflitto tra valori e diritti, e che possa ricondurli alla "sola risposta giusta". Io credo che sia questa seconda la soluzione più appropriata al campo della deliberazione morale, e giuridica.

E tuttavia rispetto allo scontro tra diritto di migrare e diritto di cittadinanza mi sembra di dover alzare le braccia. Non che qui si debba decidere in maniera irrazionale, ricorrendo al mero decisionismo o tirando a sorte. Ma mi pare che la risposta corretta, che pure potrà rinvenirsi dipendendo dalle circostanze di fatto, lascerà sempre uno strascico di ingiustizia.

Ciò che di certo va detto però è questo: la cittadinanza si applica e presuppone il circolo virtuoso tra obbedienza alla regola della forma di vita e sua produzione. Non si vede allora come chi obbedisce alla regola possa essere democraticamente escluso dalla produzione di questa. Può solo accadere e giustificarsi in via provvisoria e prodromica; ma il circolo virtuoso deve essere prontamente ristabilito e riaffermato. Del pari una frontiera assolutamente escludente non può giustificarsi. Il diritto di migrazione può darsi come un'esigenza esistenziale basica e come diritto morale fondamentale, e questo tra l'altro è ricompreso nella autocomprensione della democrazia, la quale deve prevedere il diritto di esodo, il diritto all'abbandono della comunità. La democrazia si dà come articolazione sì della "voce", *voice*, ma anche dell'"uscita", dell'*exit*.

Allora, se la sovranità si dà anche necessariamente nei termini di una rinuncia volontaria alla partecipazione a questa ed all'entità ch'essa comporta (*l'exit*, per l'appunto), la reciprocità insita nella normatività delle pretese soggettive richiede che il diritto all'abbandono si rovesci nel diritto all'accesso alla comunità e all'ingresso in questa. Ci ritroviamo qui su un terreno esistenzialmente sensibilissimo, nel quale reciprocità e consapevolezza dell'ingiustizia dell'agire sovrano devono andare di pari passo. E con quella irrimediabile ingiustizia dobbiamo fare i conti,

riducendola al massimo, e poi mai potendoci gloriare della situazione di cittadinanza. La fratellanza è una bella cosa, ma che si sappia e si ricordi sempre che questa ha dei limiti (ché non si estende naturalmente a tutti, nemmeno al “prossimo”), e che tali limiti rimangono ingiusti e fonte di umiliazione e di dolore per molti. Di questo dolore e di questa umiliazione non si potrà evitare di assumersi la responsabilità e, direi anche, la “colpa”, specialmente là dove si tratti della istituzionalizzazione e dell’irrigidimento giuridico di quel legame ed affetto collettivo.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

ANDREA PORCIELLO

Presentazione

2/2020

ANDREA PORCIELLO*

Presentazione

Viviamo giorni bui, giorni in cui è l'incertezza a far da padrona. La situazione pandemica, che più volte gli esperti (se tali si possono ancora definire) avevano dato per conclusa, dispiega ancora massicciamente i suoi effetti a livello planetario. L'economia, innanzitutto quella italiana, che già versava in condizioni preoccupanti, dopo un anno di blocco sta flirtando pericolosamente con il baratro. I poveri aumentano, i precari sono sempre più precari, e moltissimi piccoli imprenditori, che fino all'anno scorso riuscivano a pagare debiti con le banche, tasse e personale, mettendo anche qualcosa in tasca, nel giro di un anno hanno dovuto chiudere i battenti, molto spesso mantenendo della vecchia vita soltanto i debiti. E intanto, la gente continua ad ammalarsi e a morire.

La politica, non solo quella nostrana beninteso, si trova davanti ad una scelta tragica, economia da un lato, salute dall'altro. L'idea, che molti demagoghi della politica continuano a descrivere come possibile, ossia quella di tutelare contemporaneamente entrambi i valori si è dimostrata del tutto impraticabile. Perché l'economia, quella reale intendo, ha bisogno di spostamenti e di contatti, è molto più simile al vecchio mercato rionale di quanto si possa credere, e di converso, la tutela della salute richiede precisamente il contrario, stasi e distanza. Tentare un compromesso fra le due opposte esigenze con tutta probabilità vorrebbe dire perdere su entrambi i fronti. Credo che ogni possibile ragionamento sull'incertezza di questi giorni, sulle strategie da adottare, debba partire da questa triste e amara consapevolezza. Comunque vadano le cose, qualunque scelta verrà operata dovremo sacrificare qualcosa d'importante. Ci troviamo in quella situazione che gli scacchisti definiscono attraverso la parola tedesca *Zugzwang*, mossa obbligata, nonostante ciò comporti il sacrificio di un pezzo. E quando il sacrificio, anziché statue di legno, riguarda beni fondamentali come la vita, la salute o il lavoro, la relativa scelta diventa inequivocabilmente tragica. Questo presupposto non credo possa essere in alcun modo eluso, bypassato o, forse cosa ancora peggiore, minimizzato.

Eppure, anche il Covid 19 ha trovato i suoi negazionisti. Se non fosse foriero di conseguenze spesso assai negative, il negazionismo, quello dei

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

fatti intendo, possiede spesso una componente comica. Permettetemi una breve divagazione. Durante il primo lockdown, due negazionisti della sfericità terrestre, i così detti terrapiattisti, hanno intrapreso un viaggio su di una barchetta per dimostrare che Pitagora, Platone e soprattutto Galileo in verità erano in errore: la terra non è tonda, e se si cammina in linea retta, prima o poi, si raggiungerà un confine, ci si imbatte nelle colonne d'Ercole. Ebbene, i due sono stati ritrovati e tratti in salvo alla deriva nei pressi di Lampedusa. La cosa divertente, come testimoniato da uno dei medici soccorritori, e che avevano cercato (invano) di orientarsi usando una bussola, il cui presupposto di funzionamento è costituito proprio dalla sfericità della terra, ossia dall'esistenza di due poli. Vi ho raccontato questa storiella perché in realtà credo che i negazionisti, tutti i negazionisti dei fatti in verità, assomiglino molto ai due naufraghi oscurantisti appena descritti. Negare i fatti comporta a volte buffe, molte altre volte tragiche, contraddizioni.

Ebbene, i negazionisti della pandemia ritengono che la scelta poc'anzi descritta, la *Zugzwang* di questi giorni, non solo non sia affatto tragica, ma che addirittura, come nei migliori blockbuster hollywoodiani di fantascienza, sia solo un'invenzione, funzionale al rafforzamento del tristemente noto Stato di eccezione. La pandemia, a differenza di quanto tutti noi crediamo, poveri ed ingenui schiavi manipolati dal sistema, in realtà non esisterebbe, sarebbe solo campagna elettorale, o ancora peggio strumento politico/economico di coercizione di massa. E allora, se è così che stanno le cose, «perché i media e le autorità si adoperano per diffondere un clima di panico, provocando un vero e proprio stato di eccezione, con gravi limitazioni dei movimenti e una sospensione del normale funzionamento delle condizioni di vita e di lavoro in intere regioni?», si chiedeva tra gli altri Giorgio Agamben ad inizio pandemia. La risposta che lo stesso Agamben suggeriva lascia alquanto perplessi: «Si direbbe che esaurito il terrorismo come causa di provvedimenti d'eccezione, l'invenzione di un'epidemia possa offrire il pretesto ideale per ampliarli oltre ogni limite».

La risposta lascia perplessi innanzitutto per una ragione: se, ad esempio, il terrorismo che Bush fronteggiò attraverso i *Patriot Acts* e la normativa eccezionale che ne seguì fornì certamente un'occasione per colpire più duramente gli oppositori politici, al di fuori delle cautele e delle tutele tipiche del regime costituzionale, un'opportunità per rafforzare il Governo e la sua polizia; nel caso di questa pandemia non si capisce chi è che dovrebbe approfittare della situazione, chi è che dovrebbe battere cassa, e soprattutto chi sono i nemici che in tal modo potrebbero essere ridotti al

2/2020

silenzio. In ogni complotto che si rispetti ci sono i buoni e i cattivi, c'è chi vince e c'è chi soccombe, c'è chi guadagna e c'è chi perde. Una situazione in cui, con diverse gradazioni, tutti hanno da perdere qualcosa, in cui il sacrificio è inevitabile, non può essere frutto di un complotto, di un'invenzione.

Oltretutto, è assai singolare il fatto che quando i diritti fondamentali degli "altri" vengono calpestati senza motivo, calpestati sul serio intendo, molti intellettuali (e in questo caso non mi riferisco ad Agamben) restano a guardare o ancora peggio si girano sprezzanti dall'altra parte; e quando invece sono i "nostri" diritti ad essere lambiti, sfiorati, o anche momentaneamente compressi, per ragioni, però, più che comprensibili, gli stessi intellettuali gridano al complotto, all'assalto alla democrazia, se non addirittura al fascismo. Se quello che stiamo vivendo è un complotto *a la* Orwell, un gioco di potere finalizzato a depredarci dei nostri diritti fondamentali, non si sa bene da parte di chi e per quale finalità, cosa dire di molte delle condotte dell'Europa e degli Stati Uniti in politica estera, cosa dire del modo in cui queste superpotenze si relazionano con la parte più povera del pianeta. Solo per fare un esempio pensiamo al trattamento che noi europei riserviamo sistematicamente ai migranti, definiti dal "nostro" diritto standard ed al di fuori da qualunque eccezionalità come profughi, clandestini, indesiderati, irregolari etc.

Lo so, la "pagliuzza" nell'occhio di biblica memoria, soprattutto quando l'occhio è il "nostro", può dare fastidio, nei casi più estremi può addirittura farci lacrimare, ma il senso di giustizia ci dovrebbe imporre di applicare la medesima scala per misurare i fenomeni che intanto ci accadono intorno. Spezzare il circolo virtuoso della giustizia, interrompere l'esercizio di immedesimazione e di universalizzazione che il discorso sulla giustizia ci impone, affermando ad esempio che "prima vengono gli italiani", piuttosto che i tedeschi o i francesi, oppure che la pagliuzza che ci solletica gli occhi è comunque più importante, quantomeno per noi, rispetto alla trave che intanto trafigge gli occhi altrui, direi che, oltre che inopportuno, è illogico, ingiustificato, incoerente, perché viola i presupposti stessi di un discorso razionale.

Non credo sia un caso, benché ormai la questione non faccia più notizia e benché anche i più accaniti nazionalisti non ne parlino praticamente più (almeno per ora), che Massimo La Torre abbia voluto dedicare l'Editoriale di questo numero di *Ordines* ai migranti. È vero, la pandemia, che per inciso esiste, ci ha rinchiuso in casa, ci ha tolto i viaggi, i

contatti, le cene, i cinema, ed anche la scuola e l'Università per i nostri figli. Ma per quanto fastidioso sia, si tratta pur sempre di una "pagliuzza" quando paragonata a ciò che intanto ci capita intorno. Ai più sfortunati tra noi, che certo oggi non sono in piazza per ottenere la riapertura delle scuole o per gridare al complotto, la pandemia ha strappato loro i cari, ha tolto il lavoro. E poi ci sono i dimenticati, quelli che pagherebbero per essere "rinchiusi" in una casa, al caldo, che pagherebbero per avere un lavoro "a distanza", ad esempio i migranti oggi segregati nel campo di Lipa in Bosnia Erzegovina, con la chiara complicità dell'UE.

In questo primo numero del 2021 sono tanti gli argomenti trattati e gli approcci metodologici messi in campo.

Innanzitutto, spazio è stato dato alla situazione pandemica. A cominciare dal contributo dello studioso tedesco Thomas Gutmann che ci onoriamo di pubblicare, dal titolo *Scelte tragiche. Criteri per il triage dei pazienti di Covid-19 bisognosi di terapia intensiva*, questione ancora poco commentata, ma ricca di importanti spunti etico-giuridici, qui colti dal giurista di Münster con grande sensibilità giuridica e filosofica. Ancora alla pandemia, ma ad aspetti giuridici privatistici, è dedicato il saggio di Giuseppe Colacino *Emergenza sanitaria da Covid-19, fra istanze di bigenitorialità e tutela del best interest of the child*. E sempre di ambito bioetico e sanitario sono i contributi di Ivan Valia sulla maternità surrogata e di Valeria Ciconte sulla farmaco-vigilanza.

Pubblichiamo inoltre due saggi filosofico-giuridici dedicati alla cultura tedesca, il primo di Ulderico Pomarici su Johann Wolfgang Goethe dal titolo *Il Faust di Goethe: la vita come infinito intrattenimento* ed il secondo di Sara Lagi su Hermann Heller intitolato *Un bene purché...Hermann Heller e il pluralismo*.

Vari i contributi dedicati a questioni strettamente giuridiche. Di stampo civilista quelli di Marcello Mazzuca sugli usi civici, di Marco Infusino sulla forma negoziale e di Pietro Nastasi sulla responsabilità da danno tanatologico. Di orientamento penalista e processual-penalista i contributi di Marco Grande sulle indagini sotto copertura e di Simone Rizzuto sulla responsabilità penale in ambito sanitario.

Infine, sulla questione della tutela dei migranti climatici il contributo di Daniele Corasaniti e sull'anarchismo quello di Andrea Caputo.

Il numero è, infine, arricchito dalla presenza di due Forum monografici: il primo curato da Thomas Casadei e Alessio Lo Giudice dedicato al recente referendum sulla riduzione del numero dei

2/2020

parlamentari, al quale hanno partecipato Lucia Corso, Filippo Pizzolato, Alessandro Morelli, Rosaria Piroso, Silvia Salardi e Luigi Mariano Guzzo; ed un altro, curato da Francisco Mora Sifuentes, dedicato all'ultimo libro di Massimo La Torre *Il diritto contro se stesso*, al quale hanno preso parte i colleghi Amalia Amaya, Leticia Bonifaz, Jorge Cerdio, Massimo La Torre e Francisco M. Mora-Sifuentes.

Il presente numero di Ordines è dedicato ad un caro amico che purtroppo da qualche giorno non c'è più, Pasquale Caracciolo. Per tutta la comunità del nostro Dipartimento, per tutte le persone che a vario titolo orbitano intorno al nostro dottorato di ricerca e alla nostra rivista, Pasquale rappresentava un punto di riferimento. Non era semplicemente un impiegato con cui risolvere questioni burocratiche: con il suo garbo e la sua gentilezza, mai ostentata, era entrato nei nostri cuori, raggiungendo in punta di piedi un posto tutto suo. Ci mancherà terribilmente.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

THOMAS GUTMANN

Tragic choices. Criteria for “triage” of Covid-19 patients in need for intensive care

ABSTRACT - In the present paper, the Author stresses the point that far from being a state of emergency where law and legal principles are suspended, Triage is a legal question to be faced with formal criteria. Every form of consequentialist thinking adopting different kind of material criteria, such those embraced in the guidelines drawn up by national medical societies in order to manage the pandemic, by necessarily involving a discrimination against fragile patients is incompatible with the basic principle of fundamental equality of human lives. The Author particularly focuses on the German case, where for its special constitutional tradition this basic principle is strongly avowed.

KEYWORDS - Covid-19, Triage, Utilitarian reasoning, Rule of law, Right to life, Human Dignity

THOMAS GUTMANN*

Tragic choices. Criteria for “triage” of Covid-19 patients in need for intensive care

What I'm talking about is something which is right before our eyes today. Of course, we all remember Bergamo, the first horrible situation we had in Europe during the pandemic, while we are waiting for the third wave of Covid-19 today with mutated versions of the virus. We are looking at around 80 000 deaths in Italy so far caused by Covid-19 and around half of this number, 41 000, in Germany. Just today, this morning, the SIAARTI, “Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva”, and the SIMLA, “Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni”, published new Triage guidelines with a changed set of selection criteria compared with the ones they published in March. In the background, Italy has a very hard discussion these days about the new draft pandemic plan.

I've worked in the field of the ethical and legal principles for the allocation of scarce life-saving resources for 30 years now, mainly in the field of organ allocation, the allocation of livers and hearts for transplantation, and I wrote a couple of texts about Triage. My first point is to stress that Triage is a legal question in the first place. The way we have to deal with Triage in our societies, in Italy and in Germany, has to be decided by law, not by ethics and not by physicians, not by medical systems.

Under the rule of law, it cannot be for physicians to determine which citizens will survive and who will die. This is a normative question, not a medical one, and the only form of normativity which can deal with this question is law. The problem of Triage seems to hint at a situation where normal principles of normativity are suspended. Triage looks like some form of a *state of emergency*, maybe even in a *carlschmittian* sense. I have read so many discussions that seem to follow the premise that the allocation of scarce life-saving resources is a very special situation, and for this very special situation there have to be special rules about how to decide who will live or will die and about who has the competency to take this decision. I think this premise is wrong. We're not in a state of emergency. For Triage, there are no special criteria for the question of who decides and how to

* Professore di Diritto Privato, Filosofia del Diritto e Diritto della Medicina presso l'Università di Münster, Germania.

decide. There is no special legitimacy for physicians to determine which citizen may survive and which citizen must die. It is the law which has to decide, or at least the legal principles we are living by have to be applied, they are not suspended. We are not in a situation where law is not applicable.

Nonetheless, in Germany, in Austria, in Switzerland, in Italy, it is physicians' associations who are making guidelines for Triage. There's something fundamentally wrong with this premise that anything or anybody could legitimize physicians to establish such sort of structural normative rules about the right to life for certain groups of citizens.

This issue is at the heart of the Constitution, it is at the heart of the legal system. It certainly is one of the hardest questions for the rule of law to decide, but if the law doesn't decide it, what should the law be for to decide after all? If the law refuses to decide here, we would have to ask ourselves what do we have a legal system for? So, Triage is a legal question.

We had the same discussion in most Western countries regarding the allocation of scarce medical resources in organ transplantation. The traditional premise of the medical system was: it is the medical system, it is the physician or the transplant surgeon who decides who will survive and who will die. It took us about 20 years to make clear that this is a legal question, and this question already arrived at the German Supreme Court and at the German Constitutional Court. Also about Triage we are expecting a ruling by the German Constitutional Court, maybe in March (I hope it will come sooner because March will be too late), about what are the legal criteria for Triage and who is the one who has to decide. The answer will be: it is the Parliament in a formal act of legislation and certainly not any kind of medical society or single physician. So again, Triage is a legal question.

It has to be a legal question for another reason, because ethics cannot decide and does not decide anything. I do speak as an ethicist here and I do work as an ethicist too, not only as a lawyer. In the ethical debate we can find every conceivable position regarding Triage criteria from (as we call it in the philosophical terminology) strictly deontological positions assuming radical equality of patients to different sorts of consequentialist thinking, of social utility thinking, of virtue ethics. There is an extreme pluralism of ethical voices and in a pluralistic society as ours, there definitely is no ethical consensus or ethical solution for questions like that. That's one of the reasons everything which is really important, regarding legally protected basic interests of people must be determined by law and defined in a

general way, and the only way to define criteria in a general way is to define them in a legal manner, to define them by law. This is one of the main objectives of legal systems.

And of course, none of the recommendations we see in Italy, Germany and Switzerland, the SIAARTI recommendations, the German ones by the “German Society for Intensive Care Medicine” (DIVI), or the guidelines by the “Swiss Academy of Medical Sciences”, gives any substantial ethical reasoning. They are just an act of will, but not an act of argument. They do not even try to justify their criteria ethically, in the light of a critical pro and con. The guidelines and recommendations are not based on ethical analysis, and I assume there wasn't any real ethical discussion behind the doors. All these recommendations pay some lip service to legal and ethical principles, but these principles do not guide these guidelines, they don't really underlie them. There isn't even a plausible ethical fundament for the main normative premises of these texts. I will come back to that.

My thesis is that in finding criteria for Triage situations where we have more patients who are in dire need of lifesaving scarce medical resources (like intensive care or ventilation) than we have resources, there is a basic normative trade-off. It's the same trade-off in ethics and in law, and this trade-off is between equality on the one side and utility on the other. There are different answers to this trade-off and the behauptung question is which answers are compatible with the basic principles of our legal systems. I will give you the German example and then we will have to discuss the situation in Italy.

My main assertion is that all forms of utilitarian thinking, mild ones or radical ones, all forms of trying to maximize some sort of health utility by defining criteria for Triage situations must discriminate against the vulnerable, the comorbid, against older persons and against disabled persons. The only difference between all these different utilitarian approaches, and one of them is the Italian one, is how radical this discrimination against the vulnerable, the comorbid, the fragile, the old and the disabled is conceived.

I start with Germany as an example, because the German legal system may be a bit special in this regard, based on a learning process from the experience with National Socialism in the 30s and 40s. You all know that the Nazis killed people who they called «not worth living», disabled persons especially. The twofold basic consensuses, from right-wing to left-wing politicians when it came to the drafting of the German Constitution, was: first, no more torture, and second, that every human life, regardless of

the age of the person, her morbidity life expectancy or quality of life has the same worth, and every right to life has the same strength. An apt principle of absolute equality in the value of life.

This is, technically or legally spoken, a combination of two articles of the German Constitution. The first is Article 2 para 2, *the right to life*, and the second one is Article 1 para 1, *the principle of human dignity*. You might call it a contingent development in Germany, I'd call it quite a necessary one, that the German Constitutional Court very early started to combine these principles and to say that one feature of human dignity is a sort of basic equality. So, on the very basic level of being a person and having a right to life we are radically equal.

Ronald Dworkin made the famous distinction between treating people as equals, which he called the main normative principle of Western states, guaranteeing a fundamental right to equal concern and respect on the one hand, and being treated equally, on the other hand. Of course, you can treat people unequally and still treat them as equals, still respect them equally as persons. We are different, so we have to be treated differently in many respects, but there is a basic form of equality: we all have dignity equally, we all have basic civil rights and basic human rights equally, we have the right to equal respect. And the German tradition in constitutional law has combined these principles and has made clear that when it comes to the right to life, we are radically equal, too. So, here in order to be treated as equals we have to be treated equally, regardless of age, of morbidity, of life expectancy, of social worth, and, of course, completely regardless of religion and race and things like that. So, there's radical equality when it comes to the right to life.

I'd like give you an example. You might know the ruling, but I would like to hint at the deontological *extremism* underlying it, a sort of counter-extremism in German constitutional law, which is still mainstream, but it has its critics. The ruling provides an example when it comes to the right to life as a negative right, as a freedom right. In January 2005, four years after 9/11, the *Bundestag* passed a law (§ 14 para 3 LuftSG) which said that in a situation like 9/11, when an airplane hijacked by terrorists is directed, let's say, to Frankfurt (that's the example everybody had in mind), and it is going to crash into the towers of the European Central Bank or the Deutsche Bank, the Minister of Defence may send jets to shoot this hijacked plane down. On February 15, 2006, the German Constitutional Court (BVerfGE 115, 118) ruled that this legal provision is unconstitutional, being an infringement of human dignity (Art. 1 para 1 of the Constitution). The Senate argued, that

under the rule of the principle of proportionality, being shot down might not be considered an infringement of the constitutional right to life of the hijacked passengers on the airplane, given that otherwise they would only have another minute to live anyway. But if you take the principle of human dignity into the equation, the Court said, shooting down the plane would mean to instrumentalise, to objectify these people for reasons external to them, using them as a mere means to save others and thus infringing their dignity. It's a very precise argument. So the principle that the state must never infringe human dignity amounts to say that we cannot save, let's say, 3000 lives in the bank towers of Frankfurt am Main by shooting down the plane and killing 100. Isn't that irrational? The answer of the German Constitutional Court was: *numbers don't count*. This equal right to life means that no single life may be sacrificed, not even for a greater number of lives saved. Numbers don't count.

We have a huge philosophical discussion starting with a famous article by John Taurek in 1977 about the deontological and consequentialist discussion about «should the numbers count?». You all know the *trolley examples* – it is allowed to *sacrifice* (to kill) one person or two persons in order to save five –, but Taurek's more radical question is: is it always better to *save* the greater number? The answer of the German Constitution seems to be that numbers also don't count when it comes to saving lives. We cannot let someone die in order to save other people. So, when it comes to the right of life every life has the same value, and when it comes to saving lives, we must not discriminate on the basis of any reason. Not only we must not discriminate following criteria like race, or religion, or ideology, or gender, we must not discriminate *at all*. We must not discriminate regarding health status, we must not discriminate regarding age, we must not discriminate regarding life expectancy or morbidity.

So, to put it quite clearly, when it comes to the German constitution, the value of the life of a multimorbid 89-year-old, is exactly the same as the life of the healthy 18-year-old.

We all have different normative intuitions. And I guess every one of us has a bit of utilitarian thinking in himself, so there seems to be something wrong with this kind of deontological extremism. I assume that no constitutional court in the Western world would have made the same ruling as the German one when it comes to the 9/11 situation. This is a special tradition in the German constitutional system, but it's a tradition which, I would say, is thinking a certain premise which is part of the principle of human dignity to its end.

Amartya Sen once wrote that normative approaches or ethical theories can be differentiated by the kind of information they accept into ethical thinking. In this regard, the principle that every life has radically equal worth, that every right to life is equally strong is a normative principle which is very meagre, very scarce of information. We don't accept *any* material differentiation. There is no conceivable normative reason to differentiate between people when it comes to life and death questions.

So, if you take that seriously (and I don't claim that all nations should follow the German example, I just tried to explain this line of thinking as an *ideal type* example) there is only one criterium left to decide Triage questions. It is *urgency*. Urgent patients are patients who need intensive care of ventilation right now, because otherwise they will die soon. Every urgent patient has a legal right to be treated in the hospital as long as there are resources. I stress this point because in Switzerland, the guidelines say that even if there are still enough free places in the intensive care unit, physicians should not accept old and fragile person at the outset. In Switzerland we had already a couple of cases where older patients suffering from Covid-19 died because the hospitals refused to treat them although they still had more than 400 free beds in the intensive care units, which would clearly be illegal in the German legal system and, as most of my colleagues think, it is illegal in the Swiss legal system, too. I don't know about Italy, but I think that everybody was treated in Italy as long as the resources held.

So, what about Triage? Imagine the intensive care units are full, we don't have enough intensive care places for the people who urgently need ventilation and most of these people who need ventilation and don't get it will die. What can you do? The German answer would be a very simple one: you treat those people in the order they arrive at the hospital and when all the beds are full, all the beds are full. There is no possible criterium for discriminating against certain patients. If everyone has the same right to live, then you cannot take an 80-year-old person from the ventilator and let him die in order to save a 20-year-old person, because both have exactly the same right to life. So, in the end, the only criteria left are completely formal ones, without any material dignity. You could toss a coin, if you want. Or you can just keep those urgent patients on the ventilator who happened to come first to the hospital. That's the German solution, and I'm quite sure that this will be the answer of the German Constitutional Court.

There's a problem with this, and the problem is that the little utilitarian in your heart will protest. And this little utilitarian in your heart

will tell you: «isn't this a waste of resources to care for all the elderly and let the young die? Shouldn't we try to make the best use of our resources? Shouldn't we try to maximize utility?». If you start with this line of thought, then you have to differentiate between persons. In the line of consequentialist thinking you have a lot of options here. A classic utilitarian (let us call that level one of utilitarian thinking) would say: «Well, we will allocate scarce lifesaving resources as we treat everything else: along the lines of social utility. We try to maximize social utility *per se*». That might mean assessing how important is this person for our society. Then we could define what is the worth of, let's say, a physician compared to a philosopher, what's the worth of Elon Musk compared to somebody collecting garbage. This would be a classical consequentialist solution.

I have a colleague, a professor for Jewish ethics in Jerusalem and some time ago I had a discussion with him in Davos about Triage. He said: «I have an answer: rabbis first. Because rabbis, if they survive, they can do so much for other people». Of course, he wasn't completely serious, but that is the line of thinking. So, who is really important of you and who is not? Let's make a list. Of course, most of our constitutions, especially also the Italian one, would forbid looking at social utility.

So we go down to the second level: what about health utility? Shouldn't we at least try to use scarce medical resources like ventilation places in emergency care units, to create the biggest aggregate sum of health utility? How to measure health utility? Well, health economists quantify health utility by *quality adjusted life years* (QALYs) or *disability adjusted life years*. They say: «What we want to maximize is the number of life years saved of patients and we have a second criteria, which is the quality of life of these patients». So, if you are in total health your life years count multiplied with 1; if you're in a very bad state, if e.g. you are a quadriplegic and have a severe depression, you have a life quality of 0.1, so every year you live has the worth of 1/10 of a completely healthy person. That's what mainstream health economics suggest. So, if you want to maximize health utility, you have to try to maximize the quality adjusted life years of the patient collective. To do that, you have to select patients to be saved who are basically healthy (besides needing ventilation because of Covid), who have quite some life expectancy, who have no comorbidity. So you have to choose the healthy ones, the young ones. And of course this means that you have to discriminate against older persons, you have to discriminate against fragile persons, you have to discriminate against multimorbid persons, because they won't live long enough and they won't have enough quality

of life in order to be chosen. Or, to put it in another way, if you start talking about health utility, you have to treat people as *vessels of utility* (and not much else). And if you are not a good vessel for utility because you're too old, or too sick, or too fragile, or too disabled, then it's just not worth to invest any resources into you. There are better people to be invested in. This is level two.

In level three you would only claim: «let's maximise life years saved, but let's not count the quality of life of the persons saved». So, in this third step, still utilitarian but not hardcore utilitarian, we could say: «let's save the greatest number of life years and let's say every life, every year which is being lived, has the same worth». But then again you would have to discriminate against older people who will not live as long as younger people, you will have to discriminate against vulnerable people, against people with dementia who will not live that long, against disabled people who will die younger and so on. Maximising life years was the official Italian guideline by SIAARTI published in March 2020, ten months ago. And thus it was one of the most consequentialist guideline within Europe.

(The only ones who, of course, traditionally are extremely utilitarian are the British. The UK guidelines said: «we have to maximize utility». They didn't say anything about what they thought about utility. At least, they thought about maximizing quality adjusted life years). The Italian guidelines of March 2020 claimed: «We have to save our resources for patients who: first, have the best chances of short-term survival, and second, patients with whom we can save the most life years». This goal of maximizing life-years was quite an extreme position. Now, with the amended guidelines issued today, the Italian approach changed the utilitarian *ratio* and made a further step down to level four, as I call it. Instead of trying to maximize total social utility (level one), quality adjusted life years (level two), or just life years (level three), the new Italian guidelines do the same as the German recommendations and the Swiss guidelines. They say: «We want to maximize short-term survival; thus we want to maximize the number of lives saved». And to operationalize this, the criterion is to look at the chances a patient has to come out of the intensive care unit alive. So, it is about short-term survival. A couple of weeks, maybe months.

This is what I would call a reduced form of utilitarianism. The new guidelines in Italy are less extreme than the former rules. But does this approach make sense at all? I do not think so, because if you're a utilitarian, if you want to maximize lives, you have to acknowledge that “having a life”

has a timestamp, that you cannot have a life without having a time to live. You can live minutes, days, weeks, months, years, decades. So, the only way to measure life, if you want to maximize it, if you want to aggregate it in the patient collective, you have to measure its duration. It doesn't make sense to say we want to save the number of lives who at least live, let's say, three weeks. Why three weeks? Why not three months, why not three years, or three decades? I think this is an incoherent criterium.

Either you are a radical egalitarian, and you say, as the German Constitution seems to demand: «we aren't interested in how long a person will live, if we can save him here and now. An 89-year-old maybe has another six months to live, but he has the same right to be saved, besides Covid, as the perfectly healthy 20-year-old. And we do not care whether the person in the ICU has a 30% or a 80% chance of surviving ventilation. This does not constitute a normative difference. We treat everyone the same». Or you say this principle of radical equality in the right of life is normative «nonsense upon stilts», as Bentham would have claimed, or John Stuart Mill, or Boris Johnson (if he were capable of ethical reasoning). Instead, you claim: «let's make the best utility function out of what we have to do. We can't save everyone. This is horrible, but in this situation at least let us save as much life as possible, and this can only mean as many life years, or quality adjusted life years as possible». There's nothing in the middle: saving short-term lives doesn't make any sense. However, this is the Swiss approach, the German approach, and starting with today, it's also the new Italian approach.

If you look at the criteria given by the Swiss Academy of Medicine and now by SIAARTI in Italy and, very similarly, by the “German Society for Intensive Care Medicine”, they have to provide an answer for the question: «how do you evaluate a patient's chance of short-term survival? What are the criteria?». These are those I just quoted. First it's age: the older you are, statistically, the worse are your chances of short-term survival. Second is comorbidity: if you're healthy, your chances are better. Third is the so-called *fragility state*, *la scala di fragilità (cfs)* of the patient, playing an important role in the new Italian recommendations, too. To quote: «Il triage deve basarsi su parametri clinico-prognostici definiti e il più possibile oggettivi e condivisi. La valutazione, mirata a stratificare le probabilità di superare l'attuale condizione critica con il supporto delle cure intensive, dovrà procedere basandosi sulla valutazione globale di ogni singola persona malata attraverso i seguenti parametri:

- numero e tipo di comorbidità;
- stato funzionale pregresso e fragilità rilevanti rispetto alla risposta alle cure;
- gravità del quadro clinico attuale;
- presumibile impatto dei trattamenti intensivi, anche in considerazione dell'età del/la paziente».

So the question is: do you need help by other people in order to live? So, if you suffer from dementia, your fragility state is high. If you are debilitated, if you are disabled, if you're a quadriplegic, if you're sitting in a wheelchair, you need help. The more help you need, the less are your chances to get the ventilation if you get Covid. So, what the Italian guidelines, the German guidelines, the Swiss guidelines say is: «if you're fragile, if you are old, if you're suffering from dementia, if you are comorbid, if you are vulnerable in any way, you will not get treatment». And in the end, it doesn't make a difference whether you look at long-term survival or short-term survival because the criteria are the same. That's what I wanted to show you with my thesis, that although a part of our hearts is utilitarian (it is not ethically wrong to make as many people happy as possible or to make the world a better place by maximizing utility), if you start this logic in the allocation of scarce life-saving medical resources, you will have to discriminate against the vulnerable. Because they are no good vessels for utility.

That's what John Harris 20 years ago called the *principle of double jeopardy*. Who is already bad off, will not get the resources he is in dire need of, just because he is already bad off. We take from the weakest. That's the price you pay when you start utilitarian thinking in the allocation of scarce life-saving medical resources. On the other hand, of course, there's also a heavy price to pay if you do it the extremely non-utilitarian way: you waste life years that could be saved. You underachieve. That's the basic trade-off. We have to take that seriously, and this trade-off must be a question of constitutional law, or at least it must be formally decided by the people in a democratic way, in the form of law. It is certainly one of the hardest decisions we have to make besides starting a war or something like that. But what is law if it hasn't an answer to this question?

In Germany it's a constitutional principle that every question of *iustitia distributiva*, of distributive justice, which effects basic rights of citizens has to be decided by the parliament at least in its basic evaluations and principles. This is derived from the constitutional principle of democracy

and the rule of law. In the case of Triage, the situation of Germany seems to be special, because the only institution who could really define criteria for Triage is the German Parliament, but at the same time, the Constitution itself seems to already provide the only possible material answer to this question. I didn't try to tell you how wonderful it is to be a German and that everybody in the whole world should follow the German example. I just tried to explain that, for reasons which may seem historically contingent, but are necessary from the viewpoint of legal philosophy, the German Constitution is very strict when it comes to the equal value of all individual lives, stricter than other constitutional systems in the Western world. But whatever answer you'd like to give you will not be able to escape this basic normative trade-off between an idea of radical equality (that every life has equal worth, and that "equal" means "equal" and not "almost equal" or "sometimes equal"), on the one hand, and on the other hand the utilitarian principle of saving the greatest number of x (x being lives, or people, or life years, or quality adjusted life years). You cannot escape the logic of this problem.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

ULDERICO POMARICI

Il *Faust* di Goethe: la vita come “infinito intrattenimento”

ABSTRACT - In the present contribution, the Author proposes a reflection upon the Goethian individual as depicted in *Faust*, whose tragedy of a double contradiction, the inner one between mutually incompatible ideas and feelings and the outer one between itself and the general history, embodies the modern individual's *unruhigen* condition.

KEYWORDS - Goethe, Faust, individual, Romanticism, Classicism.

ULDERICO POMARICI*

Il *Faust* di Goethe: la vita come “infinito intrattenimento”**

1. Di fronte a un classico come il *Faust* goethiano – uno dei testi capitali della cultura occidentale che simbolicamente segna il passaggio alla piena modernità della cultura europea – anche solo nel leggerlo si è colti da una vertigine, un senso di smarrimento, la difficoltà di trovare coordinate per collocarlo una volta per tutte e storicizzarlo. Il classico erompe al di là di ogni *definizione* ed è questa la sua *attualità*, un eterno presente che al tempo stesso non lo è mai pienamente perché distende di continuo le sue radici nel passato e nel futuro. Ogni volta rinviando a un tempo diverso, senza mai acquietarsi, *Unruhig*. Ed è questa *Unruhe* che spinge il nostro pensiero. Anche nell'intendimento di Goethe il *Faust* non poteva che essere l'opera della sua vita, e oltre: Thomas Mann ebbe a dire che la seconda parte del *Faust*, pubblicata postuma, «non avrebbe mai potuto essere compiuta»¹. Nella sua integralità il lavoro al *Faust* – *Urfaust*, *Faust I* e *Faust II*, più di 13.000 versi – copre un arco di 60 anni, fra il 1771, quando Goethe aveva 22 anni, e il 1832, quando termina il quarto atto, l'ultimo in ordine di composizione, e di anni ne aveva 82. Il genio risalta nella consapevolezza precoce del proprio “programma” filosofico-letterario, nella sua volontà di affermazione, come si può evincere da uno schizzo steso nel 1771 per celebrare il compleanno di Shakespeare. L'opera-vita: così egli concepirà il *Faust*, perché la vita, dice, «è troppo breve per l'anima nostra»² e dunque occorre seguire le grandi orme di coloro che ci hanno preceduto, quelle, innanzitutto, «del più grande viandante», il genio di Shakespeare – sottotraccia nell'intero *Faust* – che ne illumini il cammino. La grandezza delle sue opere, dice Goethe, è nella scoperta di quel «punto misterioso» in cui «la volontà individuale collide col corso necessario della storia [...] La prima pagina che lessi di lui mi fece suo per tutta la vita»³. Così come il classico eccede ogni definizione, lo spirito mimetico del genio spinge il giovanissimo Goethe a far sua una

* Professore Ordinario di Filosofia del Diritto presso l'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ T. MANN, *Goethe. Una fantasia*, in ID., *Nobiltà dello spirito e altri saggi*, a cura di A. Landolfi, Mondadori, Milano, 2012, 368.

² J. W. GOETHE, *Per il giorno onomastico di Shakespeare*, in ID., *Opere*, I, Sansoni, Firenze, 1948, 545.

³ *Ivi*, 546 s.

rivoluzione nella concezione teatrale che lo spingerà «a rinunciare al teatro regolare» mandando all'aria l'unità di luogo classica, in guerra contro «i signori delle regole», cercando ogni giorno «di abbattere le loro torri»⁴. Il grido di guerra è «Natura! Natura!», proprio come nei personaggi shakespeariani. E l'Io gli appare come una monade: «Io che sono tutto per me, io che conosco tutto soltanto attraverso me»⁵. Qui è in germe il cuore del *Faust*, l'idea leibniziana dell'Uno-Tutto che trasforma l'azione meccanica degli atomi nella forma viva delle monadi, «che a sua volta si basa sul grado di intensità dell'azione spirituale della singola monade»⁶. Nell'empito giovanile prometeico Goethe è come il Bardo di Avon. Thomas Mann dirà che Mefistofele è l'ironica autocorrezione del suo titanismo giovanile, ma intanto è Prometeo, in rivolta contro il principio di autorità, a segnare il cammino che porta a Faust: composto nel 1773-74 «si tratta dell'inno forse più famoso dell'intero *Sturm und Drang*»⁷:

*Copri il tuo cielo, Giove,
 col vapor delle nubi!
 E la tua forza esercita,
 come il fanciullo che svetta i cardi,
 sulle querce e sui monti!
 Ché nulla puoi tu
 contro la mia terra,
 contro questa capanna,
 che non costruisti,
 contro il mio focolare,
 per la cui fiamma tu
 mi porti invidia.*

2. Tradizionalmente, a Faust vengono accostate – per segnare la nascita della coscienza individuale moderna e il suo mito – le figure di Don Giovanni e di Chisciotte. Fra i tre, però, è il solo Faust ad avere un'origine propriamente storica. Georg Helmstätter *alias* Johann Georg Faust era un ciarlatano, contemporaneo di Paracelso, divenuto nella fantasia popolare il simbolo di chi evoca il demone. Si definiva «Faust il

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ivi*, 545.

⁶ L. MITTNER, *Storia della letteratura tedesca. Dal Pietismo al Romanticismo (1700-1820)*, Einaudi, Torino, 1964, 85.

⁷ G. BAIONI, *Classicismo e rivoluzione*, Guida Editori, Napoli, 1991, 37.



giovane» e «secondo Mago», in relazione al Simon Mago che ricorre negli *Atti degli Apostoli* e nella *Commedia* dantesca. Fra mito e storia di lui si sa che fu arrestato e processato a Norimberga nel 1532 e espulso dalla città con l'accusa di negromanzia e sodomia. L'*Urtext* che ne narra le "gesta" è il volume di un cronista anonimo, pubblicato da Johannes Spies come *Faustbuch* nel 1586: «*Storia del dottor Johann Faust, ben noto mago e negromante, di come si è promesso al diavolo per un determinato periodo della sua vita*», esito di leggende popolari perdute nel tempo, al quale fece seguito una labirintica serie di testi che costituirono l'intelaiatura del mito lungo tre secoli. Goethe lo lesse da bambino perché veniva venduto sulle bancarelle e da bambino aveva anche assistito a una rappresentazione del *Faust* di Marlowe sotto forma di *Puppenspiel* (teatro delle marionette). La tragedia di Marlowe fu invece letta dal Nostro solo nel 1818, dopo la redazione dell'*Urfaust* e del *Faust I*.

3. Il *Faust* di Goethe⁸, come si sa, è la storia di un patto col diavolo. Il "dottor" Faust – professore universitario, filosofo, giurista e alchimista in rivolta contro il principio di autorità – è mosso dal desiderio incontenibile di oltrepassare i limiti conoscitivi imposti al genere umano e violare i segreti della natura: il sapere e il piacere in cambio dell'anima. Patto preceduto da una "scommessa" (*Prologo in Cielo*): Mefistofele scommette con Dio che riuscirà a portare Faust alla perdizione. Dio, come nel Giobbe biblico, lascia Faust in sua balia per testarne la resistenza al peccato: «Finché cerca», dice Dio, «l'uomo erra»⁹. La vita terrena è ontologicamente legata all'errare e all'errore. L'opera si apre con una scena notturna di sapore gotico: lo studio di Faust, «un'angusta stanza dall'alta volta». È notte fonda e lui, che ha studiato tutta la vita diritto, medicina e "perfino", teologia, si rende conto che, per quanto l'uomo si sforzi, la sua conoscenza è nulla. Disgustato si ribella al sapere ereditato dalla Scolastica, ma è ugualmente inquieto, non è "a casa" nel suo tempo. Si è dedicato anche alla magia, per cercare di svelare i segreti della Natura ma questa gli si opponeva inesorabilmente nella sua lotta per infrangere ogni limite umano. La sete inesausta e insoddisfatta di conoscenza lo spinge ai limiti del suicidio fermato però dalle campane che risuonano annunciando la Pasqua di Resurrezione. Già qui sacro e profano trovano quella

⁸ J. W. GOETHE, *Faust Urfaust*, Garzanti, Milano, 1994 (d'ora in avanti: *Faust Urfaust* con l'indicazione dei versi).

⁹ *Ivi*, v. 317.

commistione irrisolta e problematica che avrà il suo trionfo nella scena finale dell'*Ewig-Weibliche*.

4. Faust, innanzitutto una tragedia. Di qui occorre partire per tentare di entrare in quest'opera-mondo, come è stata chiamata, o, meglio ancora, opera-mondi perché attraversa gli spazi – Paradiso (*Prologo in Cielo e finale*), Terra (*Faust I*) e Inferi (*Faust II*) – e mondi senza tempo popolati da creature fantastiche, dove solo a fatica si possono intravedere simulacri di tempo storico: età antiche, Medioevo, la *Goethe-Zeit*, e oltre, verso la società industriale incipiente. Ritorna sempre la *vexata quaestio* dell'unità dell'opera, ma forse non ha senso ricercare in astratto l'unità di un'opera – divisa radicalmente in due parti che hanno una loro autonomia – segnata al suo interno da discontinuità che rappresentano la molteplicità dei mondi reali: «le singole scene sono piccoli mondi che sussistono di per sé, e, in sé conchiusi, agiscono bensì l'uno sull'altro, ma hanno poco a che vedere uno con l'altro» afferma Goethe in dialogo con Eckermann, definendo il *Faust* incommensurabile e barbarico¹⁰. Certo, la barbarie non rientra o vi rientra minimamente nella luccicante veste neoclassica della seconda parte. Operazione dunque metodologicamente problematica quella di voler sciogliere ogni asperità, ogni contraddizione per rappresentare il testo senza nodi irrisolti, come in un piano. Ma il *Faust* non ha una geometria piana. È lo stesso Goethe a dirci¹¹ che la prima parte «è quasi esclusivamente soggettiva», centrata com'è sull'individuo-Faust, e disegnata sulla sua passione per Gretchen; nella seconda parte invece, – definita da Mittner un'opera-ballo¹² – «non c'è quasi nulla di soggettivo» e vi appare «un mondo superiore, più ampio, più luminoso e privo di passioni»: puro spettacolo. Un nuovo inizio, quindi, come se nulla fosse ancora accaduto, proprio come in un incantesimo. Ci ritroviamo in un mondo magico che ricorda l'amato Shakespeare – il *Sogno* e *La Tempesta* – ma rispetto alla prima parte del *Faust* è privo di autentiche emozioni, piuttosto un caleidoscopio di illusionismi, per lo più di tono neoclassico. Spettacolo pirotecnico di mondi fantastici e mitologici creati dalla forza demiurgica di Faust, nelle vesti ora di Pluto, il dio della ricchezza, ora di un mago che li fa apparire e scomparire vorticosamente uno dopo l'altro in questo teatro delle illusioni: «Noi siamo allegorie» dice l'Auriga

¹⁰ J. P. ECKERMANN, *Gespräche mit Goethe*, 13 febbraio 1831, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1976, 446.

¹¹ *Ivi*, 17 febbraio 1831, 453 ss.

¹² L. MITTNER, *op. cit.*, 982.

adolescente¹³. Così, come in una visione, si avvicinano esseri mitologici o semplicemente fantastici (le Parche, le Furie, Gnomi, Ninfe, Sirene, Nereidi, Giganti), le folle di esseri comuni (spaccalegna, giardinieri, fioraie) o l'animazione di esseri inanimati come i fiori: la fantasmagoria di un mondo che sembra un *cartoon*: il trionfo dell'illusione e della metamorfosi, mentre i paesaggi infernali sembrano descrivere quadri dei Brueghel e di Hieronymus Bosch.

4.1. Dunque tragedia, ma perché? Fin dall'antichità la tragedia è tale perché radicata in un conflitto insolubile. Quale il conflitto che anima Faust? «A me nel petto, ah, vivono due anime, e l'una vuol dividersi dall'altra»¹⁴. Ecco la tragedia: la consustanzialità di due dimensioni esistenziali inconciliabili eppure coesistenti e di continuo collidenti. E nel *Prologo in Cielo*¹⁵ Mefistofele lo racconta al Signore: «dal cielo pretende le stelle più belle, dalla terra ogni suprema voluttà», Afrodite Pandemia e Afrodite Urania, amor profano e amor sacro, diviso com'è fra potere materiale, edonistico, e puro amore di conoscenza. Il *Faust* è la rappresentazione di questo dissidio, di questi *dissoi logoi* che animano tuttavia il suo petto. Dissidio che si riflette in un doppio femminile: nel *Faust I* Gretchen – l'amore reale e sensuale, chiusa nel suo piccolo mondo domestico *Biedermeier* del *Faust I*, la piccola camera «linda» di Margherita che a Faust risuona (ancora la scissione all'opera!) *Himmelreich e Kerker*, paradiso e prigione, adorazione e profanazione; nel *Faust II* Elena, regina di Sparta, l'ideale classico della bellezza ma in realtà solo il fantasma demonico evocato da Mefistofele, destinato a scomparire anche se darà un figlio a Faust¹⁶. *Intus ut libet, foris ut moris*, «nella vita privata fa' ciò che ti pare, in quella pubblica adeguati ai costumi del momento». Dunque, oblio di se stessi nella realtà esterna («la proprietà privata») vs. rifugio nelle profondità notturne del mondo interiore: non c'è un'opposizione escludente ma il tentativo di far dialogare queste due dimensioni: l'idea del *Faust* come mito dell'individuo moderno è in questa endiadi.

4.2. Questa la *Stimmung* della *Goethe-Zeit*, riconciliazione con il proprio tempo da un lato e separazione di storia personale e storia collettiva dall'altro. Di questa età di mezzo fra Classicismo e

¹³ *Faust Urfaust*, v. 5532.

¹⁴ *Ivi*, vv. 1112-1113.

¹⁵ *Ivi*, vv. 300 ss.

¹⁶ *Ivi*, vv. 2603-2604.

Romanticismo segnata dalla Rivoluzione il *Faust* costituisce l'epitome: nello stesso individuo coesistono idee e sentimenti "che secondo le logiche tradizionali avrebbero dovuto risultare incompatibili"¹⁷. Non si comprenderebbe nulla del *Faust* se non tenendo presente questa scissione, impossibile a risolversi in una *Versöhnung*, e a trovare unità: la grandezza di Goethe sta proprio nel metterla in scena, nel piegarsi a questa impossibilità di sintesi e a rappresentarla; nella rinuncia matura del *Faust II* all'idea dell'*en kai pan*, dell'unità fra l'Uno e il Tutto della Grecia classica – al quale fa da ideale *pendant* l'ultima parte del *Wilhelm Meister, Wilhelm Meisters Wanderjahre oder die Entsagenden* (i *Rinunzianti*)¹⁸. E certo in pieno Illuminismo fu atto rivoluzionario collocare l'azione della tragedia in una dimensione surreale, fra il gotico – il tardo Medioevo delle superstizioni e delle magie per riscoprire il lato oscuro della Germania – e le atmosfere da *Tempesta* shakespeariana del *Faust II*¹⁹. Tuttavia il Settecento tedesco non era così lontano da quel Medioevo sia pur ricostruito in vitro nella tragedia. Storicamente vi era ancora molto di medievale nella vita socio-politica tedesca. La pretesa di Faust è di ringiovanire chiamando a raccolta le forze mefistofeliche della magia. Ma non basta ringiovanire: affidarsi alle forze oscure degli spiriti comporta rompere i legami con la tradizione e entrare in mare aperto. Questo è anche il tema classico dello *Sturm und Drang*: l'esperienza come mettersi in gioco, affrontare il pericolo, rischiarsi per ottenere la conoscenza e estendere così gli spazi del proprio Io. La santificazione dell'errore alla quale si accennava in incipit²⁰.

4.3. Fra la tendenza mefistofelica e distruttiva del mondo ordinato che abita in Faust e l'idillio comunitario del *kleins reinliches Zimmer* di Gretchen, Goethe ricerca non un'impossibile sintesi, ma un'altra idea di individuo. Non è più possibile ricomporre la scissione in un ordine comunitario e dunque essa permane e viene vissuta, il soggetto ne fa esperienza: proprio qui comincia il *Faust*. Goethe studia i filosofi e due sono i suoi punti di riferimento fondamentali: la filosofia della singolarità di Spinoza e quella della monade di Leibniz al quale già si accennava attraverso la ricerca dell'*Urpflanze* e della sua modularità che la costituisce

¹⁷ R. BODEI, *Scomposizioni. Forme dell'individuo moderno*, Il Mulino, Bologna, 2016, 10.

¹⁸ Ma precorreva questa rinunzia, già nell'anno 1800, l'Hölderlin del *Gesang der Deutschen*: «Wo ist dein Delos wo dein Olympia daß wir uns alle finden am höchsten Fest?».

¹⁹ Cfr. ad es. C. LEE, "Durch Wunderkraft Erschienen": Affinities between Goethe's *Faust* and Shakespeare's *The Tempest*, in *The Modern Language Review*, 1/2012, 198-210.

²⁰ *Prologo in Cielo*, in *Faust Urfaust*, vv. 300 ss.



come *exemplum*. L'individuo in quanto singolarità – che si sviluppa attraverso l'infinita variazione della modularità – non ha più collocazione certa nelle cerchie delle società gerarchiche pre-moderne: *Individuum est ineffabile*. Spinoza pensa i singoli enti come modi finiti dell'infinita potenza produttiva della natura; Leibniz invece pensa una molteplicità di sostanze semplici, le monadi, ciascuna «specchio vivente dell'universo». In entrambi i casi c'è un principio dinamico che scuote la materia e la mette in movimento: il *conatus*, in Spinoza, l'*appetitus*, in Leibniz. E in entrambi i casi l'individuo è l'esito, non la premessa, di questo processo di individuazione. Qui è la grande differenza dall'individuo come il Moderno lo aveva pensato, un atomo che nasceva già “compiuto” con tutti i suoi diritti e le sue qualità: il disperato tentativo di recuperare con Faust l'ideale classico dell'Ulisse omerico, il farsi nell'esperienza.

4.3.1. Come si determina, però, la singolarità di ciascuna potenza? Per un verso essa è una parte o *gradus* dell'infinita potenza di essere e di agire di Dio, inteso come Natura. Per altro verso, e proprio perché parte, essa è il rapporto o la differenza tra azione e passione. *Diventare* singolari, ovvero sentire e sperimentare – nella finitezza della propria esistenza individuale – l'armonia dell'eternità. Leggendo Goethe e la sua *Metamorfosi delle piante* potremmo dire che tutti gli elementi singolari della natura si sviluppano – uno dopo l'altro e per così dire l'uno dall'altro, l'uno nell'altro – realizzando un'armonia che allude all'eterno. È stato ancora Leibniz che quasi un secolo prima, nel 1714, aveva fissato quest'idea nella sua *Monadologia*: «Ciascuna porzione della materia può essere concepita come un giardino pieno di piante, o come uno stagno pieno di pesci. Ma ciascun ramo della pianta, ciascun membro d'animale, ciascuna goccia de' suoi umori è tuttavia un tale giardino, o un tale stagno [...] E questo fa sì che non vi sia giammai generazione intera, né morte perfetta presa alla lettera, consistendo questa nella separazione dell'anima. E ciò che noi appelliamo *generazioni* sono svolgimenti e accrescimenti; come ciò che nomiamo morte sono rinvolgimenti e diminuzioni»²¹. Goethe ha inseguito l'*Urpflanze* e le sue metamorfosi a Napoli, in Sicilia²², a Roma

²¹ G. W. LEIBNIZ, *I principi della filosofia o Monadologia*, in ID., *Scritti filosofici*, UTET, Torino, 1967, 294 s.

²² Nel *Viaggio in Italia* (in *Opere*, II, cit., 724) scriverà a proposito della Sicilia: «L'Italia, senza la Sicilia, non lascia nello spirito immagine alcuna. È in Sicilia che si trova la chiave di tutto [...] La purezza dei contorni, la morbidezza di ogni cosa, la cedevole scambievolezza delle tinte, l'unità armonica del cielo col mare e del mare con la terra [...] chi li ha visti una sola volta, li possederà per tutta la vita».

e a Padova (dove ancora si può vedere la “palma di Goethe” nell’Orto botanico di questa città). Nell’organico non c’è nulla di fisso, d’immobile; esso ondeggia, infatti, in una contiguità di moti, il già formato (*Gestalt*) è subito ritrasformato (*Bildung*). Ogni vivente non è un singolo isolato, ma una pluralità, un insieme di esseri viventi e autonomi: i quali «sono in parte fin dalle origini uniti, in parte si trovano e si riuniscono in seguito, si dividono e tornano a cercarsi, generando una produzione infinita in tutti i modi e in ogni direzione»²³. Il primo viaggio di Goethe nella nostra Penisola è del 1786. A Padova, proprio in quell’anno, visitò il giardino botanico della città, dove ebbe modo di riflettere sulla possibilità che la grande varietà delle forme vegetali potesse ricondursi a un’unica pianta: «Qui, fra tante varietà di piante che vedo, per la prima volta, mi si fa sempre più chiara e più viva l’ipotesi che in conclusione tutte le forme delle piante si possano far derivare da una pianta sola. Soltanto con l’ammettere questo sarebbe possibile stabilire veramente i generi e le specie, cosa che a me pare sia stata fatta in modo molto arbitrario»²⁴. In altri termini, c’è una pianta originaria, la presenza di un “modello” con il quale poi è possibile stabilire generi e specie. «Come altrimenti riconoscere – afferma Goethe – che questa o quella forma non fossero tutte modellate sulla base di un unico modello?».

4.3.2. L’*Urpflanze* è dunque l’idea di una pianta archetipica, sempre uguale a se stessa nelle sue metamorfosi. Goethe immagina un isomorfismo ideale fra natura e società, lo sviluppo naturale come modello per uno sviluppo pedagogico/sociale. Rousseau, che Goethe conobbe forse attraverso Schiller, pubblica l’*Emilio* nello stesso anno del *Contratto*, il 1762, solo pochi anni prima che il Nostro intraprendesse l’opera della sua vita. E nell’esergo dell’*Emilio* c’è una frase rivelatrice dal *De Ira* di Seneca: «*sanabilibus aegrotamus malis/ipsaque nos in rectum genitos natura, si emendari velimus, iuvat*». Alla fine è la natura la chiave di volta dell’essere umano. Anche il più sublime artificio non è che imitazione, mimesi della natura, perché solo in essa c’è salvezza: nemmeno l’artificio esce dal suo cerchio, dalla sua forza attrattiva. E questo è esattamente il principio dell’*Urpflanze*: tutto dentro di sé, il principio maschile e quello femminile, dunque due opposti. Un’unità contraddittoria che ha potenza di generazione infinita.

²³ J. W. GOETHE, *La metamorfosi delle piante e altri scritti sulla scienza della natura*, Guanda, Modena, 1999, 43.

²⁴ ID., *Viaggio in Italia*, cit., 493.

Non ha forma – come la *Chora* platonica del *Timeo* – e proprio per questo dà forma.

4.3.3. Il centro dell'estetica goethiana sta nella contrapposizione del bello all'utile: il bello non deve essere necessariamente utile, in quanto l'utilità, la specializzazione, la frammentazione interrompono l'armonia della natura, cui si contrappone un'epifania della bellezza che semplicemente è, ma non ha alcuna "utilità". K. Fr. Moritz, scrittore e amico personale di Goethe, nel suo *Sull'imitazione creativa del bello*²⁵ sosteneva che il bello è una totalità autonoma fine a se stessa e, nello stesso tempo, è il *rispecchiamento di un macrocosmo*, cioè della natura che, in quanto tale, nella sua infinità, non può cadere compiutamente sotto i nostri sensi. Un'opera d'arte realizzata e compiuta rappresenta un *microcosmo della natura*: essa non riproduce il particolare o un determinato oggetto naturale; il suo fine è *l'attività stessa della natura in quanto creatrice* (la *natura naturans* di Spinoza). «Ciò che noi vediamo di natura è energia che divora energia; nulla è presente, tutto passa, mille germogli calpestati e mille nati a ogni istante, molteplici all'infinito, belli e brutti, buoni e cattivi, tutti esistenti con lo stesso diritto, gli uni accanto agli altri. E l'arte è appunto il contrario; essa scaturisce dalla lotta dell'individuo per affermarsi contro la forza distruttiva del tutto»²⁶. Così, il bello scaturisce come creazione – e non contemplazione – attraverso il dolore. Nell'opera d'arte – che non è mera imitazione della natura, non dunque descrizione – si riproduce la sua forza creatrice, «si rende visibile la totalità organica della natura educatrice dello spirito umano rivelando all'uomo l'interezza di una sua originaria e armonica immagine corrotta e deformata dall'organizzazione e dagli apparati della società moderna»²⁷. Così, ritorna anche l'infinito di Bruno – di cui Goethe conosceva molto probabilmente il *De la causa principio et uno*²⁸ –, e quella «delettazione» scaturente dall'ampliarsi smisurato dei confini dell'universo: «*Precipitiamoci nel fremito del tempo, nel roteare degli eventi! Allora dolori e piaceri, successi e delusioni s'avvicindino pure, come capita. Solo se non ha requie l'uomo impegna se stesso*»²⁹.

²⁵ Citato in G. BAIONI, *op. cit.*, 91 ss.

²⁶ K. F. MORITZ, *Schriften zur Aesthetik und Poetik*, Max Niemeyer, Tübingen, 1962, cit. in G. BAIONI, *op. cit.*, 95.

²⁷ *Ivi*, 94.

²⁸ *Ivi*, 326 s.

²⁹ *Faust Urfaust*, vv. 1750 ss.

5. La difficile coesistenza di due diverse spinte ideali e sentimentali tematizzata nel *Faust* appare in questo torno di anni rielaborata sul piano politico-sociale in un singolare frammento hegeliano recentemente ripubblicato in edizione critica dal compianto Remo Bodei³⁰ dove queste spinte contrapposte vengono ripensate nel segno della *Vermittlung*: «La contraddizione sempre crescente tra l'ignoto che gli uomini inconsapevolmente cercano e la vita che ad essi è offerta e permessa e che essi hanno fatto propria, la nostalgia verso la vita di coloro che hanno elaborato in sé la natura in idea, contengono l'anelito a reciproco avvicinamento»³¹. Qui vengono rappresentati due "idealtipi", l'individuo comune e l'intellettuale. Il primo esiste nell'obbedienza quasi sacrale e quotidiana dei limiti imposti dai vincoli comunitari³²; il bisogno di trovare il senso di ciò che lo tiene prigioniero e l'ignoto di cui sente il desiderio. L'attrazione verso l'ignoto nasce da questa contraddizione che si manifesta nell'incapacità di appropriarsi del reale col pensiero e tuttavia appassionarsi a ciò che non si conosce. Di qui la fuga nell'immaginazione, lo *Streben*.

5.1. Contraddizione che nel secondo idealtipo, quello dell'intellettuale, alterna la sdegnosa chiusura in se stessi dei sapienti – ipertrofia della coscienza a scapito della vita – alla disperata ricerca della normalità. Chi ha infatti elaborato la natura in idea, desidera sottrarsi ai limiti e alle miserie della realtà quotidiana rifugiandosi in una forma astratta di perfezione sociale e così, chiudendosi, ha nostalgia verso la vita e sente il bisogno di trapassare dal chiuso del proprio mondo interiore, al *pulsierendes Leben*, la vita come si dà nella sua immediatezza. Diversamente dal primo, acuta è in lui la coscienza dei limiti a causa dei quali disprezza la vita «offerta e permessa». Di qui la necessità di una violenta rottura di questi limiti, ritenuti immodificabili altrimenti. Si è scelta l'idea e la rappresentazione invece della vita reale, e da quella divenuta una prigione santificata nasce per contraddizione la nostalgia, la *Sehnsucht*. Come si vede lo "svolgimento" dei due idealtipi finisce per

³⁰ R. BODEI, *op. cit.*, 41 ss. Il frammento pubblicato postumo fu editato impropriamente a corredo di *Verfassung Deutschlands* e denominato *Libertà e destino*.

³¹ *Ivi*, 41.

³² «La vecchia vita», dice Hegel, consisteva nel «limitarsi a una ordinatissima signoria sulla nostra proprietà, un considerare e un godere il nostro piccolo mondo nella sua piena sudditanza e poi anche un auto-annientarsi che conciliava questa limitazione e un elevarsi nel pensiero verso il cielo...», in *ivi*, 43.

portare a una convergenza, anche se diverse sono le direttrici lungo le quali si esercita l'insofferenza, da una lato la vita reale, dall'altra l'idea. Da un lato la vita, dall'altro la forma.

5.2. Se volessimo racchiudere in quattro parole-chiave il *Faust* bisognerebbe innanzitutto citare l'*Un-ruhe*, «l'infinita scontentezza» di Faust come la definì Thomas Mann, il tratto moderno del *viator*, del viandante che ritorna in parallelo nel *Meister*. Altra parola-chiave è lo *Streben*, il tendere verso, a prezzo di fatiche verso *die Tat*, l'azione. Poi va ricordato il *Genuß*, il piacere che attraverso la figura di Mefistofele rappresenta e si impone come uno dei tratti costanti dello *Zeitgeist*; e infine l'*Entsagung*, la rinuncia al Soggetto alla quale già abbiamo fatto cenno. Il classicismo di Goethe consiste quindi nella rinuncia: ogni progetto di progresso umano può essere ben fondato solo se riconosce i limiti imposti alla ragione del singolo individuo; solo accettando il sacrificio di una dimensione individualistica ignara dei processi di integrazione moderni che si impongono implicando il sacrificio dell'autonomia dei singoli. Tuttavia, anche il discostarsi dal "progresso verso il meglio" disegnato dall'Illuminismo non prefigura alcuna sintesi felice. Faust perde la sfida con se stesso: alla fine non guadagna né il sapere sovrumano né l'amore attraverso la morte (e le morti); discende nell'Ade e, solo all'ultimo, l'intervento dall'alto farà sì che gli angeli sottraggano la sua anima a Mefistofele.

6. Quando ricevette la notizia che a Parigi era stata proclamata la repubblica Goethe aveva 40 anni e tacque. Anzi, egli si pronunciò più volte nel corso della sua vita *contro* la rivoluzione come "metodo" politico. Borghese in un mondo aristocratico, Goethe ha vissuto il trapasso dal mondo antico – la Germania di metà '700 era ancora un paese in larga parte medievale – al mondo moderno, dalla Rivoluzione alla Restaurazione. Nell'Epigramma 54 si esprime con chiarezza: «Dei grandi crollarono; ma chi difese la massa contro la massa? La massa fu tiranno della massa». Giuliano Baioni, nella sua bellissima monografia su Goethe, si sofferma a lungo sulla centralità dell'esperienza rivoluzionaria nella sua vita e nella sua opera, in particolare per il *Faust*: la rivoluzione francese fu il problema che occupò Goethe per tutta la vita e *pour cause*: per lui essa rappresentava – in pieno Illuminismo – una ferita irrisarcibile, l'espressione della follia irrazionalistica che aveva preso piede in Europa. Goethe combatte l'idea della Rivoluzione come possibilità di creare

l'uomo nuovo, contrapponendo, al momento storico di caos, l'armonia e la chiarezza dell'arte: l'unica risposta che sembri restare praticabile secondo la convinzione goethiana: «*Das formreiche Italien, das gestaltlose Deutschland*»³³. E tuttavia «l'uomo del Settecento, posto innanzi alla crisi del razionalismo, spera e sogna e può effettivamente rinnovarsi nel patto con Mefistofele»³⁴. E Faust sogna, illudendosi, di poter tornare indietro e ringiovanire per riacquistare quella forza e quella lucidità razionale che redimano il mondo malato di irrazionalità. Ma questo lo fa attraverso il patto con il demonio. Scienza e vita sono destinate dunque a restare distanti: senza la forza del Negativo rappresentata da Mefistofele, che deve diventare produttiva di una nuova forma di vita, Faust sembra non poter raggiungere il suo desiderio di potere e di conoscenza. Così, il sapere manifesta dentro di sé l'elemento demoniaco della tecnica. All'ombra di Mefistofele egli «s'illude di agire, lasciandosi guidare ed anche ingannare da Mefistofele e, più spesso, ingannando gli altri con operazioni magico-illusionistiche»³⁵. Dunque c'è un *vulnus* originario che impedisce ogni autentica speranza se non nella luce della salvezza escatologica. Egli vedeva i difetti del mondo che moriva ma ne vedeva anche alcuni valori che cedevano di fronte all'avanzare della classe borghese di cui lui è stato il contraddittorio cantore. Cantore di quella decadenza che avrebbe creato la società mefistofelica che si presenta alla fine del *Faust*, lo diremo in conclusione, come la civiltà della produzione, del profitto, del benessere. Un'uscita tragica dalla notte dell'irrazionale raffigurata nella notte di Valpurga: è il mondo alla fine dell'Illuminismo, pervaso dall'irrazionalità del sabba delle streghe, un mondo malato che tradisce e oblitera la luce della ragione.

6.1. «Mi sono imbarcato una volta per tutte sull'onda del mondo – si legge in una lettera a Lavater del 6 marzo 1776 quando Goethe entra a far parte del Consiglio segreto alla Corte di Weimar – deciso a scoprire, vincere, lottare, fallire o farmi saltare in aria con tutto il mio carico». Una delle pulsioni fondamentali che spinge Faust all'azione, a uscire dal suo studio gettando via i testi polverosi accumulati lì, è la sfida all'ignoto. Nessuno sa fin dove giungano le proprie forze se non quando le si mette alla prova: solo agli aristocratici è concesso l'onore di questa supposta libertà della *praxis*, non ai borghesi ristretti con la *poiesis* nei loro obblighi

³³ H. MAYER, *Von Lessing bis Thomas Mann*, Neske, Pfullingen, 1967, 171.

³⁴ G. BAIONI, *op. cit.*, 116-117.

³⁵ L. MITTNER, *op. cit.*, 381.



sociali. È la costituzione stessa della società che impone questo modello gerarchico. E in qualche modo Goethe diventa il cantore di questo spirito borghese: Thomas Mann su *Gli anni di apprendistato di Wilhelm Meister* scrisse: «nei suoi pellegrinaggi, nel suo romantico vagabondare per divenire esperto del mondo, Wilhelm Meister guarisce dalle sue giovanili illusioni, rinuncia ai falsi ideali di un universalismo ancora letterario e estetico, e apprende a farsi uomo socialmente utile, dedito a un'attività determinante e circoscritta in limiti precisi».

6.2. Il progetto laico del borghese moderno, figlio solo di se stesso, trova un riscontro nella filosofia kantiana: la natura ha voluto che l'uomo traesse interamente da se stesso tutto ciò che oltrepassa l'ordinamento meccanico della sua esistenza animale e che non divenisse partecipe di nessun'altra felicità o perfezione tranne quella che si fosse procurato da sé, libero dall'istinto, tramite la propria ragione³⁶. Questo individuo è forgiato dal proprio lavoro così che, sul modello del barone di Münchhausen, *da sé* attraverso di esso possa giungere dalla *poiesis* alla *praxis*. È evidente qui la legittimazione del lavoro come fulcro assiologico della borghesia nascente. Ritorna soprattutto, tuttavia, la prossimità di Goethe alla filosofia hegeliana: lungi dall'essere l'esaltazione dell'individuo atomistico, in questo processo che è metafora del costituirsi dell'individuo moderno si muovono due figure vincolate da una relazione – una mediazione – *originaria*. L'individuo vive una scissione fondamentale dentro di sé: il desiderio e l'atto sono *momenti* incarnati in due figure differenti e potenzialmente confliggenti: Signore e Schiavo, uomo e animale, guerriero e lavoratore; scissione che dà avvio ad un percorso, dall'uomo naturale all'uomo culturale, verso una ricomposizione finale. «L'uomo crea se stesso come guerriero (Signore) e come lavoratore (Schiavo). Ma nella pienezza della sua attualità (cioè in quanto Cittadino) egli non è né l'uno né l'altro o è, *se si vuole, l'uno e l'altro nello stesso tempo*». L'uomo – da un punto di vista mitopoietico – nasce, così, con un'azione duplice e reciproca, da due forme di giustizia, quella del Signore (*giustizia aristocratica, uguaglianza*) e quella dello Schiavo (*giustizia borghese, equivalenza*) che risulteranno in quella, terza, del Cittadino (*giustizia dell'equità*)³⁷. Così, l'impossibile diventa possibile attraverso la produzione e l'applicazione creativa del lavoro. Su questa strada anche il dolore

³⁶ I. KANT, *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1995, 31-32.

³⁷ A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Jaca Book, Milano, 1989, 240 ss.

educa: Faust vuole possedere l'energia sia nell'agire che nel patire. Il patto con Mefistofele ha questa doppia clausola: piacere e dolore, *Streben* e *Heimweh*. Così, Faust non chiede a Mefistofele semplicemente la gioia: nel loro contratto c'è molto di più. Il suo scopo è la dilatazione dell'esperienza, che metta in conto il dolore e il non-sapere fino a raggiungere il senso dell'umanità, dell'universale: «*Hai sentito, non parlo di gioire/Mi voto alla vertigine, al piacere più atroce [...]Il mio petto guarito dall'ansia di sapere,/non dovrà chiudersi a nessun dolore,/dentro me stesso voglio assaporare/la sorte dell'intera umanità*»³⁸.

7. «*Sta scritto: "In principio era la parola"*»³⁹: con questo incipit Faust, ancora senza Mefistofele, prova a scendere in guerra contro ogni trascendenza traducendo il dettato biblico: «*In principio era il Verbo, il Verbo era presso Dio e il Verbo era Dio*». Faust è inquieto e scontento, e deve ritentare, "parola" non è il termine giusto per sfidare il Verbo. Occorre altro. Soprattutto un aiuto dalla magia! Ecco allora che balena un'idea: «*Sta scritto: "In principio era il Pensiero" [...]È il pensiero che crea e foggia ogni cosa?/Dovrebbe essere: "In principio era la forza!"/Eppure, mentre sto scrivendo questo,/già qualcosa mi avverte che non me ne accontento/qualcosa mi dice che non potrò fermarmi qui./Lo spirito mi aiuta! Di colpo vedo chiaro/e scrivo con fiducia: in principio era l'Atto*». Un vero e proprio processo di transustanziazione dall'ideale al reale, dal linguaggio alla "nudità" dell'atto. Dal *Wort*, attraverso *Sinn* e *Kraft*, fino alla *Tat*, l'azione nella sua incontrovertibile potenza.

7.1. Sete onnipotente di conoscenza da conseguire a qualsiasi prezzo, anche con la violazione delle leggi: nessun procedere "naturale" dunque, né alcuna innocenza nel processo conoscitivo. Il fine faustiano nello stringere un patto col diavolo non è semplicemente quello di violare la legge come un bandito; certo, uccide Valentin, ma il suo proposito è molto oltre: è quello di violare la *legalità*, la forma della regola, dunque la legge in quanto tale e *in primis* quella della natura, svelare l'ultimo segreto e così giungere dove finora nessuno è ancora giunto: mettersi al posto di dio. Ecco perché non è affatto *pura* sete di conoscenza – se mai è esistita – ma (come dice il *Faust* di Marlowe) si tratta di avere la corona del mondo: conoscenza è potere. Definitivamente tramontata è la figura dell'umanista rinascimentale, dell'erudito, del sapere per il sapere. Qui siamo dinanzi

³⁸ *Faust Urfaust*, vv. 1765-1771.

³⁹ *Ivi*, v. 1224 ss.



all'abbozzo dell'individuo moderno funzionale a un progetto aperto, non predeterminato: qui è, in figura, la potenza della tecnica contemporanea. Contro la metafisica medievale e il mondo tolemaico, ma anche contro il sapere accademico del proprio tempo: qui la radice dell'*Unruhe*, l'inquietudine che lo spinge sempre avanti, sempre oltre. Anche negli ultimi due anni di vita Goethe, riapriva e richiudeva i sigilli del testo modificandolo fino alle sue ultime ore. La *Bildung* è infinita, come la tensione verso qualcosa che si sa irraggiungibile ma che si è costretti a perseguire⁴⁰. La pulsione del progresso umano non è la compiutezza del soddisfacimento, del piacere, non è la sua realizzazione, ma la sua perfezionabilità che diventa potenza creatrice. Si crea così un contrasto ricorsivo fra *Streben* e *Genuß*: «Se dirò all'attimo:/sei così bello! Fermati!/allora tu potrai mettermi in ceppi/Sarò contento di morire»⁴¹. Il *telos* che spinge al progresso non è la compiutezza del soddisfacimento, il piacere in sé; è invece proprio la sua impossibilità, la mancanza che è sempre presente, un vuoto creativo e lo sarà fino alla fine in forma di donna diventando potenza creatrice. Qui anche la radice dell'elogio faustiano della tecnica: non avere limiti. L'illimitato nel linguaggio filosofico – penso ad esempio al *Filebo* platonico – ha una connotazione prevalentemente negativa, derivata dal concetto di “*hybris*”, con cui i Greci indicarono ogni violazione della misura, di quei limiti che l'uomo incontra nei suoi rapporti con gli altri uomini, con la divinità e con l'ordine delle cose: mantenere vivo il desiderio si può ma solo rinunciando al godimento. L'idea dell'*Entsagung* ha radici antiche.

7.2. Faust desidera dunque il potere (Atto IV) perché – afferma – «questa cerchia terrestre/concede ancora spazio a grandi azioni. Deve riuscire un'opera che faccia meraviglia [...] /guadagnerò potere e proprietà! /L'azione è

⁴⁰ Nello stesso senso anche Lessing in *Eine Duplik*: «Non la verità di cui un uomo è o si crede in possesso, ma il sincero sforzo per giungervi, determina il valore del singolo. Infatti, le sue forze conseguono un miglioramento non in virtù del possesso della verità, ma della sua ricerca e soltanto in questo consiste il sempre crescente perfezionamento umano. Il possesso rende quieti, pigri e presuntuosi...

Se Dio tenesse nella sua mano destra tutta la verità e nella sinistra il solo eterno impulso verso la verità, seppur con la condizione di dover andar errando per l'eternità, e mi dicesse: scegli! io mi precipiterei umilmente alla sua sinistra e direi: concedimi questa, o Padre! La verità pura è soltanto per te!», G. E. LESSING, Religione e libertà, Morcelliana, Brescia, 2000, 33.

⁴¹ *Faust Urfaust*, vv. 1699-1702. L'attimo, l'*Augenblick*, è qui la perfetta traduzione del *καιρός*.

tutto, la gloria è niente»⁴². Ingabbiare gli elementi della natura e pianificare le trasformazioni: realizzando i suoi sogni di potere, dopo una battaglia vinta con l'ausilio di Mefistofele al servizio dell'Imperatore e ottenute le terre sommerse del mare del Nord, Faust riesce a «*esiliare da riva il dispotico mare*»⁴³: al suo posto verdeggiano ora campi e giardini. L'ultima parte del *Faust* richiama i grandi progetti illuministici delle *Wahlverwandschaften* – l'azione creativa di Carlotta nei parchi della tenuta –, l'uomo produttore che dà forma alla natura: «*nessuno si trova a suo agio in un giardino, se questo non è come un'aperta campagna: niente deve far pensare all'artificio, alla costrizione, vogliamo respirare liberi, senza riserve*»⁴⁴. Dunque, l'artificio è tale non perché si distacchi dalla natura, ma perché la mimetizza riproducendola su di un piano razionale e riconfermandola così nella sua essenza.

7.3. Nell'Atto V Faust appare ormai all'apice del potere: il suo regno è infinito⁴⁵ e tuttavia «*un fastidio*», dice, «*mi trafigge*»: il suono di una campanella gli rivela che non è del tutto solo nei suoi territori: «*Il mio altro possesso non è intero, li tigli folti, la casetta ombrosa, la fradicia chiesetta non mia*». Vuole espropriare ogni cosa che limiti la sua proprietà, perché deve essere *intera*. Sulla scena appaiono quindi gli ultimi proprietari a sfuggire al suo dominio, Filemone e Bauci, l'anziana coppia rimemorata dalle *Metamorfosi* ovidiane a rappresentare gli ultimi cascami del mondo medievale che, ormai decrepito, deve essere soppiantato dalle tecniche di produzione razionale del territorio da mettere interamente a profitto. E tuttavia a segnare la scena è la smania d'accumulazione e di possesso, quello che Beccaria definì «*il terribile diritto*»: «*quei due vecchi dovrebbero andar via, i tigli li vorrei per me, quei pochi alberi non miei, mi rovinano il possesso del mondo [...]. È questo il più duro dei tormenti, nella ricchezza sentire ciò che manca*»⁴⁶. Quasi come un primo esempio di *gentrification*, Faust dispone lo spostamento dell'anziana coppia in un altro podere, ma al loro rifiuto dispone di procedere con la forza affidando a Mefistofele e a «*tre violenti compari*»⁴⁷ l'esecuzione del piano. Lo sradicamento violento non può che finire in tragedia e in un rogo se ne va il podere con le vite dell'anziana

⁴² *Ivi*, vv. 10181-10188.

⁴³ *Ivi*, v. 10229.

⁴⁴ J. W. GOETHE, *Le affinità elettive*, Garzanti, Milano, 1982, 204.

⁴⁵ *Faust Urfaust*, vv. 11151 ss.

⁴⁶ *Ivi*, vv. 11239-11252.

⁴⁷ *Ivi*, vv. 11189 ss.



coppia. Così, Faust ha ora campo libero per completare i suoi progetti. Certo, «*la notte sembra farsi più profonda/ma in me splende una luce luminosa*»⁴⁸: la volontà di autoaffermazione di Faust per condurre a termine l'opera di una vita sembra ancora intatta, ignara, e dunque: «*mano agli arnesi – dice – perché si compia l'opera più grande/basta una mente sola e mille mani [...] Mi rallegra il cozzare dei badili!/È la folla dei servi comandati,/che la terra a se stessa riconcilia/ponendo dei limiti alle onde/recinge il mare con severi vincoli*»⁴⁹.

8. Alla mezzanotte, nell'ultima sua ora, con l'apparizione di quattro donne grigie, Scarsezza, Insolvenza, Angoscia e Miseria (*Mangel, Schuld, Sorge, Not*) risuona però la palinodia faustiana, quasi una confessione. In dialogo con la terza donna, l'Angoscia, Faust riconosce di non aver conquistato alcuna libertà: «*potessi allontanare la magia dai miei passi/disimparare tutti gli incantesimi,/essere solo un uomo davanti a te, Natura,/meriterebbe allora essere uomo*»⁵⁰. Essere solo un uomo, ecco il miracolo che ora non è più possibile. Farsi valere da solo di fronte alla natura, come un uomo *qualunque*. Ecco la *Sehnsucht* verso la vita che rispunta alla fine: Faust riconosce di avere abbandonato, dismesso e perduto l'unica cosa che contava, la propria umanità. Ciò che resta è solo un *Traumgespinnst*, una trama di sogni. Ha visto tutto: «*della terra conosco quanto basta*»⁵¹ ma non ha conosciuto l'essenziale («*sull'al di là la vista ci è sbarrata*») e così è costretto a riconoscere la *ὄβρις* che ne ha guidato l'azione («*folle chi aguzza gli occhi verso il cielo*»). Non tricotante ma magnanimo avrebbe dovuto essere, invece di correre per il mondo a inseguire piaceri e potere.

9. Solo alla fine, quasi come un testamento, sogna e narra il grande progetto riformatore che ora potrebbe finalmente vedere la luce se non fosse in procinto di lasciare la vita: un immenso spazio immerso in acquitrini da bonificare «*dove milioni di uomini vivranno non sicuri, ma liberi e attivi*»⁵². Una terra libera con cittadini liberi è questo che sembra volere – forse solo retoricamente – adombrando un ordine politico nuovo che resta tuttavia ideale ibrido e indistinto, dato l'asservimento degli altri cui Faust

⁴⁸ *Ivi*, vv. 11499-11540.

⁴⁹ *Ivi*, vv. 11505-11544.

⁵⁰ *Ivi*, vv. 11403-11407.

⁵¹ *Ivi*, vv. 11441 ss.

⁵² *Ivi*, vv. 11563-11564.

di continuo si richiama quasi a rassicurarsi dal potere che ora si smorza con la vita che se ne va. Mefistofele dal canto suo – a Faust che parla di scavare e bonificare – replica cinicamente motteggiando: «*man spricht, wie man mir Nachricht gab,/von keinem Graben, doch vom Grab*»⁵³: «Non di fosso si parla, ma di fossa». E ora ritorna per un'ultima volta l'*Augenblick*, l'attimo, ma in forma inevitabilmente diversa. Ora che il viaggio è finito Faust può, almeno per un'ultima volta, restare a contemplare il piacere: «*all'attimo direi: sei così bello fermati!/Gli evi non potranno cancellare/la traccia dei miei giorni terreni,-/Presentando una gioia così alta/io godo adesso l'attimo supremo*»⁵⁴. L'ultima parola di Mefistofele davanti a Faust che giace a terra morto riprende le ultime parole di Cristo sulla croce: è «compiuto»⁵⁵, «*es ist vollbracht*»⁵⁶. Ma l'ordine trascendente e la sua armonia, che dominano, sia pur *contrastivamente*, l'intera opera e ne costituiscono lo sfondo necessario, lo scacco contro cui Faust continuamente combatte, saranno per la sua anima la salvezza. Mefistofele non può vincere la scommessa e l'ordine naturale va ristabilito con l'intervento finale dall'alto per sottrarre a Mefistofele il suo bottino. Anche Gretchen riappare alla fine, in forma di penitente⁵⁷, e vede avvicinarsi la parte immortale di Faust che gli angeli, librandosi nell'aria, portano con sé. «*Colui che un tempo amai, non più offuscato/è ritornato*». Così il cerchio si chiude: il divino principio femminile, la Madre, infonde nuova vita spingendo Faust in alto, verso regioni sconosciute.

⁵³ *Ivi*, vv. 11557-11558.

⁵⁴ *Ivi*, vv. 11581-11586.

⁵⁵ Giovanni, 19,30.

⁵⁶ *Faust Urfaust*, v. 11594.

⁵⁷ *Ivi*, vv. 12069 ss.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

FABIO SAITTA

Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica

ABSTRACT - In the present paper the Author reflects upon the relevance to the present of the Lefebvrian *droit à la ville* presenting its main lines and some of its main interpretations. Thus, the Author shows the urgency of a reactivation of its critical potential, mainly in the political-philosophical field, as a crucial vehicle for the affirmation of citizens' active role in the collective building of society.

KEYWORDS - right to the city, Lefebvre, citizenship, capitalism, urban planning.

FABIO SAITTA*

Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica**

SOMMARIO: 1. *Premessa introduttiva* – 2. Il «diritto alla città» secondo Henri Lefebvre: il contesto storico e teorico; l'approccio filosofico e sociologico; la tesi di fondo ed i suoi capisaldi – 3. Gli sviluppi delle teorie lefebviriane: in particolare, il contributo di David Harvey – 4. L'approccio giuridico di Bernard Auby: il «diritto della città» – 5. Le alterne fortune delle opere di Lefebvre: dopo l'eclissi, la parziale riapparizione ed il fraintendimento, le ragioni del rinnovato interesse per il «diritto alla città» – 6. Dalla teoria alla prassi: esperienze concrete di gestione «dal basso» degli spazi urbani – 7. La persistente attualità delle tesi di Lefebvre (pur nel mutato contesto urbano) nelle più importanti interpretazioni del suo pensiero – 8. Mezzo secolo dopo, quali prospettive per il «diritto alla città»? Ovvero come «ripensare la città» rileggendo (ed attualizzando) Lefebvre?

1. *Premessa introduttiva*

Come ben illustrato da chi mi ha preceduto, l'esigenza di ripensare l'idea di città ed il suo rapporto con il territorio e con la comunità, fortemente avvertita soprattutto in periodo di Covid-19 e di crisi economica, intercetta numerose tematiche, che il Convegno organizzato – necessariamente in forma di *webinar* – dall'A.I.D.U. grazie alla disponibilità dell'Ateneo padovano si ripropone di trattare nelle diverse sessioni. Come emerge dalla *call for papers* pubblicata nei mesi scorsi al fine di stimolare le comunicazioni, uno dei temi che ci è stato, alquanto esplicitamente, proposto è il diritto alla città: da parte degli organizzatori, si ritiene, infatti, che la risposta alla crisi economica acuitasi per effetto della pandemia debba necessariamente tradursi nell'elaborazione di «un nuovo “diritto alla città”, costituito da un fascio di diritti (una nuova socialità urbana, in linea con la Carta di Quito e il Patto di Amsterdam) da garantire a ciascuno in ogni parte del territorio, da porre al centro del dibattito sorto all'indomani dell'emergenza sanitaria».

Anche nella splendida relazione generale del Presidente della nostra Associazione, si elenca, tra i temi attuali e da risolvere, il «massimo coinvolgimento dei privati, non limitato ai profili finanziari, ma esteso, attraverso le molteplici forme di programmi complessi, alla individuazione

* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il contributo riproduce la Relazione dell'Autore al XXIII Convegno nazionale dell'A.I.D.U. su: «Ripensare la città e il suo diritto» - Padova, 1-2 ottobre 2020.

delle scelte che consentano di sentire la città come propria, come cioè un bene comune (la casa comune dei cittadini)», e si evocano «forme di partecipazione degli abitanti volte ad avere una città (o, se la città è grande, un quartiere) sentita come propria e come luogo di contatto e di scambio sociale»: una partecipazione – dice Paolo Stella Richter - «soprattutto di idee, di proposte e di iniziative collettive per aumentare il senso di appartenenza. Il quartiere deve diventare la casa comune, un nuovo tipo di bene comune, sentito come luogo che non si dimentica, nelle cui strade si è giocato da ragazzi e si è pienamente vissuto, al quale quindi si resta legati psicologicamente per tutta la vita anche se le vicende della stessa ci hanno portato a vivere altrove, perché è lì che sono le proprie radici»¹.

A queste felici intuizioni devo lo stimolo a riprendere il tema del c.d. «diritto alla città», provando a comprendere, innanzitutto, il significato che tale formula assume originariamente nella teoria politica dello spazio ideata da Henri Lefebvre e, quindi, in quale solco sia possibile attualizzarla nel terzo millennio senza travisare il quadro da lui delineato ormai più di mezzo secolo fa. In considerazione sia del tempo a disposizione che del programma del Convegno, che già a partire dalla prossima relazione prevede tematiche strettamente connesse a quella affidatami, eviterò di estendere le mie riflessioni al di là delle opere del filosofo e sociologo francese e dei suoi diretti interpreti, consentendomi al più qualche considerazione intesa a dimostrare la persistente attualità delle teorie lefebvrine.

2. *Il «diritto alla città» secondo Henri Lefebvre: il contesto storico e teorico; l'approccio filosofico e sociologico; la tesi di fondo ed i suoi capisaldi*

La circostanza che la più celebre opera in cui Lefebvre espone le sue teorie sul c.d. «diritto alla città»² venne pubblicata per celebrare il centenario del primo volume dell'*opus magnum* di Karl Marx, considerata il testo chiave del marxismo³, ed in coincidenza con alcuni testi di riferimento della tradizione marxista francese induce a ritenere che il pensiero del filosofo e sociologo francese possa essere meglio compreso con qualche riferimento al

¹ P. STELLA RICHTER, *Relazione generale* al XXIII Convegno nazionale dell'A.I.D.U. su: «Ripensare la città e il suo diritto» - Padova, 1-2 ottobre 2020, 1, 5 e 6 del *paper*.

² H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville*, Anthropos, Paris, 1968.

³ K. MARX, *Das Kapital*, Otto Meissner, Hamburg, 1867.



suo contesto storico e teorico ed alla luce della biografia politica ed intellettuale dello studioso, saldamente ancorata alla tradizione marxista⁴.

Non è certo mia intenzione narrare a tutto tondo la vita, peraltro alquanto lunga⁵, di Lefebvre, compito peraltro egregiamente svolto di recente in una pregevole monografia sulla quale avrò modo di soffermarmi nel prosieguo⁶. Basti qui tener presente che egli, nato da genitori borghesi, dopo avere conseguito il dottorato in filosofia alla Sorbonne ed essersi dedicato, in linea con gli aderenti al Surrealismo, alle letture di Rabelais, Pascal, Schelling, Nietzsche e Freud, si unì al Partito Comunista Francese e, anche dopo averlo lasciato, trent'anni dopo, a causa di svariate divergenze politico-teoriche, rimase per tutta la vita un marxista rivoluzionario.

Il suo orientamento politico – socialista, indipendente e, appunto, rivoluzionario – è la chiave per comprendere i suoi contributi alla teoria critica, compreso il concetto di spazio⁷. Pochi anni dopo aver interpretato la Comune di Parigi del 1871 – descritta come una rivoluzione urbana⁸ – non soltanto in chiave storico-politica, ma particolarmente dal punto di vista urbano e spaziale⁹, Lefebvre, ormai da tempo divenuto professore carismatico dell'Università di Nanterre, fu coinvolto negli eventi del maggio 1968, che rappresentarono uno spartiacque per la sua prassi rivoluzionaria e crearono le condizioni per il concepimento del «diritto alla città», concetto sul quale gli eventi sessantottini lasciarono un'impronta indelebile, concentrando il pensiero politico del filosofo francese su questioni spaziali strategiche delle quali aveva già da tempo iniziato ad occuparsi¹⁰.

È stato, peraltro, recentemente dimostrato, con dovizia di argomentazioni, che, ancorché l'origine de *Le droit à la ville* sia da rinvenire – come ho appena detto – nel volume sulla Comune, il suo sviluppo è parte

⁴ K. GOONEWARDENA e S. PETRASEK, *Henri Lefebvre e il diritto alla città: storia, teoria, politica*, in *Soc. urb. e rur.*, 118, 2019, 12-13.

⁵ Nato ad Hagetmau il 16 giugno 1901, egli morì a Navarrenx il 29 giugno 1991.

⁶ F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, Jaca Book, Milano, 2019.

⁷ K. GOONEWARDENA e S. PETRASEK, *op. cit.*, 14.

⁸ H. LEFEBVRE, *La proclamation de la Commune*, Gallimard, Paris, 1965.

⁹ F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit. 45. Fu lo stesso filosofo francese a spiegare, qualche anno dopo, che con quel libro aveva «tentato di stabilire che gli operai parigini, cacciati dal centro città da Hausmann, avevano voluto riprendersi lo spazio da cui erano stati cacciati, il loro spazio»: H. LEFEBVRE, *Il tempo degli equivoci*, PGreco, Milano, 2015 (ed. orig. *Le temp des méprises*, Stock, Paris, 1975), 96.

¹⁰ K. GOONEWARDENA e S. PETRASEK, *op. cit.*, 19, ai quali si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

di una «tetralogia inscindibile», di cui fanno parte tre successivi volumi pubblicati alcuni anni dopo¹¹.

Vediamo, dunque, qual è l'idea di città di Lefebvre facendo riferimento, per comodità, alle più recenti traduzioni italiane dei due libri nel cui titolo compare espressamente la formula «diritto alla città»¹².

Va detto, innanzitutto, che, secondo l'autore francese, la città è «la società nella sua declinazione spaziale»¹³, la «proiezione della società sul territorio»¹⁴. È muovendo da questa fondamentale premessa che egli si ripropone di indagare lo spazio dell'organizzazione e del governo degli uomini, rintracciando nella dimensione spaziale il luogo in cui più che mai l'economia capitalista modella il sociale: di indagare, cioè, la città e l'organizzazione dell'urbano. Sta qui l'originalità del contributo di Lefebvre: nel «vedere nella città e nella produzione dello spazio urbano un'opera umana che riproietta il sociale nella dimensione spaziale»¹⁵.

Egli prende atto che, a differenza di quanto era accaduto nell'800 conosciuto da Marx ed Engels, quando l'industrializzazione aveva creato l'urbanizzazione e determinato lo sviluppo delle città, negli anni '50 e '60 del secolo successivo era, al contrario, la stessa produzione dello spazio urbano a determinare la produzione industriale, i consumi ed i flussi economici dell'ascesa del capitalismo come forma economica tipica della società occidentale¹⁶. Con il radicarsi dell'economia capitalista e dei processi di industrializzazione, la città diviene anch'essa oggetto di profitto e di scambio¹⁷: essa si costituisce nell'immagine e nella capacità di attrazione di capitale, turisti ed investitori, gli stili di vita tendono ad omogeneizzarsi attraverso i consumi standardizzati e la vita quotidiana dell'uomo viene messa completamente a valore¹⁸. La constatazione di tale radicale

¹¹ Così F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 199 ss., il quale cita: *La révolution urbaine*, Gallimard, Paris, 1970; *Espace et politique. Le droit à la ville II*, Anthropos, Paris, 1972; *La production de l'espace*, Anthropos, Paris, 1974.

¹² F. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, OmbreCorte, Verona, 2014; ID., *Spazio e politica. Il diritto alla città II*, OmbreCorte, Verona, 2018.

¹³ F. BIAGI, *Henri Lefebvre e la "città come opera d'arte"*. Note di teoria critica urbana, in *The Lab's Quarterly*, 3/2019, 13.

¹⁴ H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 63.

¹⁵ F. BIAGI, *Henri Lefebvre e la "città come opera d'arte"*, cit., 13 s.

¹⁶ F. LEFEBVRE, *Du rural à l'urbain*, Anthropos, Paris, 1970.

¹⁷ Su queste vicende, ampiamente, G. DELLA PERGOLA, *Diritto alla città e lotte urbane*, Feltrinelli, Milano, 1976. Sull'inizio dell'espansione delle città e sulla conseguente esigenza di pianificarne lo sviluppo, resta fondamentale l'insegnamento di G. DE CARLO, *La città e il territorio. Quattro lezioni*, a cura di C. Toscano, Quodlibet, Macerata, 2010, 176 ss.

¹⁸ F. BIAGI, *Henri Lefebvre e la "città come opera d'arte"*, cit., 14.

cambiamento induce Lefebvre a rovesciare la relazione tra industrializzazione ed urbanizzazione ed a sostenere che, piuttosto che di «società industriale», sia più corretto parlare di «società urbana in formazione», essendo «il processo induttore» l'industrializzazione e «l'effetto indotto» l'urbanizzazione progressiva dell'intera società mondiale¹⁹.

Il filosofo francese vede, dunque, nella città una tensione dialettica riassumibile nella formula «tracollo *versus* opportunità di salvezza»²⁰: da un lato, la morte della città per mano dell'industrializzazione capitalista; dall'altro, nuove opportunità di cambiare rotta al corso urbano dell'intera società²¹.

In siffatto contesto, in cui prevalgono le logiche economiche di mercato e le città sono state trasformate in un prodotto attraente e desiderabile per i capitali ed i grossi gruppi finanziari, in cui il valore di scambio dello spazio s'impone autoritativamente sul valore d'uso della cittadinanza, che è totalmente estromessa da qualsiasi processo decisionale, anche «l'urbanistica diventa valore di scambio»²².

La fuga dalle campagne ha, poi, un duplice esito: nei paesi in via di sviluppo, i contadini senza terra, desiderosi di cambiamento, vengono accolti dalla *bidonville*, che assume «il ruolo (insufficiente) di intermediario tra la campagna e la città»; in altri paesi, specie quelli socialisti, la manodopera reclutata nelle campagne si riversa nelle città, determinando sovraffollamento, costruzione di quartieri o settori residenziali il cui rapporto con la vita urbana è quantomeno oscuro²³.

La conclusione è a dir poco tragica: «La città storicamente formata non è più vissuta, non la si coglie più praticamente. È solo un oggetto di consumo culturale improntato all'estetismo rivolto a turisti avidi di spettacoli e di pittoresco. Anche per coloro che cercano di comprenderla affettuosamente, la città è morta»²⁴.

Spetta agli uomini risolvere questa duplice crisi e, siccome sarebbe vano proporsi di ricostruire la città antica, l'unico modo per farlo è «creando con la città nuova la vita nuova nella città»²⁵.

¹⁹ F. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 17; ID., *Spazio e politica*, cit., 69.

²⁰ F. BIAGI, *Henri Lefebvre e la "città come opera d'arte"*, cit., 14.

²¹ F. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 22; ID., *Spazio e politica*, cit., 249.

²² ID., *Il diritto alla città*, cit., 37.

²³ *Ivi*, 79, secondo cui, in pratica la crisi mondiale dell'agricoltura finisce per aggravare la crisi mondiale della città tradizionale.

²⁴ *Ivi*, 102.

²⁵ *Ivi*, 104.

Inizia così a prendere forma la felice formula del «diritto alla città», alla quale Lefebvre perviene muovendo dalla constatazione che da qualche anno il diritto alla natura (*id est*, alla campagna ed alla natura incontaminata) era divenuto una pratica sociale grazie al tempo libero, che, una volta commercializzato, industrializzato ed organizzato in modo istituzionale, aveva finito per distruggere la naturalezza, alterarla e mercanteggiarla²⁶. A fronte di una campagna che aveva, dunque, perduto il fascino della vita contadina, «il diritto alla città si presenta come un appello, come un'esigenza»; esso «non può essere pensato come un semplice diritto a visitare o ritornare alle città tradizionali. Può essere formulato solo come *diritto alla vita urbana*, trasformata e rinnovata»²⁷.

Alla città capitalista che ha creato il centro di consumo, a cui il neocapitalismo ha poi sovrapposto il centro direzionale, va dunque contrapposta la centralità ludica, l'arte di vivere nella città come opera d'arte: ecco, allora, che «[i]l diritto alla città si presenta come forma superiore dei diritti, come diritto alla libertà, all'individualizzazione nella socializzazione, all'*habitat* e all'abitare. Il diritto all'*opera* (all'attività partecipante) e il diritto alla *fruizione* (ben diverso dal diritto alla proprietà) sono impliciti nel diritto alla città», che il filosofo francese colloca tra «i diritti che definiscono la civiltà» e che non è un diritto «alla città antica, ma alla vita urbana, alla centralità rinnovata, ai luoghi d'incontro e di scambio, ai ritmi di vita e ai modi di utilizzare il tempo che consentano un *uso* pieno e completo di momenti, luoghi ecc.»²⁸.

Si conclude così *Le droit à la ville*, ma – com'è stato anticipato – è nel successivo *Espace et politique* che, quattro anni dopo, Lefebvre chiarisce lucidamente il significato della celebre formula, precisando meglio i temi che aveva iniziato a trattare e dichiarando esplicitamente che l'opera era stata scritta per i lavoratori allontanati dai centri urbani: «È pensando a questi abitanti delle periferie, è pensando alla loro segregazione, al loro isolamento, che parlo in un libro di "diritto alla città"»²⁹.

L'eredità marxiana è di tutta evidenza: il soggetto sociale del proletariato di Marx, chiaramente legato alla situazione della classe operaia ottocentesca, viene problematizzato da Lefebvre guardando a tutti i lavoratori che abitano nelle periferie e vivono in concreto la segregazione

²⁶ *Ivi*, 112.

²⁷ *Ivi*, 113.

²⁸ *Ivi*, 125-127, 130 e 136.

²⁹ *Id.*, *Spazio e politica*, cit., 121.

sociale dei grandi edifici progettati a partire dal modello funzionalista nella riorganizzazione della *banlieue* fordista³⁰.

Le categorie marxiane vengono, però rinnovate in una prospettiva diversa, in quanto Lefebvre, riprendendo gli studi di Engels sul proletariato inglese, che mettevano in evidenza l'importanza delle contraddizioni di classe che si sviluppano nella dimensione spaziale, elabora soprattutto l'idea di una costruzione comune e collettiva della città da parte degli oppressi, ossia «la città come opera d'arte». Cogliendo la centralità della realtà urbana nei conflitti di classe ed il trasferimento dello scontro dallo spazio chiuso della fabbrica a quello aperto della città, il filosofo francese, dunque, supera le analisi di Marx³¹, che non aveva compreso che la città era diventata «il luogo in cui cresce il proletariato e diviene classe per sé, e in cui si prospetta tendenzialmente il superamento definitivo della tensione tra capitale e lavoro»³².

Per quanto specificamente attiene al c.d. «diritto alla città», Lefebvre chiarisce adesso che «[n]on si tratta di un diritto nel senso giuridico del termine, ma di un diritto assimilabile a quelli della celebre Dichiarazione dei diritti dell'uomo, atto costitutivo della democrazia. Questi diritti non sono mai formalmente realizzati, ma vi si fa continuamente riferimento per definire la situazione della società»³³. In coerenza con quanto aveva già scritto nel 1968 («il diritto alla città si presenta come un appello, come un'esigenza») ³⁴, l'autore ribadisce, dunque che non intende aggiungere un nuovo diritto alla lunga lista di nuovi «diritti umani», bensì indicare un percorso di lotta, di conflitto sociale. Com'è stato recentemente notato, «[n]on siamo, dunque, di fronte a una questione giuridica, ma filosofico-politica. Con il concetto di "diritto alla città" Lefebvre immagina una teoria politica dell'emancipazione nel contesto spaziale, la cui forza propulsiva si scontra, tuttavia, con la volontà predatrice delle logiche economico-politiche del capitalismo»³⁵. Per lui, in definitiva, «[i]l diritto alla città è una

³⁰ F. BIAGI, *Henri Lefebvre e la "città come opera d'arte"*, cit., 17; nello stesso senso, S. DE SIMONI, *La Comune di Parigi come archetipo della rivoluzione urbana*, in *Il Ponte*, 3/2018, 107-110, il quale pone più l'accento sullo scenario bellicoso e mostruoso della moltitudine che si ribella ai dispositivi di coercizione della metropoli post-fordista.

³¹ A. CRICONIA, *Introduzione. Progetto della città e democrazia urbana*, in ID. (a cura di), *Una città per tutti. Diritti, spazi, cittadinanza*, Donzelli, Roma, 2019, 11.

³² A. PETRILLO, *Periferiche: Henri Lefebvre, centri e periferie*, in A. CRICONIA (a cura di), *op. cit.*, 24.

³³ F. LEFEBVRE, *Spazio e politica*, cit., 131.

³⁴ ID., *Il diritto alla città*, cit., 113.

³⁵ F. BIAGI, *Henri Lefebvre e la "città come opera d'arte"*, cit., 18.

domanda, un grido, un appello fomentato da una spinta alla lotta, una istanza oppositiva attraverso cui le persone, tutte, possano riappropriarsi della città per “inventare il quotidiano”»³⁶.

È opinione diffusa, del resto, che, se la parola «diritto» può significare sia norma che garantisce al relativo titolare determinate prestazioni o privilegi o condizioni, sia aspirazione, tensione, rivendicazione di qualcosa che ancora non è riconosciuto dal sistema di regole sociali in atto, bensì il risultato sperato di un’azione che si sente necessaria, quando parliamo del «diritto alla città» immaginato da Lefebvre ci riferiamo al secondo significato del termine³⁷.

Secondo la lezione del filosofo francese, «*droit à la ville*» significa in pratica intervenire direttamente nelle questioni dello spazio, prenderne possesso, conformarlo e/o riconfigurarli secondo le esigenze delle classi popolari, mettere la città al servizio dei subalterni; si tratta di un diritto che coinvolge la vita quotidiana di tutti noi e che, assumendo come priorità la riappropriazione sociale degli spazi di vita, «offre spiragli per la costruzione di utopie concrete, di utopie *situate* nel territorio. Il diritto alla città è un diritto situato. Relativo alla vita nel luogo»³⁸.

Esso indica un cambiamento del soggetto legittimato a chiedere che tipo di città desideriamo, che tipo di persone vogliamo essere, a quali rapporti sociali aspiriamo, che rapporto vogliamo instaurare con la natura e con la tecnologia: è, dunque, un diritto collettivo (sociale) e non individuale (civile) e si traduce nell’esercizio di un potere collettivo sul processo di urbanizzazione³⁹. È, in sostanza, «il rovesciamento della città come “merce” da parte di chi è escluso, oppresso, e la dialettica ricostruzione di un essere in comune della *polis* come “opera” di coloro i quali la abitano»⁴⁰.

Se, poi, vogliamo ritagliargli una dimensione individuale, possiamo pure dire che, in senso soggettivo, il diritto alla città è «il diritto dell’individuo a partecipare all’organizzazione complessa, alla complessità»⁴¹.

³⁶ R. MENNA, *Diritto alla città*, in www.doppiozero.com, 12 giugno 2018.

³⁷ Così, ad es., E. SALZANO, *Diritto alla città, ieri e oggi e domani*, Relazione al Seminario del Dottorato in Pianificazione territoriale e urbana – Roma, 8 marzo 2012, in <https://lists.peacelink.it>.

³⁸ I. AGOSTINI, *Spiragli di utopia. Lefebvre e lo spazio rurale*, in www.casadellacultura.it, 1 febbraio 2019.

³⁹ Henri Lefebvre, “Il diritto alla città”, in tempofertile.blogspot.com, 21 maggio 2018.

⁴⁰ F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 204.

⁴¹ Così R. CAVALLO PERIN, *L’ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, 2/2019, 378.



3. *Gli sviluppi delle teorie lefebvriane: in particolare, il contributo di David Harvey*

In questa sede, non è certo possibile passare in rassegna tutte le interpretazioni del pensiero di Henri Lefebvre.

Tra i primi contributi all'introduzione delle sue teorie, corre l'obbligo, però, di dedicare almeno un cenno a David Harvey, che è stato uno dei primi ad aver gettato le premesse per la traduzione delle sue opere in inglese.

La sua lettura del «diritto alla città» si colloca nella prima fase dell'interpretazione e ripresa degli studi lefebvriani e precisamente nell'ambito della corrente dei critici urbani «politico-economici», cioè coloro che vedono in Lefebvre un acuto interprete delle trasformazioni geografico-economiche dell'urbano: non a caso, Harvey è un geografo (oltre che antropologo, sociologo e politologo) e s'interessa dell'economia politica della geografia urbana, cioè dell'economia politica dello spazio, ed utilizza il filosofo francese soprattutto per svolgere una critica dell'economia politica dell'urbano⁴².

In un testo edito nel 2012, Harvey ha raccolto una serie di articoli pubblicati in precedenza, ma riestesi ed aggiornati, in cui aveva analizzato il recente risveglio di forti movimenti sociali a livello internazionale all'interno della cornice teorica lefebvriana del «diritto alla città»⁴³. A distanza di pochi mesi, è stata edita in italiano una breve raccolta di suoi scritti contenuti anche nel testo del 2012, raccolta che è poi stata ripubblicata alcuni anni dopo con l'aggiunta di un'intervista sulla «rivoluzione urbana»⁴⁴. L'obiettivo del geografo inglese è stato quello di sottoporre a verifica empirica l'ipotesi secondo cui l'urbanizzazione svolge un ruolo attivo nell'assorbire l'eccedenza di capitale prodotta dalla continua ricerca di plusvalore, basandosi sull'assunto marxista per cui il capitalismo si fonda sulla produzione di profitto⁴⁵.

Nel rileggere Lefebvre, Harvey torna sull'espressione «diritto alla città» e, nel ricordare che essa rappresentava per il filosofo francese una

⁴² F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 75 s.

⁴³ D. HARVEY, *Rebel Cities. From the right to the city to the urban revolution*, Verso, London, 2012.

⁴⁴ ID., *Il capitalismo contro il diritto alla città*, OmbreCorte, Verona, 2016.

⁴⁵ L. BENVENGA, *Il Diritto alla città di Henri Lefebvre e le tendenze all'anti-coartazione del suo valore di scambio. Ipotesi di lettura e analisi*, in www.iuncturae.eu, 25 maggio 2018, 3.

provocazione intesa ad esprimere tanto un «grido» quanto una «richiesta», assume che nel grido si racchiudevano le sofferenze di una crisi che si viveva quotidianamente nelle città, mentre la richiesta era in realtà un ordine di guardare in faccia alla crisi per ricostruire «una vita urbana alternativa, meno alienata, ricca di significato e giocosa ma anche, come sempre in Lefebvre, conflittuale e dialettica»⁴⁶.

Harvey riprende, poi, l'idea del «diritto alla città» come diritto collettivo (a suo avviso, «reinventare la città dipende inevitabilmente dall'esercizio di un potere collettivo sui processi di urbanizzazione»⁴⁷) per precisare che, in quanto tale, tutti possono chiederlo e, soprattutto, esercitarlo: dagli investitori immobiliari agli immigrati irregolari; si tratta, dunque, di riconoscerne la natura conflittuale e materiale⁴⁸.

Muovendo da una prospettiva definita «strutturalista», che legge i movimenti sociali urbani in relazione ai processi di ristrutturazione del capitalismo che trovano in quella urbana la scala privilegiata di accumulazione e regolazione⁴⁹, e riconducendo, quindi, tutti i suddetti fenomeni alle dinamiche di accumulazione del capitale, Harvey ritiene che anche le città fungano semplicemente da «contesto» di tale processo di accumulazione globale e, conseguentemente, divengano «contenitori» dell'opposizione dialettica tra sistema e movimenti dal basso: in questo quadro teorico, il «diritto alla città» si configura per opposizione alle disuguaglianze del capitalismo come risposta dal basso da parte di chi la città la abita e vive quotidianamente, respingendo la supremazia del valore di scambio sul valore d'uso. Per il geografo inglese, in sostanza, il concetto di diritto alla città «è intrinsecamente e alla fine anti-capitalista»⁵⁰.

Ciò non significa, tuttavia, che esso sia prerogativa esclusiva dei poveri. Per Harvey, infatti, «“diritto alla città” è un significante vuoto, ma pieno di possibilità immanenti, non trascendenti»; esso, inoltre, «non è un diritto esclusivo, ma un diritto mirato. Include non solo i lavoratori edili ma

⁴⁶ D. HARVEY, *Il capitalismo*, cit., 42. Sul rapporto tra «diritto alla città» e festa in Lefebvre, anche F. CHIODELLI, *La cittadinanza secondo Henri Lefebvre: urbana, attiva, a matrice spaziale*, in *Territorio*, 4/2009, 103 ss.

⁴⁷ D. HARVEY, *Il capitalismo*, cit., 8.

⁴⁸ *Ivi*, 49.

⁴⁹ C. DE FELICIANTONIO, *Spazi di contesa. Città e movimenti sociali*, in *Zapruder*, 3/2014, 137 s. Si tratta di uno dei temi-chiave della c.d. Urban Political Economy, su cui cfr. U. ROSSI e A. VANOLO, *Geografia Politica Urbana*, Laterza, Bari-Roma, 2010.

⁵⁰ Ciò si trova ribadito in L. MAGALHÄES, *Il diritto alla città e la rivoluzione urbana anti-capitalista*, Intervista a D. Harvey, Quito, 7 febbraio 2014, in <https://comitatocarlosfonseca.noblogs.org>, 21 marzo 2014.



anche tutti coloro che facilitano il riprodursi della vita quotidiana: badanti e insegnanti, addetti alle fognature e alla metropolitana, idraulici ed elettricisti, lavoratori ospedalieri e conducenti di camion, autobus e taxi, lavoratori dei ristoranti e intrattenitori, impiegati di banca e amministratori pubblici. È una ricerca di unità all'interno di un'incredibile varietà di spazi frammentati»⁵¹.

Quanto ai contenuti concreti, il «diritto alla città» è, per Harvey, «molto più che un diritto di accesso [...] alle risorse che la città incarna: è il diritto di cambiare e reinventare la città in modo più conforme alle nostre esigenze. [...] una forma di potere decisionale sui processi di urbanizzazione e sul modo in cui le nostre città sono costruite e ricostruite»⁵². Esso, oggi, «è confinato in un ambito troppo ristretto, nella maggior parte dei casi nelle mani di una piccola *élite* politica ed economica che si trova nella posizione di poter modellare la città in base ai propri bisogni e desideri»⁵³. Per cambiare le cose, è, quindi, necessario, costruire «meccanismi democratici alternativi (diversi, cioè, dalle attuali democrazie fondate sul potere del denaro) per decidere come rivitalizzare la vita urbana al di fuori dei rapporti di classe dominanti e seguendo i “nostri” (dei produttori di urbanizzazione e urbanesimo) più intimi desideri»⁵⁴.

4. *L'approccio giuridico di Bernard Auby: il «diritto della città»*

Anche se del diritto – anzi, dei diritti – della città parlerà subito dopo di me il Collega ed Amico Mario Spasiano, mi sia consentita una breve digressione su tali concetti per ambientare il pensiero di Lefebvre in un contesto più giuridico.

Nella seconda parte della sua attività scientifica, Jean-Bernard Auby, oltre ad aprire la scienza amministrativistica francese alle grandi novità di fine '900, ha operato un'originale riconsiderazione di alcuni temi trattati in precedenza secondo la tradizione: emblematico – com'è ben stato notato - il caso del diritto urbanistico che si sviluppa nel «diritto delle città», nel «diritto alla città» ed anche nel diritto delle nuove tecnologie e procedure che portano alle *smart cities* di cui adesso tanto si parla⁵⁵.

⁵¹ D. HARVEY, *Il capitalismo*, cit., 104 e 106.

⁵² *Ivi*, 8 s.

⁵³ *Ivi*, 37.

⁵⁴ *Ivi*, 105.

⁵⁵ M.P. CHITI, *Jean-Bernard Auby e il diritto comparato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2018, 927.

Alcuni anni fa, pensando agli studenti di diritto pubblico di formazione non giuridica, egli ha scritto un bel libro sui problemi giuridici posti dal funzionamento delle città, sul modo in cui il diritto le «riveste»⁵⁶.

In quest'opera, muovendo dalla considerazione che il diritto urbanistico tradizionale si sarebbe rivelato inadeguato a guidare la gestione dei problemi delle città, lo studioso francese ha elaborato il concetto giuridico di «diritto della città» attraverso un metodo definito «di gius-realismo»⁵⁷: in un seminario dottorale svoltosi sul tema⁵⁸, egli stesso ha dichiarato di non essere sicuro di cosa sia il diritto urbanistico, ma di sapere cos'è una città. Egli, in sostanza, ha cercato di spiegare cos'è la città per il diritto e che posto occupa quest'ultimo nel funzionamento concreto delle città.

È nell'ambito della riflessione conclusiva sulle politiche della città che emerge il tema del «diritto alla città», che Auby rielabora in chiave giuridica partendo dal presupposto che i diritti fondamentali trovano voce nel contesto urbano. A suo avviso, il diritto alla casa, il diritto alla mobilità urbana, il diritto ai servizi pubblici locali essenziali, il diritto alla sicurezza trovano la loro sintesi nel «diritto alla città» e ne determinano il contenuto: da qui l'idea che «le droit à la ville» consista in pratica nella pretesa ad un accesso minimo ai servizi resi dalle città, sia che si tratti di prestazioni offerte che di protezioni assicurate, ed in un dispositivo generale teso a limitare la segregazione urbana⁵⁹.

Non è compito mio – ripetesi – individuare i pregi ed i limiti del contributo di Auby⁶⁰, il quale è tornato recentemente sul tema, ponendo l'attenzione sullo sviluppo della democrazia diretta urbana. A suo avviso, infatti, da un lato, le città si impongono sempre di più come laboratorio privilegiato di una possibile rinascita della democrazia rappresentativa in crisi; dall'altro, la formula del «diritto alla città» pone sotto una diversa luce il rapporto tra il cittadino ed i beni offerti dalla città (abitazione, sicurezza,

⁵⁶ J. B. AUBY, *Le droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, Paris, 2013.

⁵⁷ M. BOTTIGLIERI, *Dal "diritto della città" al "diritto alla città"*, in ID. (a cura di), *OPAL - Osservatorio per le autonomie locali*, n. 3/2013, numero monografico di *POLIS WorkingPapers*, 209, 2013, 14.

⁵⁸ «La città nel diritto amministrativo» - Torino, 24 aprile 2013.

⁵⁹ M. BOTTIGLIERI, *op. cit.*

⁶⁰ Di questi ultimi, peraltro, sembra essere consapevole lo stesso Autore «laddove preferisce parlare di "un'idea del diritto alla città" più che di un diritto *tout court*», *ivi*, p. 20.

mobilità, accesso ai servizi domestici essenziali), un accesso minimo ai quali dev'essere garantito a tutti gli abitanti⁶¹.

A ragione, dunque, si è detto che «il *diritto alla città*, contrapposto al *diritto della città*, indica una politica funzionalistica in cui l'*individuo* ed i *corpi sociali* si riappropriano della città tramite pratiche partecipative e di amministrazione condivisa»⁶².

Si tratta di un aspetto del «diritto alla città» molto importante, sul quale avremo modo di soffermarci nel prosieguo⁶³: è un dato di fatto, d'altronde, che la realtà delle città italiane manifesta una chiara preferenza per un approccio «dal basso», in cui grande spazio è riservato all'autonomia locale; i regolamenti comunali in tema di cura, manutenzione e rigenerazione dei beni comuni urbani costituiscono un'esperienza assai significativa in tal senso⁶⁴.

5. *Le alterne fortune delle opere di Lefebvre: dopo l'eclissi, la parziale riapparizione ed il fraintendimento, le ragioni del rinnovato interesse per il «diritto alla città»*

Per decenni, di «diritto alla città» si è parlato molto – peraltro, spesso svuotando di senso il concetto⁶⁵ –, ma se n'è praticato poco; solo di recente la formula è stata riutilizzata nel solco originario ed attualizzata⁶⁶. Per molti anni, Lefebvre è stato praticamente dimenticato: *in primis*, proprio in Francia, dove molti dei suoi libri non sono più stati stampati ed oggi sono

⁶¹ J. B. AUBY, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo* (trad. di C. Silvano de *La ville, nouvelle frontière du droit administratif?*, in *AJDA*, 37, 2014), in *Riv. giur. urb.*, 1/2019, 24.

⁶² A. BARTOLINI, *Recensione al volume a cura di E. FONTANARI, G. PIPERATA, Agenda Re-cycle. Proposte per reinventare la città, Bologna, 2017*, in *Riv. giur. urb.*, 4/2017, 157.

⁶³ *Infra*, §§ 7 e 8.

⁶⁴ F. CORTESE, *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2/2016, IX. Nel senso che, anche in ragione dell'ampiezza qualitativa e quantitativa dei tessuti urbani da rigenerare nelle città italiane, non sembrano allo stato possibili forme di rigenerazione calate meccanicamente dall'alto, né sembra realistica e praticabile l'ipotesi di imporle coattivamente, T. BONETTI, *Recensione al volume a cura di F. DI LASCIO, F. GIGLIONI, La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città, Bologna, 2017, 1-416, ISBN 978-88-15-27128-0*, in *Riv. giur. urb.*, 4/2017, 708.

⁶⁵ Lo stesso Lefebvre lamentava: «Mi plagiano senza citarmi» (C. PULGAR PINAUD, *Redonner son sens révolutionnaire au droit à la ville. Entretien avec Jean-Pierre Garnier*, in C. MATHIVET (a cura di), *De quoi le droit à la ville est-il le nom? Représentations, usages et instrumentalisation du droit à la ville*, Ritimo, Paris, 2016, 22).

⁶⁶ I. AGOSTINI, *Spiragli di utopia*, cit.

difficilmente reperibili, ma anche in Italia, dove, dopo l'iniziale interesse che, tra la fine degli anni '60 e gli inizi degli anni '70 del secolo scorso, ha portato a tradurre i suoi lavori più importanti, c'è stato almeno un ventennio di sostanziale disinteresse per il suo pensiero e soltanto negli anni '90 c'è stato un parziale recupero della sua produzione grazie alle prime traduzioni in inglese⁶⁷.

Le ragioni di tale temporanea eclissi sono state individuate sia nel minore fascino, nel mondo accademico, dell'impostazione militante e critica di Lefebvre, il quale voleva comprendere il mondo per trasformarlo⁶⁸, sia, più in generale, nel declino delle prospettive marxiste nelle scienze sociali registratosi negli anni '80 del secolo scorso, sia, infine, nella preferenza accordata, rispetto alle posizioni critiche assunte dal filosofo francese nei confronti dei mutamenti in atto nelle città, ad «interpretazioni che invece insistevano sulle *magnifiche sorti e progressive* della città prossima ventura»⁶⁹.

Dopo essere rimasta inascoltata per molti anni, all'inizio del terzo millennio l'analisi dello spazio di Lefebvre sembra essere stata riattualizzata dalla constatazione che l'intensa urbanizzazione del pianeta non ha portato ad una crescita economica dei paesi poveri, le cui città sono divenute enormi megalopoli al cui interno si annidano esclusione e povertà⁷⁰. Oggi, in sostanza, ci confrontiamo con gli esiti di quelle direttrici di sviluppo che il filosofo francese aveva tracciato oltre mezzo secolo fa: l'attuale epoca dell'urbanesimo planetario è, infatti, caratterizzata dall'esplosione della marginalità urbana, dovuta al fatto che i tassi di urbanizzazione sono cresciuti e, nei paesi poveri, continueranno a crescere ulteriormente, e dalla diffusione delle logiche della valorizzazione economica sui territori, sia urbani che rurali⁷¹.

Più in generale, la crisi economica ed il conseguente impoverimento, la crescita del disagio sociale, i fenomeni migratori, il crescente bisogno di

⁶⁷ S. PAONE, *Il diritto alla città. Storia e critica di un concetto*, in *The Lab's Quarterly*, 3/2019, 24, la quale sintetizza in tre fasi le alterne fortune del pensiero lefebvrano: «l'iniziale successo, l'eclissi e l'attuale diffusione che possiamo definire planetaria».

⁶⁸ L. COSTES, *Le Droit à la ville de Henri Lefebvre: quel héritage politique et scientifique?*, in *Espaces et sociétés*, 1-2/2010, 140 s. e 177-191.

⁶⁹ S. PAONE, *Il diritto alla città.*, cit., 30.

⁷⁰ *Ivi*, 31.

⁷¹ ID., *Prefazione*, in F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 11 s. Come ha rilevato S. SASSEN, *Espulsioni. Brutalità e complessità nella economia globale*, Il Mulino, Bologna, 2015, nel contesto rurale, la messa a valore del suolo ha prodotto forme brutali di espansione dalla terra dei contadini poveri dei paesi in via di sviluppo, a causa dell'accaparramento di terreni fertili da parte di Stati e multinazionali.



sicurezza nelle città sono tutti fattori che, nel primo decennio di questo secolo, hanno contribuito ad un ritorno di attenzione nei confronti delle periferie urbane⁷², alle quali Lefebvre ha dedicato ampi spazi della sua produzione, individuandole come ambito elettivo del nuovo proletariato urbano. Il concetto di «diritto alla città» si è rivelato, quindi, molto utile, specie per coloro che lavorano sulle condizioni di vita nelle città, per ragionare degli spazi urbani e per interpretare i movimenti sociali che ne contestano la chiusura e/o le limitazioni all'accesso che impoveriscono la qualità della vita dei cittadini⁷³.

Per evidenti ragioni di spazio, non è possibile ricostruire in questa sede le fasi che hanno contraddistinto la ripresa degli studi lefebvriani, ciò che peraltro è stato fatto con esiti non del tutto univoci anche in ragione della diversa prospettiva da cui hanno preso le mosse gli interpreti del pensiero del filosofo francese, spesso provenienti da discipline diverse⁷⁴. Sia sufficiente prender atto che la *Lefebvre Renaissance* degli ultimi anni non consiste nell'utilizzo di certe versioni «addomesticate» del «diritto alla città» che erano circolate in precedenza, ma nella valorizzazione del nucleo irriducibile del pensiero lefebvriano per indagare le trasformazioni della città contemporanea, ed in particolare del rapporto centro-periferia, nella piena consapevolezza che lo scenario è radicalmente mutato rispetto a mezzo secolo fa⁷⁵.

6. *Dalla teoria alla prassi: esperienze concrete di gestione «dal basso» degli spazi urbani*

Dal 1968 ad oggi, grazie a movimenti sociali e lotte, il «diritto alla città» ha acquisito una dimensione politica, contribuendo al raggiungimento di alcune conquiste [tanto per restare all'estero, innanzitutto, negli Stati Uniti,

⁷² A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 110.

⁷³ C. BELINGARDI, *Diritto alla città e beni comuni*, in *Contesti. Città, Territori, Progetti*, 1-2/2016, 67. Sull'utilità di una rilettura del pensiero lefebvriano per una diversa comprensione delle periferie contemporanee, A. PETRILLO, *La periferia nuova. Disuguaglianza, spazi, città*, FrancoAngeli, Milano, 2018.

⁷⁴ Sul punto, *amplius*, F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 74-78, al quale si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

⁷⁵ A. PETRILLO, *Periferiche*, cit., 21-22; M. MAYER, *Recht auf die Stadt-Bewegungen in historisch und räumlich vergleichender Perspektive*, in A. HOLM e D. GEBHARDT (a cura di), *Initiativen für ein Recht auf Stadt Theorie und Praxis städtischer Aneignungen*, VSA, Hamburg, 2011, 52 ss.

dal 2004, il movimento e l'alleanza *Il diritto alla città; Habitat II* (1996-2010); la *Carta mondiale per il diritto alla città* (2004); la I e la II *Carta europea della città* (1992 e 2008)]⁷⁶, che Peter Marcuse ha così riassunto: «la priorità più alta è affidata ai bisogni immediati e fondamentali – acqua, terra, lavoro, casa, salute – e alla *leadership*, nelle decisioni, di persone che appartengono ai ceti più bassi [...]. L'impatto della giustizia come obiettivo è chiaro [...]; parole come “uguale” e “giusto” sono quelle che prevalgono [...]. I diritti devono essere stabiliti e implementati democraticamente [...] e devono essere visti come inseparabili sia dalla collettività sia dall'individuo»⁷⁷.

La constatazione che il futuro è urbano (com'è noto, la popolazione che vive nelle città è passata dai 751 milioni del 1950 ai 4 miliardi e 200 milioni attuali, secondo un *trend* che riguarda anche le città europee) ha indotto le agende internazionali ed europee a puntare ad un incremento dell'inclusione sociale per tentare di arginare le diseguaglianze sociali prodotte dagli squilibri ambientali⁷⁸. A ciò si aggiunga l'impiego delle tecnologie digitali, che, al contrario di quanto si sarebbe indotti a pensare, non ha attenuato l'esigenza della prossimità fisica di persone e risorse per lo svolgimento dell'attività di produzione e di scambio di beni e servizi, tipica di un'economia di tipo industriale: la nuova economia digitale è, anzi, un fenomeno, oltre che fortemente in crescita, principalmente urbano⁷⁹.

Dal punto di vista prettamente normativo, va, in primo luogo, menzionato l'art. I della *Carta europea dei diritti umani nella città*, adottata a Saint Denis il 18 maggio 2000 dalla Seconda Conferenza Europea delle città per i diritti umani, rubricato proprio «Diritto alla città», che così recita testualmente:

«1. La città è uno spazio collettivo che appartiene a tutti gli abitanti, i quali hanno il diritto di trovarvi le condizioni necessarie per appagare le proprie aspirazioni dal punto di vista politico, sociale ed ambientale, assumendo nel contempo i loro doveri di solidarietà.

2. Le autorità comunali agevolano con ogni mezzo a loro disposizione il rispetto della dignità di tutti e la qualità della vita dei loro abitanti».

⁷⁶ K. RASHIDZADEH, *Un glossario su tre concetti: diritto alla città, giustizia spaziale e città giusta*, in U. ISCHIA, *La città giusta. Idee di piano e atteggiamenti etici*, a cura M. Bianchettin del Grano, Donzelli, Roma, 2012, 132.

⁷⁷ P. MARCUSE, *Beyond the Just City to the Right to the City*, in ID. ET AL. (a cura di), *Searching for the Just City*, Routledge, New York, 2009, 248.

⁷⁸ G. PAVANI, *From smart to sharing? Presente e futuro delle città (al di là delle etichette)*, in *Ist. fed.*, 4/2019, 850.

⁷⁹ G. SMORTO, *Autonomie locali e politiche pubbliche per l'economia digitale*, in *Ist. fed.*, 4/2019, 891 ss.



Più recentemente, di «diritto alla città» si è parlato nel corso della conferenza dell'O.N.U. sugli insediamenti umani e lo sviluppo urbano sostenibile *Habitat III*, svoltasi a Quito (Ecuador) nell'ottobre 2016, nella quale, pur non essendosi approdati ad una formula definitiva, si è chiarito come non si tratti di un principio astratto, ma di precisi impegni che dovrebbero costantemente assumere i governanti di tutte le città al fine di garantire la piena realizzazione del diritto ad un alloggio adeguato, la parità d'accesso a tutti i servizi pubblici essenziali, il diritto alla partecipazione ed all'impegno civico, a spazi pubblici sicuri, inclusivi, accessibili e verdi, nonché assicurare una gestione del territorio della città che sia sostenibile, integrata ed equilibrata⁸⁰. La *New Urban Agenda* sottoscritta all'esito dell'incontro da 193 stati membri muove da una visione condivisa della «città per tutti» che è espressione del «diritto alla città» e si propone, quindi, come modello alternativo per ripensare le città e l'urbanizzazione⁸¹.

Il «diritto alla città», l'idea di una visione condivisa di città per tutti, i cui abitanti possano godere e produrre città ed insediamenti umani equi, sicuri, salubri, accessibili, resilienti e sostenibili, sta al centro anche dell'*Agenda 2030*, che attribuisce grande importanza alle questioni legate all'urbanizzazione sostenibile: l'Obiettivo n. 11.3, in particolare, consiste nel «potenziare un'urbanizzazione inclusiva e sostenibile e la capacità di pianificare e gestire in tutti i paesi un insediamento umano che sia partecipativo, integrato e sostenibile».

Pur non volendo sottovalutare l'attenzione delle istituzioni, anche sovranazionali, per il «diritto alla città», si ha, però, la netta sensazione che abbia ragione Jean-Bernard Auby quando afferma che la città tende ad eludere il diritto, che si deforma e modifica davanti a «*la pression de la ville*» ed alle richieste degli attori urbani, in quanto capace di tradursi in regole malleabili ed indicative piuttosto che rigide ed imperative⁸². Si vuol dire, cioè, che, al di là del riconoscimento formale, il «diritto alla città» pensato da Lefebvre va inteso soprattutto come riattivazione del diritto/dovere di cittadinanza, come momento di epifania e risveglio di coloro che vivono la città: si tratta, in altri termini, di un cambiamento che richiede

⁸⁰ M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 4/2018, 801.

⁸¹ Così, da ultimo, G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in www.federalismi.it, 24/2020, 45 e 83.

⁸² J.B. AUBY, *Le droit de la ville*, cit., 8. Nel senso che l'ordinamento generale subisce le naturali pressioni di gruppi d'interesse e di una pluralità di ordinamenti giuridici originari, R. CAVALLO PERIN, *Beyond the Municipality; the City, its Rights and its Rites*, in www.ijpl.eu, 2/2013, 307 ss.

necessariamente degli sforzi da parte dei cittadini, che non può far a meno del cittadino attivo teorizzato da Feliciano Benvenuti⁸³, un cittadino che, superato il principio della delega, si riscopre non solo come portatore di bisogni e diritti, ma anche come co-costruttore della cosa pubblica e responsabile del suo funzionamento⁸⁴.

In questo contesto, alcune città, sull'onda della *sharing economy*, hanno iniziato a collaborare reciprocamente per condividere i principi ispiratori per un governo dell'economia digitale⁸⁵ e, più in generale, per sperimentare una nuova strategia tra città che condividono un tessuto socio-economico e/o un'esperienza storica di partecipazione popolare ai processi decisionali dell'ente locale⁸⁶. Com'è ben stato notato, la novità di tali fenomeni, che proiettano le città verso nuovi scenari, è che è tutto improntato ai temi della solidarietà sociale: il diritto della città scavalca quello statale e delle comunità autonome, poiché le città si fanno carico dei problemi globali e non solo di quelli locali⁸⁷.

Merita menzione addirittura maggiore il fenomeno delle pratiche di rigenerazione del tessuto urbano esistente nate dalle iniziative di cittadini che, in accordo con le istituzioni municipali di riferimento, si sono attivati per produrre in forma autonoma spazi più democratici, inclusivi, accessibili e culturalmente attivi: numerosi sono gli esempi di pratiche promosse direttamente dai cittadini che, sotto la forma dell'utilizzo temporaneo o del riuso di un edificio esistente o di un'area in stato di abbandono, hanno prodotto nuovi modi di vivere e lavorare, offerto servizi innovativi alla collettività, spazi per le comunità locali, la cultura e le attività creative, l'avvio di nuove realtà professionali (postazioni di *co-working*, unità da affittare, caffetterie, laboratori artigianali, mercati locali), in nome di un «diritto alla città» inteso come il diritto collettivo di plasmare e produrre lo spazio urbano nel suo valore d'uso⁸⁸.

⁸³ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994.

⁸⁴ P. TEANI, *Abitare nella crisi. Movimenti per il diritto alla città a Milano e Barcellona*, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2018, 231.

⁸⁵ Tra i documenti più recenti merita menzione la *Sharing Cities Declaration Cities Common Principles and Commitments for City. Sovereignty Regarding the Platform Economy*, sottoscritta nel novembre 2018 a Barcellona da trentadue città di tutto il mondo ed aperta alla firma di altre.

⁸⁶ Si pensi all'accordo firmato dai sindaci di Bologna e di Barcellona nel novembre 2018.

⁸⁷ T. FONT I LLOVET, *Relazione* al Convegno su: «Autonomie Regionali e Locali tra passato presente e futuro» - Bologna, 15-16 novembre 2019. Per l'idea di una città che va «oltre il Comune», R. CAVALLO PERIN, *Beyond the Municipality*, cit.

⁸⁸ In tal senso, con specifico riguardo alle pratiche di rigenerazione urbana nei contesti delle città di Londra e Milano, S. GALATEO, *La Terza Città. Il Diritto alla Città: strategie di*

Sperimentazioni sicuramente interessanti di riqualificazione degli spazi che muovono dall'idea lefebvrina, sulle quali la dottrina ha iniziato da tempo ad indagare, sono pure la *street art* e gli orti urbani⁸⁹, nonché, più in generale, la riscoperta di percorsi agro-alimentari urbani⁹⁰.

Si è, dunque, in presenza di una domanda di partecipazione alla gestione dei beni territoriali diffusi, che testimonia di una ben precisa volontà di gruppi di cittadini di essere parte attiva nei processi di rigenerazione aventi ad oggetto spazi e/o edifici degradati o abbandonati; esperienza di cittadinanza attiva che senza dubbio configura un nuovo modello di gestione dei beni comuni che merita di essere studiato e monitorato⁹¹.

rigenerazione urbana attraverso pratiche autonome e creative di produzione dello spazio, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Milano-Politecnico, 2018; con riferimento al collettivo Macao, che dal 2012 rappresenta l'esempio milanese più rilevante di movimento sociale per il «diritto alla città», N. BERTOLINO, *Riappropriarsi dei luoghi dell'abbandono: la comunità creativa come epicentro della rigenerazione urbana sostenibile*, in www.cittacreative.eu, 16 ottobre 2017; ulteriori casi studio in P. TEANI, *op. cit.*, 70 ss. Volgendo lo sguardo all'estero, con riguardo ai movimenti sociali spagnoli, cfr. G. AVALLONE e S. TORRE, *Conquistare lo spazio politico. I movimenti sociali spagnoli, il diritto alla città e la politica nel nuovo secolo*, in *Historia Actual Online*, 2/2016, 129 ss.; con riferimento, infine, ad alcune città africane, M. MORANGE e A. SPIRE, *"Diritto di fatto alla città". Soggettività dei cittadini sfollati o ricollocati e riordino neolibérale dello spazio a Città del Capo e Lomé*, in *Afriche e Orienti*, 2-3/2016, 97 ss. Per un inquadramento generale del tema, da ultimo, F. GIGLIONI, *Verso un diritto delle città. Le città oltre il comune*, in E. CARLONI e F. CORTESE, *Diritto delle autonomie territoriali*, Cedam, Milano, 2020, 267 ss.; A. BIANCHI, *La rigenerazione urbana: un nuovo modo di pensare la Città*, in *Riv. giur. Mezz.*, 1/2020, 139 ss., il quale segnala, in particolare, la dichiarazione *Sulla rigenerazione urbana integrata e il suo potenziale strategico per uno sviluppo urbano più intelligente, sostenibile e inclusivo nelle Città europee*, sottoscritta a Toledo il 22 giugno 2010 dai ministri europei responsabili dello sviluppo urbano, che ha indicato l'importanza strategica della «rigenerazione urbana integrata» per realizzare la quale è necessaria un'«alleanza urbana condivisa da tutti gli attori coinvolti nel processo di *city-building*, basata sul consenso e legittimata da nuove forme di *governance*», *ivi*, 141.

⁸⁹ Cfr. A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, in *Riv. giur. edil.*, 1/2019, 31 ss.

⁹⁰ G. PIZZANELLI, *La rigenerazione degli spazi urbani attraverso percorsi agro-alimentari*, in M. PASSALACQUA, A. FIORITTO e S. RUSCI (a cura di), *Ri-conoscere la Rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, Maggioli, Rimini, 2018, 289 ss.

⁹¹ L.C. DE LUCA, *La ri-generazione urbana come laboratorio di cittadinanza attiva*, in M. PASSALACQUA, A. FIORITTO e S. RUSCI (a cura di), *op. cit.*, 309 ss.; da ultimo, A. SIMONATI, *La trasparenza e la partecipazione a livello territoriale*, in E. CARLONI e F. CORTESE, *op. cit.*, 369 ss.

7. *La persistente attualità delle tesi di Lefebvre (pur nel mutato contesto urbano) nelle più importanti interpretazioni del suo pensiero*

Dopo aver provato a comprendere il significato della formula «diritto alla città» teorizzata da Lefebvre, occorre adesso vedere se e come la stessa possa essere utilizzata, riattualizzandola, nell'epoca attuale.

È a tutti evidente come la città contemporanea sia ben diversa dalla città del capitalismo industriale del filosofo francese, caratterizzata dalla zonizzazione, dalla standardizzazione degli edifici, dalla crescita a dismisura delle periferie che colonizzavano la campagna: la città di oggi è quella del capitalismo finanziario, con il centro che continua a svuotarsi e ad essere vetrinizzato/museificato e gli abitanti che sono stati sostituiti da uffici e strutture per turisti (c.d. «*gentrification*»); di contro, zone residenziali ai margini in espansione, progressiva cementificazione del territorio ed aumento del consumo di suolo⁹². Gli spazi urbani sono sempre più spesso terreno fertile dei detentori del potere economico e politico e si è persa l'idea di città come bene comune e coacervo di diritti, si è spezzato il legame tra la comunità degli uomini e la città materiale, che non viene più immaginata e modellata dai primi, ma è nelle mani di speculatori senza scrupoli (palazzinari e via discorrendo), cui amministratori conniventi consentono di appropriarsi di ampi spazi pubblici: è per questo che – come ci ha recentemente ricordato in un bel libro Salvatore Settis – il «diritto alla città» è il rilancio di un «orizzonte dei diritti civili» che ci riguarda tutti da vicino, spingendoci ad interrogarci su che tipo di città vogliamo, a farne il «teatro della democrazia»⁹³.

A fronte di un modello di città connotato dall'esproprio del potere decisionale (tutto è gestito da app commerciali e tramite servizi privati, il linguaggio della *governance* politica è sempre più tecnocratico, per cui su questioni centrali i cittadini-utenti devono accettare quanto stabilito dai governanti), dall'affermazione del c.d. «capitalismo della sorveglianza»⁹⁴ (in cui la nuova «industria della securitizzazione»⁹⁵ dà vita ad un modello fondato sull'accesso su base reddituale e, soprattutto, etnica alla stregua del quale la città non è per tutti) e dall'incombente minaccia del *social score*

⁹² C. BELINGARDI, *op. cit.*, 70.

⁹³ S. SETTIS, *Architettura e democrazia. Paesaggio, città, diritti civili*, Einaudi, Torino, 2017.

⁹⁴ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, LUISS University Press, Roma, 2019.

⁹⁵ J. HALPER, *La guerra contro il popolo. Israele, i palestinesi e la pacificazione globale*, epoké, Novi Ligure, 2017.



(all'avanguardia soprattutto in Cina, ma ormai diffuso anche in Occidente), battersi per il «diritto alla città» significa oggi riappropriarsi di tutti i livelli della vita urbana strappandoli alla logica di mercato e al controllo securitario, rifiutare il ricatto tecnocratico che sta alla base del monopolio nella produzione di dati e riaffermare un'idea di abitante che decide liberamente cosa fare della propria esistenza insieme agli altri⁹⁶.

Insomma, anche se la situazione attuale è certamente molto diversa rispetto a quella della Francia di Lefebvre, il suo appello al «diritto alla città» risulta oggi forse ancora più importante di allora a causa dell'acuirsi della polarizzazione sociale per via della crisi economica, dell'urbanizzazione di massa dei paesi del sud, del ritiro dello Stato dalla gestione della vita sociale, ora sempre più svolta da privati: tutti fattori che certamente contribuiscono al graduale esproprio dei poteri decisionali dei cittadini, sempre meno in grado di incidere sulle decisioni pubbliche⁹⁷. Da un certo punto di vista, la situazione è, dunque, addirittura peggiorata rispetto a quando scriveva Lefebvre, per cui è necessario proporre un'attualizzazione del suo pensiero ed a tal fine – al di là del fatto che si opti per una declinazione «radicale» ovvero «riformista» del «diritto alla città» – occorre avere ben chiaro che non ci si può limitare a predisporre delle liste di diritti che astrattamente compongono tale diritto, ma occorre contestare fermamente qualsiasi atto di governo del territorio – *in primis*, lo strumento urbanistico che, ad es., preferisca ulteriore saccheggio del verde pubblico al riutilizzo degli edifici abbandonati – che sottragga utilità alla collettività in termini di salute, libertà, socialità, dignità del vivere, felicità⁹⁸. Per Lefebvre, d'altronde, i diritti umani, come il «diritto alla città», sono questioni «polemiche» che provocano un «disaccordo» nell'arena politica e rompono il velo d'ipocrisia dell'uguaglianza formale dei regimi cc.dd. «democratici»⁹⁹.

Ciò premesso, va pure detto che, mentre mutava radicalmente il contesto urbano, anche il concetto di «diritto alla città» assumeva una vita propria rispetto all'analisi di Lefebvre.

Dopo essere stato oggetto, tra la fine degli anni '70 e gli anni '90 del secolo scorso, di una sorta di *récupération* dall'alto da parte delle stesse classi dirigenti francesi contro le quali era stato dapprima ideato, soltanto

⁹⁶ *Diritto alla città e riappropriazione. Come decostruire il modello Milano*, in napolimonitor.it, 24 gennaio 2020.

⁹⁷ A. CASAGLIA, *Prefazione*, in H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 11.

⁹⁸ C. BELINGARDI, *op. cit.*, 79.

⁹⁹ J. RANCIÈRE, *Il disaccordo*, Meltemi, Milano, 2007.

nell'ultimo ventennio le «*droit à la ville*» è stato attualizzato in modo originale¹⁰⁰.

Oltre ai contributi di David Harvey – di cui ci siamo già occupati¹⁰¹ e con riguardo al quale sono state recentemente rilevate alcune criticità¹⁰² – e del suo allievo Andy Merrifield – che, nel sostenere che i concetti di Lefebvre sono ormai superati alla luce della morte della città e della gestazione di un'inedita società urbana¹⁰³, finisce però per abbandonare le categorie lefebvrine ed intraprendere strade che non hanno più alcun legame con il filosofo francese¹⁰⁴ – va ricordata l'analisi di Peter Marcuse. Il noto giurista-urbanista si è interrogato a lungo su che tipo di diritto sia il «diritto alla città» ed a quale tipo di città esso si riferisca, ravvisando una certa continuità tra il modello di città neoliberale e le ristrutturazioni economico-politiche avvenute finora e giungendo alla conclusione che il «diritto alla città» deve re-intendersi come molteplicità di rivendicazioni e battaglie concentrate non più soltanto sul lavoro, ma sull'urbano come contenitore di tutte le nostre relazioni vitali¹⁰⁵. Senza la benchè minima pretesa di completezza, merita, infine, una notazione anche Mark Purcell, che ha evidenziato come il «diritto alla città» non possa essere separato dai principi di autogestione e riappropriazione dal basso dello spazio sociale¹⁰⁶, per poi dedicare qualche cenno ad un recente contributo che, nell'ambito del dibattito italiano, che si muove sulla medesima linea interpretativa di Harvey o non sfugge ad una certa genericità, presenta spunti originali.

A quest'ultimo occorre premettere che la formula «diritto alla città» non può essere circoscritta in ambito esclusivamente giuridico e/o nelle

¹⁰⁰ F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 211-228.

¹⁰¹ *Supra*, § 3.

¹⁰² Con riguardo, soprattutto, alla definizione del «diritto alla città» come «significante vuoto»: F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit. 230-232.

¹⁰³ A. MERRIFIELD, *The Politics of the Encounter: Urban Theory and Protest under Planetary Urbanization*, University of Georgia Press, Athens, 2013.

¹⁰⁴ F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 234-238.

¹⁰⁵ P. MARCUSE, *Whose right(s) to what city?*, in N. BRENNER, P. MARCUSE e M. MAYER (a cura di), *Cities for people, not for profit. Critical Urban Theory and the right to the city*, Routledge, London-New York, 2012, 24 ss.; ID., *From Critical Urban Theory to the Right to the City*, in *City: Analysis of Urban Trends, Culture, Theory, Politics, Action*, 13, 2009, 185 ss.

¹⁰⁶ M. PURCELL, *Possible worlds: Henri Lefebvre and the right to the city*, in *Journal of Urban Affairs*, 1/2013, 141 ss. In termini analoghi, ancorché da una diversa prospettiva di analisi, P. CHATTERTON, *Seeking the Urban Common. Furthering the Debate on Spatial Justice*, in *City: Analysis of Urban Trends, Culture, Theory, Politics, Action*, 14, 2010, 625 ss., secondo cui un progetto di giustizia spaziale intorno al «diritto alla città» può essere realizzato privilegiando i beni comuni urbani (*urban commons*).



teorie del governo del territorio. Anche se tra gli urbanisti v'è chi ritiene che il «diritto alla città» sia un tentativo di ampliare i diritti sociali «per costituire una sorta di diritto universale»¹⁰⁷, si è già detto che, in realtà, il «*droit à la ville*» immaginato da Lefebvre si annuncia come appello, come esigenza, un'aspirazione che non può essere concretamente realizzata senza una critica radicale del sistema capitalista. Il relativo dibattito è, dunque, filosofico-politico più che giuridico.

Ciò premesso, mi è parso interessante l'approccio tendente a valorizzare la lettura dell'ultimo Lefebvre, che, pur essendo alquanto sfiduciato circa le reali possibilità di ribaltare ancora i rapporti di forza della produzione dello spazio¹⁰⁸, esorta a «ridare centralità a forme che ben conosciamo, ma alquanto trascurate, come la vita associativa o l'autogestione, che assumono nuovo contenuto se applicate all'urbano. Si tratta, dunque, di sapere se il movimento sociale e politico possa formularsi e riarticolarsi attorno a questioni specifiche, ma ciò nonostante concrete, riguardanti tutte le dimensioni della vita quotidiana»¹⁰⁹. Orbene, secondo una lettura che mi è parsa del tutto convincente, l'eredità lasciata ai posteri dal filosofo francese è ben riassunta nelle surriportate parole, che sostanzialmente racchiudono un invito a perseverare nelle pratiche politiche rivoluzionarie proprie del «diritto alla città»: l'appello utopico alla costruzione di nuove situazioni possibili, insomma, non è venuto meno¹¹⁰. Spetta all'azione politica, alla vita associativa dell'autogestione, spezzare il dominio lineare del tempo mercificato, ricomponendo la dissociazione tra «cittadino e abitante della città (*citoyen/citadin*)»¹¹¹.

Dalle riletture del filosofo francese sembra, dunque, emergere la rivendicazione di un nuovo «diritto alla città», che comprende quelli delle rivendicazioni del secolo scorso, le integra e arricchisce con nuove rivendicazioni¹¹².

Nell'attuale scenario di crisi, il «diritto alla città» - la cui funzione, secondo lo stesso Lefebvre, «è aprire il pensiero e l'azione» - risulta, insomma, quantomai utile, purché sia chiaro che il valore d'uso della città

¹⁰⁷ Così L. MAZZA, *Spazio e cittadinanza. Politica e governo del territorio*, Donzelli, Roma, 2015, 159.

¹⁰⁸ «L'urbano, inteso e vissuto come pratica sociale, si sta deteriorando ed è probabilmente in via di estinzione»: H. LEFEBVRE, *Quando la città si dissolve nella metamorfosi planetaria*, in *Scienza & politica*, 56, 2017, 236.

¹⁰⁹ *Ivi*, 238.

¹¹⁰ F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, cit., 246 s.

¹¹¹ H. LEFEBVRE, *Quando la città si dissolve nella metamorfosi planetaria*, cit., 238.

¹¹² E. SALZANO, *Diritto alla città*, cit.

a cui alludeva il filosofo francese non può ritenersi assicurato da «qualche bel parco, un patrimonio storico-artistico ben conservato e, al più, un programma di locazione popolare dignitosa»: esso è lo strumento per demolire un complesso assemblaggio economico-istituzionale che della città definisce il valore di scambio, un insieme di pratiche conflittuali che mirano al godimento collettivo delle possibilità di vita garantite dal massimo grado di sviluppo storicamente raggiunto¹¹³. Del resto, anche coloro che, probabilmente non a torto, dubitano che si possa parlare di un ben identificato e azionabile «diritto alla città» (sostenibile) - diritto peraltro affermato, come si è visto, in alcuni ordinamenti e/o dichiarazioni universali -, affermano che lo stesso può concepirsi come «sufficientemente definito obiettivo di stemperamento delle usuali tensioni tra pluralismo territoriale e diritti sociali»¹¹⁴.

La più autorevole conferma della persistente attualità della teorizzazione del «diritto alla città» ce la dà in fondo lo stesso Harvey. Dopo aver scritto che, anche se la nostra situazione è molto diversa da quella degli anni '60 del secolo scorso e le strade di Mumbai, Los Angeles, San Paolo e Johannesburg sono molto diverse, ad es., da quelle di Parigi, il «metodo dialettico di ricerca critica immanente» di Lefebvre può essere di ispirazione per rispondere al grido di aiuto ed alla richiesta di sostegno provenienti da popoli oppressi in tempi disperati¹¹⁵, in un'intervista di qualche anno fa ha detto di credere «che sia una buona idea che il concetto non sparisca mai» perché «in tutto il mondo c'è una richiesta per il Diritto alla Città. [...] Credo che allo stesso modo le persone in un quartiere vogliano avere una specie, un senso di, non esattamente di proprietà del quartiere, ma una specie di contributo, di essere qualcuno lì, e fare qualcosa lì; la stessa cosa avviene nelle città. Io credo che questo sia un concetto intuitivo che non scompare»¹¹⁶.

Ecco, l'attualità del «diritto alla città» sta proprio in queste parole del geografo inglese.

¹¹³ S. DE SIMONI, *Alla conquista della città*, in archivio.commonware.org, 6 dicembre 2014.

¹¹⁴ Così M.G. DELLA SCALA, *La 'città sostenibile' tra pianificazione e strumenti urbanistici integrativi*, in G. DE GIORGI CEZZI e P.L. PORTALURI (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 338 s.

¹¹⁵ D. HARVEY, *Il capitalismo*, cit., 46.

¹¹⁶ L. MAGALHÄES, *op. cit.*

8. *Mezzo secolo dopo, quali prospettive per il «diritto alla città»? Ovvvero come «ripensare la città» rileggendo (ed attualizzando) Lefebvre?*

È muovendo dalla consapevolezza che la città «in un certo senso è la scoperta di un meccanismo attraverso cui consentire la coesistenza degli essere umani»¹¹⁷ che ci accingiamo adesso a tirare le somme nel tentativo di vedere come si possa (richiamo qui il titolo del Convegno) «ripensare la città» rileggendo (ed attualizzando) Lefebvre.

Che un siffatto ripensamento sia necessario, invero, forse non è a tutti evidente, nel senso che, se nessuno ha difficoltà a comprendere che il declino della biodiversità è conseguenza della deforestazione, delle modifiche nell'uso del suolo, dell'inquinamento dei terreni, dell'acqua e dell'atmosfera, insomma dell'aumento sconsiderato del consumo di risorse limitate e dell'insostenibilità dei nostri sistemi di produzione, «[m]eno intuitivo è il fatto che, per alleggerire la nostra impronta dannosa sul pianeta e garantire un futuro alla nostra come alle altre specie, il luogo sul quale bisogna agire è la città. Oggi l'uomo concentra la sua popolazione, e conseguentemente le sue attività, soltanto su una minuscola parte della superficie del pianeta: quella occupata dai centri urbani. [...] le città, essendo diventate il luogo dell'uomo, sono anche i principali motori della nostra aggressione all'ambiente»¹¹⁸. In altri termini, essendo le società sempre più urbane, la questione del futuro delle città è diventata centrale nella prospettiva di uno sviluppo sostenibile del pianeta; per essere «sostenibili», le città dovranno essere attente, soprattutto, agli effetti globali, in termini ecologici, dei comportamenti dei loro abitanti, i cui modi di vita dovranno, quindi, cambiare profondamente¹¹⁹. Trasformare le città in luoghi a misura d'uomo significa, infatti, trasformare noi stessi¹²⁰.

La gestione dell'ambiente urbano, però, non dev'essere intesa come una questione meramente tecnica, risultando essenziali le dimensioni umana e sociale: la qualità dell'ambiente urbano non si esaurisce negli elementi ecologici, per cui, ad es., la qualità della vita degli abitanti di un centro urbano potrebbe essere valutata tenendo conto del grado di mescolanza sociale¹²¹. Ed allora, se si conviene sul fatto che il «diritto alla

¹¹⁷ D. LEONE, *Palermo: la multietnia chiave di lettura della città post-moderna*, in F. LO PICCOLO (a cura di), *Nuovi abitanti e diritto alla città. Un viaggio in Italia*, Altralinea, Firenze, 2013, 81.

¹¹⁸ S. MANCUSO, *Serve una nuova idea di città*, in *La Repubblica*, 5 giugno 2020.

¹¹⁹ J. VÉRON, *L'urbanizzazione del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2008, 93.

¹²⁰ M.A. CICLISTA, *La città e l'urbanizzazione di oggi*, in *Oikonomia*, 1/2018, 39.

¹²¹ J. VÉRON, *op. cit.*, 99.

città», avendo profonde implicazioni con gli elementi primari della nostra vita, non presenta esclusivamente aspetti materiali, economici e concreti, ma anche aspetti immateriali, relazionali ed affettivi, legati ai rapporti che abbiamo con gli altri¹²², ci si rende conto che ripensare la città non significa inventare in modo tecnocratico un nuovo modello di città, bensì incoraggiare, a tutti i livelli, le iniziative che rendono possibile conciliare le aspirazioni ed i comportamenti delle popolazioni urbane con gli imperativi economici imposti dalla globalizzazione¹²³.

È muovendo da questa premessa – secondo la quale il «diritto alla città» è, in sostanza, una «sintesi di socialità, memoria e qualità ambientale»¹²⁴ – che l'intuizione di Lefebvre dev'essere ripresa e riletta, *in primis*, nella prospettiva costituzionale, cioè nella prospettiva di una città pensata e costruita come luogo dell'interazione sociale e dello sviluppo della persona umana¹²⁵. In un recentissimo e suggestivo saggio, si è, infatti, riflettuto sulle ricadute che le diseguaglianze all'interno delle città e tra città hanno in termini di effettivo godimento dei diritti costituzionali¹²⁶ e si è evidenziato come un'analisi critica di tale fenomeno debba partire dalla considerazione di quei bisogni essenziali allo sviluppo della persona umana la cui soddisfazione non può essere lasciata alle sole leggi del mercato (artt. 32, 34, 36, 37 e 47 della Costituzione) ed indagare, da un lato, sul «diritto all'abitare» – che non si riduce alla disponibilità materiale di una qualsivoglia abitazione, dovendosi considerare il contesto socio-urbanistico

¹²² V.C. FARINA, *La città creativa. Il progetto dello spazio pubblico come affermazione politica*, in www.cittacreative.eu, 17 ottobre 2017, 613.

¹²³ J. VÉRON, *op. cit.*, 111.

¹²⁴ F. POMPEO, *Il "modello orientale": scenari e conflitti della superdiversità romana nell'era dell'identitarismo alemanniano*, in F. LO PICCOLO (a cura di), *op. cit.*, 207.

¹²⁵ F. INDOVINA, *Dalla città diffusa all'arcipelago metropolitano*, in ID., *Dalla città diffusa all'arcipelago metropolitano*, FrancoAngeli, Milano, 2009, 18 ss. Proprio alla luce della Carta costituzionale, ed in specie dell'art. 117, comma 2, lett. m), P.L. PORTALURI, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio* (Relazione al LXV Convegno di studi amministrativi su: «Dall'urbanistica al governo del territorio. Valori culturali, crescita economica, infrastrutture pubbliche e tutela del cittadino» - Varenna, 19-21 settembre 2019), 12 del *paper*, sostiene che, attraverso la soggettivazione dei «diritti» riferibili all'intera collettività insediata, i l.e.p. «possono tranquillamente declinarsi lungo un *climax* che muova da valori come la dignità abitativa, il decoro architettonico, la rivitalizzazione delle zone degradate, la sicurezza, il recupero o l'attribuzione di un'identità dei luoghi, per dirigersi verso mete ultime».

¹²⁶ Nel senso che oggi la «nuova questione urbana» – termini di disuguaglianze sociali e loro capacità di generale evidente forma di ingiustizia spaziale – si gioca principalmente nella città esistente, B. SECCHI, *La città dei ricchi e la città dei poveri*, Laterza, Roma-Bari, 2018, *passim*.



in cui si trova l'abitazione ed i servizi fruibili nello spazio urbano in cui la stessa è collocata – e, dall'altro, sul concetto di «sicurezza urbana», la cui abnorme dilatazione può indurre ad attuare misure che finiscono per andare a discapito dei diritti delle persone, di cui si criminalizza la condizione di marginalità e di disagio¹²⁷.

Consentitemi, innanzitutto, alcune riflessioni su quest'ultimo aspetto, che mi sembra di grande attualità.

Com'è stato da più parti osservato, anche recentissimamente, un edificio dismesso o un quartiere degradato sono contesti fertili per la criminalità, mentre, ove rivitalizzati, diventano ambiti nei quali si possono innescare meccanismi di presenza costante dei cittadini, *ergo* di controllo spontaneo, idonei a fungere da deterrente per le attività criminali¹²⁸. Si allude a quel tipo di controllo informale che può aversi soltanto in una città vitale le cui strade siano frequentate, in cui la presenza di spazi pubblici ben curati ispiri fiducia e senso di appartenenza; una città fatta, insomma, di luoghi che i cittadini amino, sentano come propri e, perciò, siano pronti a proteggere¹²⁹. Di queste tematiche si è occupato financo Papa Francesco, il quale ha osservato che «l'estrema penuria che si vive in alcuni ambienti privi di armonia, ampiezza e possibilità d'integrazione, facilita il sorgere di comportamenti disumani e la manipolazione delle persone da parte di organizzazioni criminali. Per gli abitanti di quartieri periferici molto precari, l'esperienza quotidiana di passare dall'affollamento all'anonimato sociale che si vive nelle grandi città, può provocare una sensazione di sradicamento che favorisce comportamenti antisociali e violenza»¹³⁰.

Si tratta di un fenomeno globale strettamente connesso al generale processo di periferizzazione del mondo: dappertutto, nei luoghi in cui

¹²⁷ E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, in *Riv. AIC*, 1/2020, *passim*.

¹²⁸ M. BROCCA, *Nuove frontiere del diritto urbanistico: le intersezioni con la sicurezza urbana*, in www.federalismi.it, 10/2020, 14.

¹²⁹ C. CARDIA e C. BOTTIGELLI, *Progettare la città sicura. Pianificazione, disegno urbano, gestione degli spazi pubblici*, Hoepli, Milano, 2011, 1. In argomento, cfr. anche A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana*, cit., *passim*, la quale evidenzia come l'attenzione per la sicurezza sociale nei centri abitati impatti inevitabilmente sul governo del territorio, inducendo ad ampie politiche di inclusione sociale intese ad evitare la formazione di quartieri ghetto e di aree inaccessibili ad intere categorie di persone.

¹³⁰ PAPA FRANCESCO, *Lettera enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, LEV, Città del Vaticano, 2015, 145 s. In ambito giuridico, il tema è stato recentemente affrontato da G. TROPEA, *Periferie e sicurezza urbana*, in *Nuove autonomie*, 1/2017, 5 ss. Nel senso che le periferie possono essere luoghi d'accoglienza delle diversità, ma al tempo stesso di separazione, R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento*, cit., 379.

allignano povertà e disagio sociale, fioriscono le economie criminali e questa dinamica si proietta nell'uso dello spazio pubblico, dove emerge un conflitto tra l'uso ordinario da parte degli abitanti e lo svolgimento di attività criminose, tra cui *in primis* lo spaccio della droga¹³¹.

L'approccio del nostro legislatore al tema della sicurezza urbana, però, non è stato dei più sereni ed equilibrati, tanto da indurre taluno a parlare di «ossessione securitaria» tradottasi in politiche di controllo del territorio urbano nelle quali l'attività di vigilanza, preventiva e repressiva, ha prevalso di gran lunga sulla promozione della convivenza e della coesione sociale, dando vita a disparità di trattamento incidenti sulla sfera di libertà delle persone¹³². Ciò si verifica anche a causa di interventi rigenerativi uniformanti del tutto avulsi dalle peculiarità delle situazioni locali ed ispirati piuttosto alla logica semplicistica del «fare ad ogni costo»¹³³.

Si tratta di un discorso al quale non sono estranee le problematiche del decoro urbano, se è vero che il particolare degrado di determinati spazi pubblici determina l'insorgere istintivo della percezione della paura, che porta a disertare gli spazi stessi, i quali vengono progressivamente abbandonati e finiscono per diventare terreno ideale per attività illecite o, comunque, dimora di chi vive ai margini della società: una spirale perversa, «in cui la paura genera progressiva diserzione rispetto a spazi pubblici che vengono così sempre più abbandonati generando altra paura e, quindi, altro abbandono»¹³⁴. Per fortuna, non mancano – come nota ancora una volta Papa Francesco – persone che, pur vivendo in luoghi «dove le facciate degli edifici sono molto deteriorate, [...] curano con molta dignità l'interno delle loro abitazioni, o si sentono a loro agio per la cordialità e l'amicizia della gente. La vita sociale positiva e benefica degli abitanti diffonde luce in un

¹³¹ C. CELLAMARE, *Riappropriazione della città e autorganizzazione*, in A. CRICONIA (a cura di), *op. cit.*, 87.

¹³² E. OLIVITO, *op. cit.*, 31 s., la quale evidenzia il rischio che le misure volte ad assicurare la sicurezza urbana «vadano a discapito dei diritti delle persone di cui si criminalizza la condizione di marginalità e di disagio».

¹³³ A. ANGIULI, *Rigenerazione identitaria e semplificazione nel governo del territorio*, in AA. VV., *Studi in memoria di A. Romano Tassone*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 48.

¹³⁴ Così C. VIDETTA, *Il decoro urbano tra le ragioni di protezione del patrimonio storico-artistico e il perseguimento di obiettivi di sicurezza urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 1/2019, 46 s., la quale conclude la propria indagine lamentando che, mentre «il decoro avrebbe potuto (e dovuto) costituire un valore trasversale nelle politiche relative alla vivibilità della città, strumentale alla realizzazione di obiettivi di inclusione e quindi uguaglianza sociale tra i cittadini (e più in generale tra i suoi fruitori) in ogni parte della città, non può che rilevarsi (non senza rammarico) come continui a prevalere una visione segmentata della città stessa, in cui la divisione tra zone di pregio e le altre è sempre più netta» (*ivi*, 64).

ambiente a prima vista invivibile. [...] La sensazione di soffocamento prodotta dalle agglomerazioni residenziali e dagli spazi ad alta densità abitativa, viene contrastata se si sviluppano relazioni umane di vicinanza e calore, se si creano comunità, se i limiti ambientali sono compensati nell'interiorità di ciascuna persona, che si sente inserita in una rete di comunione e di appartenenza. In tal modo, qualsiasi luogo smette di essere un inferno e diventa il contesto di una vita degna»¹³⁵.

Nell'attuale dibattito sul «diritto alla città» assumono, poi, un rilievo centrale lo sviluppo di nuove pratiche deliberative, l'affermarsi di relazioni giuridiche e meta-giuridiche inedite nei rapporti tra istituzioni e comunità¹³⁶.

L'abbandono delle periferie urbane e la carenza di servizi alla persona ed al territorio sono, del resto, il riflesso dell'inadeguatezza dei poteri pubblici ad interpretare per tempo, con l'esercizio dei tradizionali poteri autoritativi, le esigenze dei cittadini, per cui è fisiologico che questi ultimi abbiano rivendicato in modo sempre più forte il diritto di partecipare alla gestione del potere pubblico per la tutela e la rigenerazione dei beni comuni urbani¹³⁷. È, dunque, «dalle reti territoriali dell'attivismo sociale e dei corpi sociali intermedi che emerge un nuovo *diritto alla e della città* che mette in tensione il rapporto tra spazi pubblici e spazi privati, in una nuova relazione tra diritto e politiche cittadine, con la possibilità di pensare la città come *spazio di diritti e di produzione del diritto*»¹³⁸. Una nuova collaborazione tra amministrazioni pubbliche e cittadini (tradottasi, ad es, nell'adozione di regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni) volta «a conciliare il principio di legalità con quello di autoproduzione sociale», *ergo* a far confluire le prassi sociali in un dialogo paritario con i pubblici poteri¹³⁹. Una condivisione progettuale sicuramente idonea a creare o rafforzare la «coscienza dei luoghi» e, con essa, quel senso di appartenenza ed attaccamento ai luoghi che genera, a sua volta, la propensione alla mobilitazione spontanea per la difesa degli stessi¹⁴⁰.

¹³⁵ PAPA FRANCESCO, *op. cit.*, 145.

¹³⁶ C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, in www.federalismi.it, 19/2019, 4 s., anche in nota.

¹³⁷ P. URBANI, *Sulla pianificazione urbanistica: modalità di acquisizione dei suoli, garanzie dei servizi pubblici e rigenerazione dei beni comuni*, in *Riv. giur. edil.*, 4/2019, 309.

¹³⁸ *Ivi*, 310. Cfr., altresì, G.M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Ist. fed.*, 1/2018, 5 ss.; F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Ist. fed.*, 1/2018, 39 ss.; V. NITRATO IZZO, *Gli spazi giuridici della città contemporanea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

¹³⁹ P. URBANI, *op. cit.*, 312.

¹⁴⁰ M. BROCCA, *op. cit.*, 15.

Da questo punto di vista, reinterpretare la tesi di Lefebvre significa «ri-concettualizzare la città come luogo di espressione della comunità politica *activa*», ricentrarle «nel campo democratico del disaccordo e del pluralismo», trovare in esse «lo spazio pubblico necessario [...] all'espressione del dissenso e delle differenze, quali indicatori della vita vissuta nelle città e delle diseguaglianze da rimuovere»¹⁴¹. Ciò postula il riconoscimento della partecipazione come fondamentale elemento dei processi di trasformazione urbana, alla ricerca di soluzioni idonee a consentire l'effettiva soddisfazione del «diritto alla città»¹⁴². Una formula, quest'ultima, in grado oggi di aprire uno spiraglio di luce su «un "mondo nuovo" nel quale le istanze e pretese partecipative che si declinano nelle arene pubbliche vanno spesso ben oltre i tradizionali confini del procedimento amministrativo»¹⁴³. Le attuali forme di negoziazione sociale, infatti, travalicano spesso le dinamiche meramente procedurali, aprendo a forme mutevoli, ma costantemente tendenti «verso un'informalità di processo e una provvisorietà di soluzioni che in molti casi si ritengono più produttive e fertili»¹⁴⁴.

A ragione, dunque, si afferma che, per assicurare a tutti il «diritto alla città», non è sufficiente migliorare l'organizzazione degli spazi e dei servizi; resta il fatto che si vive in città non desiderate, che, per divenire «aperte», richiedono modificazioni degli spazi scelte, anche conflittualmente, attraverso percorsi decisionali altrettanto aperti: il «diritto alla città» postula, dunque, il diritto di partecipare alla sua costruzione¹⁴⁵. Le istituzioni devono, quindi, consentire ai cittadini di prendersi cura in prima persona della propria città, così da contribuire al miglioramento delle loro capacità individuali e sociali ed alla costruzione di reti di solidarietà, cooperazione sociale e reciprocità¹⁴⁶.

Il tramonto dell'idea di città come «creatura degli stati» e la conseguente configurazione delle città come «creature delle comunità»¹⁴⁷,

¹⁴¹ E. OLIVITO, *op. cit.*, 55.

¹⁴² F. DI LASCIO, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città?*, in *Riv. giur. edil.*, 2/2018, 151.

¹⁴³ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo. Un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2/2017, 221.

¹⁴⁴ D. DONATI, *Le città collaborative: forme, garanzie e limiti delle relazioni orizzontali*, in *Ist. fed.*, 4/2019, 957; in termini, F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. edil.*, 1/2018, 3 ss.

¹⁴⁵ P. BARBIERI, *Città aperte*, in A. CRICONIA (a cura di), *op. cit.*, 67.

¹⁴⁶ C. IAIONE, *La città come bene comune*, in www.aedon.mulino.it, 1/2013, 5.

¹⁴⁷ Così F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale*, cit., 20.



che non applicano il diritto calato dall'alto, ma lo creano, implica evidentemente una cooperazione con i cittadini. Si tratta di vedere, però, come tutto ciò incida sull'esercizio del potere di pianificazione urbanistica, che sicuramente contribuisce a determinare la qualità e la quantità del «diritto alla città» che spetta ad una particolare popolazione insediata¹⁴⁸. Si allude alla circostanza che, mentre molti sostengono il superamento della centralità dello strumento urbanistico per promuovere lo sviluppo urbano¹⁴⁹, recentissima dottrina, nel ripensare la città e l'urbanizzazione in base al modello lefebvrino, manifesta seri dubbi sulle potenzialità dell'urbanistica consensuale, che «si traduce spesso in soluzioni che tendono a scavalcare la pianificazione urbanistica», ed afferma che «[l]o strumento che più di ogni altro garantisce "il diritto alla città" [...] continua ad essere il piano regolatore, espressione del livello di governo più vicino alla realtà da regolare, ossia il comune»¹⁵⁰. Il pensiero è rivolto, ovviamente, ad «[u]na pianificazione strategica, inclusiva dei diversi interessi differenziati, aperta alla partecipazione dei privati nelle diverse fasi della impostazione e attuazione, ma soprattutto *pubblica*», ritenuta «l'unico modo per riportare all'interno del circuito democratico le scelte fondamentali riguardanti il territorio, evitando le pericolose derive dell'urbanistica contrattata»¹⁵¹. Idea – si badi bene – che non è soltanto dei giuristi, se è vero – com'è vero – che anche un urbanista come Edoardo Salzano ha recentemente ribadito che la pianificazione della città e del territorio è l'unico strumento capace, ove correttamente impiegato dai governanti, di raggiungere gli obiettivi d'interesse comune sottesi al diritto alla città¹⁵².

Una rivalutazione, dunque, del ruolo delle istituzioni, in coerenza con la ritenuta necessità di salvaguardare il principio di un'organizzazione superiore che unisca, contemperati ed armonizzi quelle minori in cui essa si specifica, in tal modo rappresentando l'interesse generale¹⁵³. Ma – *ça va sans dire* – anche una rivalutazione del ruolo dei cittadini, nella misura in cui invocare il «diritto alla città», predicare come *commons* lo spazio urbano, significa anche contestare radicalmente la legittimità di qualsivoglia atto di governo del territorio che precluda la concreta realizzazione di tali legittime

¹⁴⁸ F. CHIODELLI, *op. cit.*, 108.

¹⁴⁹ Così G. PIZZANELLI, *op. cit.*, 295.

¹⁵⁰ G. GARDINI, *op. cit.*, 83 s.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² E. SALZANO, *La città dei proprietari*, in G. DE LUCA (a cura di), *Discutendo intorno alla città del liberalismo attivo*, Alinea, Firenze, 2008, 98.

¹⁵³ In questi termini, richiamando Santi Romano, M.G. DELLA SCALA, *La 'città sostenibile'*, cit., 347.

aspirazioni¹⁵⁴. Ripensare la città attraverso Lefebvre vuol dire, dunque, anche valorizzarne l'aspetto, implicito nel concetto di «diritto alla città», di «diritto all'opera (all'attività partecipante)»¹⁵⁵. Ancora una volta, risultano illuminanti le parole del Sommo Pontefice: «Data l'interrelazione tra gli spazi urbani e il comportamento umano, coloro che progettano edifici, quartieri, spazi pubblici e città, hanno bisogno del contributo di diverse discipline che permettano di comprenderne i processi, il simbolismo e i comportamenti delle persone. Non basta la ricerca della bellezza nel progetto, perché ha ancora più valore servire un altro tipo di bellezza: la qualità della vita delle persone, la loro armonia con l'ambiente, l'incontro e l'aiuto reciproco. Anche per questo è tanto importante che il punto di vista degli abitanti del luogo contribuisca sempre all'analisi della pianificazione urbanistica»¹⁵⁶.

È questo il mutamento di prospettiva indispensabile per ripensare la città, sempreché non si preferisca uscirne e dibattere, piuttosto, di «diritto alla campagna», come, del resto, ormai fanno anche alcuni tra gli urbanisti più avveduti¹⁵⁷.

La strada per l'affermazione del «diritto alla città» è sicuramente lunga e passa attraverso la trasformazione degli abitanti da meri amministrati e subordinati alla potestà pubblica in attori: il «diritto all'opera» ed il «diritto alla fruizione» predicati da Lefebvre presuppongono un cittadino collaborativo ed un'amministrazione più partecipata e trasparente. Considerato che facciamo fatica anche soltanto a fare quanto occorre per la raccolta differenziata dei rifiuti¹⁵⁸, direi che è giunto il momento di rimboccarsi le maniche.

¹⁵⁴ C. BELINGARDI, *op. cit.*, 79.

¹⁵⁵ H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 130.

¹⁵⁶ PAPA FRANCESCO, *op. cit.*, 146 s.

¹⁵⁷ Cfr., ad es., I. AGOSTINI, *Il diritto alla campagna: rinascita rurale e rifondazione urbana*, Ediesse, Roma, 2015.

¹⁵⁸ Sul punto, provocatoriamente, S. GIACCHETTI, *Decreto legislativo n. 33/2013: pubblica amministrazione al servizio del cittadino o cittadino al servizio della pubblica amministrazione? Ai posteri l'ardua sentenza*, in *Giurisd. amm.*, 2/2013, IV, 55, scettico circa un controllo diffuso dell'amministrazione pubblica totalmente rimesso al senso civico dei cittadini.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

SARA LAGI

Un “bene” purché... Hermann Heller e il pluralismo

ABSTRACT - The article addresses the concept of “social homogeneity” within the work of one of the most interesting jurists and political thinkers of the Weimar period: Hermann Heller. The aim is to discuss such a concept as his personal reflection on the Weimar crisis and as an interesting point of view about the never-ending issue for democratic governments and societies of how to reach a compromise between social plurality and political unity.

KEYWORDS - Hermann Heller – social homogeneity – pluralism – political unity – democracy – Weimar crisis

2/2020

SARA LAGI*

Un “bene” purché... Hermann Heller e il pluralismo**1

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Quella “strana cosa” chiamata pluralismo: voci dissonanti nella Repubblica weimariana – 3. La crisi della civiltà giuridica europea – 4. L’omogeneità sociale: Heller un pensatore socialdemocratico.

1. Premessa

Nel corso degli anni Venti si consumò la breve vita della Repubblica di Weimar e della sua costituzione. La fine di entrambe divenne il simbolo di quella civiltà democratica e liberale che, nel primo dopoguerra, non riuscì a resistere ai colpi poderosi inferti dai Fascismi in varie parti d’Europa.

Col “caso Weimar” si misurarono intellettuali quali Carl Schmitt, Hans Kelsen, Gerhard Leibholz, Ernst Fraenkel, Otto Kirchheimer, Gustav Radbruch, Erich Kaufmann e non ultimo Hermann Heller. Sebbene diversi tra loro, un tema di fondo accumulava questi personaggi, ossia la volontà di riflettere sulla crisi della democrazia tedesca ed europea nella prima metà del ‘900. In senso lato, potremmo affermare che il decisionismo di Carl Schmitt e il formalismo di Hans Kelsen incarnavano i due “estremi” di questo dibattito. Nel mezzo, per così dire, si veniva ad inserire Hermann Heller che fu giurista, pensatore politico, militante della Socialdemocrazia tedesca, per molti aspetti, “erede” della grande tradizione europea del socialismo riformista².

* Professoressa associata di Storia delle dottrine politiche presso l’Università degli Studi di Torino.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Il presente articolo è in parte una rielaborazione di considerazioni sviluppate da parte mia su Hermann Heller e il tema del pluralismo nei seguenti lavori: SARA LAGI, *Unità e pluralità nella democrazia weimariana. Hermann Heller e l’omogeneità sociale*, *Il pens. pol.*, 2, 2019, 223-239; Id., *State and Sovereignty. Some reflections on Hermann Heller as Interpreter of the Weimar crisis*, *Cahiers d’Agora*, 3, 2020, consultabile online sul sito della rivista: www.u-cergy.fr. A causa della difficoltà riscontrate nel poter usufruire dei servizi bibliotecari, non è stato possibile accedere alle edizioni in lingua tedesca di tutte le opere di Heller. Con la sola eccezione della sua tesi per l’abilitazione alla docenza universitaria, *Hegel und der nationale Machstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte*, mi sono quindi avvalsa delle traduzioni italiane. Una certa eterogeneità anche nel rinvio agli originali o alle traduzioni in italiano di alcuni volumi presenti nella letteratura secondaria dipendono dallo stesso tipo di problema.

² Si veda a proposito: M. LA TORRE, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Donzelli, Roma, 2002. Inoltre: U. POMARICI, *Oltre il positivismo*

Egli elaborò una sua personale lettura della crisi democratica a lui coeva che si distinse sia da quella kelseniana, sia da quella schmittiana. Questo particolare carattere dell'opera helleriana emerge con forza soprattutto se ci misuriamo con il concetto di omogeneità sociale, da lui elaborato in un breve ma denso saggio del 1928, *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, e che contiene sia una vera e propria diagnosi dei problemi che al tempo affliggevano le democrazie europee, sia una possibile soluzione che, come vedremo, era strettamente correlata ad una specifica idealità politica, quella socialdemocratica.

Come cercherò di argomentare nelle prossime pagine, il concetto di omogeneità sociale e le sue implicazioni politiche ci permettono di cogliere a pieno l'originalità della strada tracciata da Heller rispetto a quella dei suoi altrettanto celebri coevi Kelsen e Schmitt.

2. *Quella "strana cosa" chiamata pluralismo: voci dissonanti nella Repubblica weimariana*

Spesso i momenti di maggiore crisi politica si trasformano in un terreno fertile per l'elaborazione di idee, dottrine, concezioni che poi, in vario modo, riescono a lasciare un segno durevole nella storia del pensiero politico e giuridico. Ciò vale sicuramente per la Germania weimariana che, nata all'insegna di "grandi aspettative", era ben presto divenuta preda non solo di una cronica instabilità politico-istituzionale ma anche di una crescente polarizzazione politica tra una estrema destra e una estrema sinistra che, sebbene ideologicamente diverse, condividevano la stessa, fondamentale attitudine anti-sistema e la stessa avversione alle libertà liberali³.

La Repubblica democratica tedesca era stata fondata su di una costituzione che rappresentava anzitutto – sul piano istituzionale – il tentativo di trovare un compromesso tra principio presidenziale e parlamentare e – sul piano ideologico-politico – la volontà di dare alla nuova Germania una veste per così dire progressista attraverso, ad esempio,

giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla Costituzione weimariana, Prismi, Napoli, 1989; C. MÜLLER-I. STAFF, *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1984 e G. BISOGNI, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller e Carl Schmitt*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.

³ S. MASTELLONE, *Storia della democrazia in Europa. Dal XVIII al XX secolo*, UTET, Torino, 2006, 167 ss.

la costituzionalizzazione dei diritti sociali e l'introduzione dell'art. 165, in base al quale: «Gli operai ed impiegati debbono collaborare con gli imprenditori per la determinazione delle condizioni di impiego e di lavoro e per lo sviluppo economico complessivo delle energie produttive. Le organizzazioni delle due categorie ed i contratti da esse stipulati sono giuridicamente riconosciuti»⁴.

In breve tempo però la giovane Repubblica, nata dalle ceneri dell'Impero guglielmino, si mostrò fragile e incerta. A testimonianza di ciò, dal 1919 al 1933, in Germania si succedettero una quarantina di governi differenti. Le molteplici ragioni di tale fragilità sono state indagate da una ricca letteratura internazionale⁵. In questa sede, vorrei soffermarmi su di un aspetto in particolare, che può essere inteso come una delle motivazioni profonde della crisi weimariana⁶, ossia la mancanza di una adesione sentita e diffusa nei confronti del pluralismo (politico, ideale, partitico) quale tratto distintivo sia della democrazia tedesca del primo dopoguerra, sia degli ordinamenti democratici in senso lato.

Nel contesto tedesco si levarono infatti le voci di chi attribuiva al pluralismo politico e partitico e al parlamentarismo la ragione ultima di quella instabilità. La critica si rivolgeva, ad esempio, al sistema di rappresentanza proporzionale, considerato una scelta del tutto nefasta, poiché non avrebbe fatto altro che esasperare un pluralismo ritenuto di per sé un grave impedimento alla possibilità e alla capacità di prendere decisioni efficaci. Nel mondo intellettuale del tempo, due nomi su tutti incarnavano queste posizioni: entrambi giuristi ed entrambi di osservanza politica conservatrice, Carl Schmitt e Heinrich Triepel furono accesi e convinti critici del pluralismo, del parlamentarismo e di quella che, ai loro occhi appariva, come una sorta di ipertrofia partitica⁷.

⁴ Testo della Costituzione di Weimar, disponibile sul sito dell'Archivio di diritto costituzionale dell'Università di Torino: www.dircost.unito.it

⁵ Si vedano ad esempio: H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1918 al 1933*, trad. it., Il Mulino, Bologna 1993; H. MOMMSEN, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, North Carolina, North Carolina Press, 1996; P.D. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: the Theory and Practice of German Constitutionalism*, Durham, Duke University Press, 1997; D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

⁶ Su questo specifico aspetto: G. GOZZI, *Democrazia e pluralismo da Weimar alla Repubblica tedesca*, *Sc. & Pol.*, 4, no. 6, 1992, 85-106.

⁷ Per un affresco delle critiche anti-democratiche e anti-parlamentari nell'Europa del primo dopoguerra: B. BARTH, *Europa nach dem grossen Krieg: die Krise der Demokratie in der Zwischenkriegszeit 1918-1938*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 2016.

Nel 1923, il giurista di Plettenburg pubblicava *Die geistige Lage des heutigen Parlamentarismus* che, in estrema sintesi, rappresentava un vero e proprio manifesto ideologico contro il parlamentarismo, il liberalismo e il pluralismo appunto. Il primo, quale forma di governo, si era affermato nel corso dell'800 e si caratterizzava, secondo Schmitt, per una particolare ideologia, ossia quella liberale, che si basava (illuministicamente) sulla fiducia nella ragione, nel dialogo, nella possibilità di trovare un compromesso fra opinioni diverse e quindi sulla convinzione che il pluralismo ideale, politico, sociale fosse essenzialmente un bene e foriero di progresso⁸.

Nel nuovo secolo, però, per Schmitt, si era assistito ad una sorta di mutazione della politica e della sua logica. Come peraltro aveva già perfettamente colto Max Weber, Schmitt riteneva che si fosse sviluppata e consolidata una democrazia di massa all'interno della quale il significato e le caratteristiche della pratica parlamentare erano cambiate profondamente. Egli credeva che il parlamentarismo avesse perso «il suo significato e la sua funzione originaria»: il parlamentarismo inteso quale pratica virtuosa, basata sul dialogo, non esisteva più. Esso era stato sostituito più semplicemente da «coalizioni partitiche» e da partiti troppo numerosi che spesso prendevano le decisioni a porte chiuse e che alimentavano un pluralismo esasperato, litigioso, pericoloso per il mantenimento della stessa unità politica dello Stato⁹.

In questa particolare condizione, appellarsi all'uso della ragione, alla fiducia liberale nella capacità degli attori della politica di addivenire a compromessi e comprensione reciproca appariva a Schmitt una pretesa infondata, puramente retorica, e ancor peggio ridicola. La condanna di Schmitt nei confronti del parlamentarismo e del pluralismo weimariano era evidente e si collocava sostanzialmente lungo una linea di ragionamento abbastanza analoga a quella elaborata da Heinrich Triepel. Nel 1927 quest'ultimo dava alle stampe un saggio, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, che, a mio avviso, contiene interessanti punti di contatto proprio con quello schmittiano, appena ricordato.

Triepel pensava con "nostalgia" ad un tempo in cui lo Stato (tedesco) riusciva ad ergersi con forza e sicurezza al di sopra del (per lui) pernicioso pluralismo politico che, invece, era finito per prevalere nella forma di «partiti di massa» nella Repubblica weimariana. Guardando in particolare

⁸ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (Eng. trans. 1st and 2nd ed.), ed. and trans. by Ellen Kennedy Cambridge Massachusetts and London England, MIT Press, 1998, 35 ss.

⁹ *Ivi*, 34-37.

alla Germania post-bellica, Triepel affermava che ormai lo Stato era letteralmente assediato da partiti politici che, in quanto tali, esprimevano «interessi egoistici e meramente individuali» e che, proprio per questo motivo, avrebbero messo in pericolo la «Staatseinheit» e impedito quindi allo Stato di assolvere al suo obiettivo primario, ossia realizzare il «bene della collettività»¹⁰.

Sia Schmitt, sia Triepel consideravano il pluralismo politico-partitico un problema piuttosto che un valore o una risorsa. In questo, a mio avviso, consisteva essenzialmente il carattere illiberale¹¹ della loro riflessione politica. Nelle loro opere il pluralismo assurgeva infatti a minaccia temibile e concreta della suprema unità dello Stato. La ricerca e il mantenimento di tale unità erano stati, per molti aspetti, al centro del pensiero gius-politico tedesco della seconda metà dell'800, sicuramente a partire dal fallimento dei moti rivoluzionari del '48-'49. Con l'unificazione del paese nel 1871, il Kaiser era diventato agli occhi di molti la perfetta incarnazione della suprema «Staatseinheit»¹².

La fine dell'Impero guglielmino e l'elezione della Assemblea nazionale costituente nell'inverno del 1919 non avevano però significato la fine della centralità di tale principio, né la fine della ricerca delle condizioni migliori per poterlo inverare. Nello specifico, una parte della cultura politica e giuridica tedesche del primo dopoguerra riteneva ancora che la realizzazione e la salvaguardia della unità dello Stato fossero prioritarie e primarie, sicuramente più importanti delle aspirazioni ad una società e ad una politica plurali¹³.

Tale considerazione può essere estesa sia a Triepel, sia a Schmitt. Nel suo *Hüter der Verfassung* (1929) Schmitt rifletteva sul significato di costituzione democratica e sulla sua "difesa" essenzialmente secondo la

¹⁰ H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politische Parteien*. Berlin: Druck der Preussischen Druckerei und Verlags-Aktiengesellschaft, 1927.

¹¹ Sul complesso e sfaccettato rapporto tra tradizione liberale e pluralismo si vedano in generale: S. WALL (ed.), *The Cambridge Companion to Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 e J. GRAY, *Liberalism*, New York, Routledge 1986.

¹² Si vedano: M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2018, 103 ss.; G. GOZZI, *Democrazia e pluralismo da Weimar alla Repubblica tedesca*, *Sc. & Pol.*, 4, no. 6, 1992, 85-106 e M. MERIGGI, *Dal Liberalismo alla democrazia (1848-1914)*, in M. Meriggi e L. Tedoldi (a cura di), *Storia delle istituzioni politiche. Dall'antico regime all'era globale*, Carocci, Roma, 2020, 135 ss.

¹³ Si vedano: P. D. CALDWELL, *op. cit.*, 125 ss; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1914-1945*, Bd. 3, München, Verlag C. B. Beck, 1999, 153-186 e in generale: D. DYZENHAUS, *Law and Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Duke University Press Carolina, 1998.

prospettiva dell'unità politica. Riscoprendo a pieno il concetto di potere costituente che si era affermato nella tradizione rivoluzionaria francese, sin dalla sua fase "moderata"¹⁴, e che poi era stato rimosso da una parte consistente della cultura gius-politica europea di matrice liberale e liberal-costituzionale nel corso dell'800, il giurista di Plettenburg individuava nella costituzione l'espressione della volontà e della identità intrinsecamente unitarie del popolo. Egli aveva in mente la costituzione weimariana quando ricordava che tale unità e quindi, in ultima istanza, la stessa esistenza della costituzione potevano essere garantite e protette solo dal Presidente della Repubblica, ossia da una figura anch'essa unitaria e legittimata dal voto popolare. Al Presidente, Schmitt attribuiva quindi il ruolo di garante della costituzione e della unità politica che proprio la costituzione esprimeva. Il celebre art. 48 della Costituzione del 1919 e il diritto riconosciuto al Presidente di appellarsi ad esso in «caso di emergenza» erano interpretati da Schmitt proprio alla luce della suprema difesa del testo costituzionale in quanto espressione dell'unità politica¹⁵.

Una visione completamente opposta era quella dell'austriaco Hans Kelsen che dal 1929 insegnava Diritto internazionale nell'Università di Colonia, la stessa di Carl Schmitt. Nei suoi saggi dedicati sia alla teoria democratica, sia alla giustizia costituzionale¹⁶, Kelsen individuava proprio nel *pluralismo* (ideale, politico, sociale) una delle caratteristiche essenziali del sistema democratico, incluso quello weimariano¹⁷. Ai suoi occhi, la democrazia moderna, rappresentativa e parlamentare si fondava proprio sulla capacità di trovare un compromesso tra una insopprimibile pluralità

¹⁴ M. DUVERGER, *Les constitutions de la France*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004.

¹⁵ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen, Verlag von J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1931, 83 ss e 155-156. Si veda inoltre: U. K. PREUSS, *Carl Schmitt and the Weimar Constitution*, in J. Meierheinrich and O. SIMONS (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 471-489 e il già citato D. DYZENHAUS, *Law and Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism* cit.

¹⁶ Mi sto riferendo, ad esempio, a H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920; 1929), ora in Id., *Verteidigung der Demokratie* hrsg. von Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006. Dello stesso autore, *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*, in «Annuaire de L'Institut Internationale de droit publique», Paris, Les Presses Universitaires de France, 1929; *Der Drang zur Verfassungsreform*, «Neue Freie Presse», (October 6th 1929), 29-30.

¹⁷ Sebbene molto critico del positivismo di Kelsen, il giurista coevo Gustav Radbruch condivise con il suo collega austriaco la medesima fiducia nella democrazia parlamentare. Si veda: G. RADBRUCH, *Parteienstaat und Volksgemeinschaft* (1929), in Id., *Politische Schriften der Weimarer Zeit*, vol I, 1992, 94-99. Su questo aspetto si rimanda anche a: M. D. KLEIN, *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*. Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.

di idee, posizioni, progetti, interessi, che giungeva ad una «integrazione» sotto forma di leggi nell'arena parlamentare, grazie ai partiti politici. Se per Schmitt il popolo era una realtà essenzialmente unitaria e omogenea, per Kelsen, al contrario, esso era una realtà plurale sia sul piano politico, sia sul piano sociale. Il pluralismo e il suo riconoscimento, per Kelsen, erano strettamente correlati alla garanzia delle libertà fondamentali. Si poteva parlare di pluralismo a condizione che venissero riconosciuti i diritti alla libertà di parola, di pensiero, di ricerca, di dissenso e a condizione che la minoranza avesse pari diritti della maggioranza. In questo modo peraltro, a suo giudizio, si sarebbe potuto contrastare la «tirannia della maggioranza» (di tocquevilliana memoria)¹⁸.

In Kelsen, la concezione del pluralismo quale parte integrante della democrazia denotava, a mio avviso, un carattere chiaramente *liberale*. Di liberale, non c'era solo la stretta correlazione che egli identificava tra pluralismo e diritti di libertà ma anche e forse soprattutto la sua incrollabile, costante fiducia nella capacità degli attori della politica di comprendersi razionalmente e di pervenire a decisioni condivise in maniera altrettanto razionale. È proprio su questa fiducia, altresì del tutto assente in Schmitt, che si fondava in ultima istanza la sua difesa del pluralismo che assurgeva poi a difesa del sistema parlamentare stesso, inteso non solo come meccanismo specifico della democrazia moderna per prendere decisioni ma anche come "spazio" entro il quale agivano i protagonisti della vita politica, ossia i partiti politici¹⁹. Sebbene fosse refrattario nei confronti di qualsiasi

¹⁸ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920) cit., 15 ss; Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) cit., 193-204. Le stesse identiche convinzioni riemergono da un suo saggio scritto dopo l'avvento del Nazismo in Germania, H. KELSEN, *Wissenschaft und Demokratie* (1937), ora in Id., *Verteidigung der Demokratie* cit., 238-247. Ricordo peraltro che proprio nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* Kelsen contestava la critica di Triepel al pluralismo partitico e politico, evidenziandone le implicazioni, a suo parere, fortemente antidemocratiche e antiliberali. H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) cit., 167-170. Si veda anche: M. STOLLEIS, *op. cit.*, 153-186.

¹⁹ È stato correttamente sottolineato anche nella letteratura recente la centralità (in senso positivo) che Kelsen attribuiva ai partiti politici. Tuttavia, ciò non significa che egli li idealizzasse. Richiamandosi proprio al pionieristico lavoro di Robert Michels sulla *Soziologie des Parteiwesens* (1911), Kelsen ricordava la tendenza inevitabilmente "oligarchica", e quindi potenzialmente anti-democratica, insita nei partiti politici, perfino in quelli socialdemocratici. Era per questo, perché consapevole di tale rischio, che egli proponeva di «costituzionalizzare» i partiti politici. H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) cit., 167 ss. Sulla centralità dei partiti politici nella teoria politica di Kelsen: Y. MERSEL, *Hans Kelsen and Political Parties*, *Israel Law Rev.*, vol. 39, 2, 2006, 158-181; S. BAUME, *Rehabilitating Political Parties: An Examination of Writings of Hans Kelsen*, *Intellectual History*

ipotesi di una società perfettamente armonica e pacificata, Kelsen sembrava quasi dare per scontato, per certi aspetti, che le caratteristiche strutturali della democrazia rappresentativa, ossia la garanzia delle libertà fondamentali, il parlamentarismo, la presenza dei partiti politici fossero sufficienti a raggiungere una effettiva «integrazione» della pluralità politica, ideale, sociale sotto forma di leggi.

La stessa definizione kelseniana di costituzione, e in particolare di costituzione democratica, non sarebbe facilmente comprensibile se prescindessimo dal principio di pluralismo. La costituzione, come leggiamo nel celebre *La garantie jurisdictionelle de la constitution* del 1929, era da intendersi come espressione vivente di un «compromesso» politico tra visioni e progetti differenti, *plurali* appunto. A differenza di Schmitt, per Kelsen, non esisteva dunque un'unità politica pre-esistente, incarnata dal popolo, che doveva manifestarsi nell'atto supremo di creare una costituzione bensì una pluralità di soggetti (cittadini e partiti) che venivano chiamati, in un preciso momento storico, a dare vita ad un testo costituzionale che avrebbe dovuto, tra le altre cose, garantire la salvaguardia di quel pluralismo. Proprio per questo motivo – puntualizzava Kelsen – una qualsiasi, eventuale modifica da apportare alla costituzione avrebbe richiesto necessariamente, in uno Stato democratico, il consenso della/e minoranza/e²⁰.

La centralità che il concetto di pluralismo veniva ad assumere in questa particolare definizione di costituzione comportava anche una precisa presa di posizione sul tema della protezione della costituzione. Come emerge dal suo saggio su *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* del 1931, che può essere letto come una diretta replica a Schmitt, il custode della costituzione, per Kelsen, non era il Presidente della Repubblica, in virtù della sua investitura popolare, bensì una Corte di giustizia²¹.

Review, 28, 2018, 425-449. Per quanto riguarda l'opera di MICHELS: Id., *La sociologia del partito politico*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1966.

²⁰ H. KELSEN, *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*, cit., 63-64.

²¹ Sulla disputa tra Kelsen e Schmitt esiste una letteratura sterminata. Rimandiamo a: C. M. HERRERA, *La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la constitucion*, *Rev. de Estud. Polit.*, 86, 1994, 195-227; O. BEAUD et P. PASQUINO (sous la direction), *La controverse sur "le gardien de la Constitution" et la justice onstitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Editon Panthéon-Assas, 2007. Per un'analisi che inquadra lo scontro Kelsen-Schmitt in una prospettiva di più ampio respiro, mostrando come sul tema della giustizia costituzionale fosse in atto a Weimar un dibattito che coinvolgeva eminenti pensatori del tempo, rimandiamo a: R. C. VAN OYEN, *Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratischer Sicht: Triepel – Kelsen – Schmitt – Leibholz*, in R. C. Van Ooyen und M. Möllers (hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Aufl., Wiesbaden, Springer, 2015.

La costituzione non era generata da un unico soggetto, considerato come omogeneo e dotato di un'omogenea identità politica. Essa prendeva forma piuttosto attraverso un complesso gioco di compromessi tra diverse forze politiche e sociali. Partendo da simili premesse, Kelsen riteneva che questa natura essenzialmente "compromissoria" della costituzione sarebbe stata meglio tutelata da un organo giudiziario e plurale come una Corte appunto, piuttosto che da un unico soggetto eminentemente politico. In particolare, il compito che Kelsen attribuiva alla Corte era di pronunciarsi sulla eventuale non costituzionalità di leggi emanate dal parlamento, quindi solo *ex post*. Peraltro, la Corte non aveva alcun potere, né diritto di dare indicazioni specifiche in merito alla riformulazione del contenuto della legge. Una volta giudicata una legge incostituzionale, questa tornava direttamente nelle mani dell'assemblea legislativa²².

In questo modo, secondo me, il giurista austriaco sembrava a trovare un "compromesso" tra il principio della difesa della costituzione attraverso un meccanismo di *Verfassungsgerichtsbarkeit* e la centralità del corpo legislativo quale spazio di decisione politica *par excellence*. Non a caso, a chi – ad esempio Schmitt – guardava alla Corte costituzionale come una sorta di nuova «aristocrazia delle toghe» che avrebbe minacciato il principio democratico della sovranità popolare, Kelsen replicava che in realtà la Corte era da intendersi quale semplice «legislatore negativo». Insomma, i giudici non erano chiamati a svolgere una funzione proattiva nella difesa e affermazione di precisi "valori costituzionali". Nonostante la sua strenua difesa del controllo di costituzionalità, Kelsen era quindi lontano dal teorizzare una coerente concezione costituzionale della democrazia, almeno secondo il significato corrente di questo termine che prevede giustappunto la presenza di valori forti e fondanti all'interno del testo costituzionale, sulla cui rigorosa applicazione devono "vigilare" i giudici²³.

Rispetto ai pensatori fin qui ricordati, quale era la posizione di Heller relativamente al tema e al problema del pluralismo nel periodo weimariano?

3. La crisi della civiltà giuridica europea

Come leggiamo nel saggio del 1927 *Souveränität*, Heller individuava nella crisi delle istituzioni democratiche del primo dopoguerra, e in

²² *Ivi*, 63 ss; 110.

²³ Su questo punto si veda L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale.*, Il Mulino, Bologna, 2016, 9-65; M. FIORAVANTI, *Costituzione cit.*, 157 ss.

particolari di quelle weimariane, l'espressione estrema e nefasta di una intera civiltà giuridica, quella europea, che, ossessionata dal principio della impersonalità della norma come condizione necessaria per garantire le libertà, aveva finito per smarrire, secondo lui, il significato autentico, più profondo di diritto, di Stato e sovranità e, come vedremo, anche di sovranità democratica.

Per Heller, una delle cifre della modernità e della razionalità moderna consisteva infatti nella «fiducia nella legge come norma spersonalizzata» che, solo in quanto tale, si riteneva potesse rendere i cittadini liberi e permettere loro di essere al riparo dagli arbitri del potere. Una convinzione che – sottolineava Heller – rappresentava uno dei caposaldi della cultura giuridica e politica liberale e su cui si fondava lo Stato di diritto liberale, inteso come specifica forma di organizzazione dello Stato in Europa tra XIX e XX secolo. Con l'espressione *Stato di diritto*, Heller si stava riferendo a principi quali la separazione dei poteri, l'eguaglianza di fronte alla Legge, l'esistenza di una serie di "regole" – essenzialmente procedurali – che dovevano mettere il cittadino al riparo dall'eventuale arbitrio del Legislatore²⁴.

Tuttavia, per Heller, era essenzialmente il «cittadino borghese» che voleva essere messo al riparo da tali eventuali soprusi, essere insomma assicurato di poter godere in pace dei propri beni e della propria agiatezza. In altri termini, a suo giudizio, lo Stato era di diritto poiché assolveva a questa specifica funzione, piuttosto che alla realizzazione del principio di giustizia e nello specifico di giustizia sociale: «l'ideale di giustizia – avrebbe scritto Heller in un suo saggio del 1929 *Rechtsstaat oder Diktatur?* – aveva perso agli occhi del legislatore la sua validità ed era degradato ad una regola amministrativa formale che, senza riguardo al contenuto – giusto o sbagliato – della legge, richiedeva la sua applicazione [...] al caso singolo»²⁵.

La dottrina dello Stato di diritto presupponeva, a sua volta, una visione altrettanto radicalmente spersonalizzata di Stato e sovranità. Come osservava Heller, l'esistenza e il significato dello Stato erano collegati dalla dottrina giuridica ufficiale all'ordinamento giuridico. La sovranità, la cui

²⁴ H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale* (trad. it), in Id., *La Sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987, 71-75. Sullo Stato di diritto nella tradizione gius-politica tedesca, il fondamentale: G. GOZZI, *Rechtsstaat and Individual Rights in German Constitutional History*, in P. Costa and D. Zolo (Eds), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Berlin, Springer Verlag, 2007, 237-259.

²⁵ H. HELLER, *Stato di diritto o dittatura?* (trad. it), in Id., *Stato di diritto o dittatura?*, a cura di U. Pomarici, ESI, Napoli, 1998, 47.

titolarità era riconosciuta esclusivamente allo Stato, veniva poi intesa come l'esercizio da parte di quest'ultimo di una serie di funzioni e prerogative stabilite per Legge²⁶.

Con la sua analisi Heller sapeva cogliere, secondo me, alcune delle caratteristiche essenziali della concezione giuspubblicistica di Stato e sovranità, di matrice positivista, che si era gradualmente affermata in Europa dalla seconda metà dell'800 in poi²⁷.

Agli inizi del '900 era stato infine il formalista Kelsen – sottolineava Heller – a portare alle estreme conseguenze questa tradizione di pensiero, «identificando» lo Stato *sic et simpliciter* con l'ordinamento giuridico e la sovranità con la «qualità» di tale ordinamento²⁸. Si era così smarrito, per Heller, il significato più autentico di Stato e di sovranità, ossia l'idea di Stato quale soggetto che doveva decidere e applicare le sue decisioni entro uno spazio territoriale, abitato da un popolo, e la sovranità quale «capacità di obbligare al rispetto delle decisioni», assunte dal soggetto sovrano²⁹.

Anche Carl Schmitt, in parte polemizzando proprio con Kelsen, aveva collegato sovranità e decisione ed aveva aspramente criticato lo Stato di diritto liberale come espressione di una cultura giuridica e politica che aveva cercato in tutti i modi di occultare il problema di «chi decide che cosa», per lui, invece, al cuore del concetto di sovranità³⁰. Tuttavia, nel saggio del 1927, il punto di riferimento esplicito per Heller era piuttosto Jean Bodin. All'autore dei *Six Livres de la Republique*, egli riconosceva il grande merito di aver dato una «definizione robusta» di sovrano e sovranità che implicava appunto la «capacità di obbligare al rispetto delle decisioni», precedentemente evocata³¹.

Questa però non significava esercizio di un potere privo di limiti. La critica di Heller allo Stato di diritto e all' «ossessione» per la norma spersonalizzata non comportava in alcun modo da parte sua disinteresse

²⁶ H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale* cit., 39 ss.

²⁷ Si veda a proposito D. QUAGLIONI, *La Sovranità*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 90 ss.

²⁸ H. HELLER, *La sovranità* cit., 42-45.

²⁹ *Ivi*, 68 ss.

³⁰ A tale proposito rimando a C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität* (1922), Berlin, Duncker & Humblot, 2015; Id., *Legalität und Legitimität* (1932), Duncker & Humblot, Berlin 2012. Sulla concezione schmittiana di sovranità e, in senso lato, sul suo «decisionismo»: C. GALLI, *Genealogia della politica: Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna, 1996.

³¹ H. HELLER, *La sovranità* cit., 68-71.

per il tema dei “limiti al potere” o per il problema delle garanzie dagli arbitri del potere.

Del resto e non a caso Heller ricordava come lo stesso Bodin avesse teorizzato la sovranità quale “*summum imperium*”, senza però dimenticare l’esistenza di «limiti» che lo stesso monarca non poteva violare impunemente³². Al contempo, l’enfasi posta dal giurista sul momento della «decisione» e dell’«obbligo» non significava indifferenza per la grande questione del pluralismo.

Nella sua dissertazione per l’ottenimento della abilitazione alla docenza universitaria, *Hegel und der nationale Machstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte* del 1921, Heller aveva individuato in Hegel colui che aveva saputo collegare insieme, in modo esemplare, il carattere unitario della sovranità, intesa giustappunto come «capacità di obbligare al rispetto delle decisioni», e l’esistenza di una insopprimibile pluralità che si manifestava nel corpo sociale³³.

Ai suoi occhi, il filosofo tedesco aveva infatti compreso la fallacia insita nel contrattualismo giusnaturalistico che vedeva di fatto nello Stato un prodotto degli individui e che quindi «riduceva» lo Stato a mero strumento per il soddisfacimento degli interessi individuali e alla tutela delle (supposte) libertà naturali, anch’esse individuali. La critica all’individualismo – peraltro componente essenziale sia del contrattualismo, sia del liberalismo – era evidente. Secondo Heller, Hegel aveva quindi saputo restituire il senso dello Stato quale «Tutto», quale entità che non traeva la sua ragione d’essere dagli individui, e al contempo aveva anche colto a pieno l’importanza della pluralità, considerandola all’interno di una concezione «organica» dello Stato³⁴.

Il richiamo a Bodin e Hegel serviva quindi a Heller per porre al centro della sua riflessione giuridica una definizione di Stato e di sovranità che ricollegasse entrambi alla capacità concreta di decidere e obbligare al rispetto delle decisioni e che tuttavia non dimenticasse l’insopprimibile carattere plurale del corpo sociale. A partire da queste premesse, Heller si chiedeva come, nello Stato democratico del ‘900, fosse possibile la sovranità di un particolare soggetto – il popolo – e come essa si potesse conciliare con il pluralismo. In un momento storico in cui proprio quest’ultimo e il

³² *Ivi*, 69.

³³ H. HELLER, *Hegel und der nationale Machstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte* (1921), ora in Id., *Gesammelte Schriften*, hrsg. von C. Müller, M. Draht, O. Stammer und G. Niemeyer, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, 21-240.

³⁴ *Ivi*, 135-140.

governo democratico erano esposti a critiche crescenti, soprattutto nella Germania weimariana, interrogarsi su di una simile questione era tutt'altro che una velleità intellettuale.

4. *L'omogeneità sociale: Heller un pensatore socialdemocratico*

Secondo Heller, con la spersonalizzazione della norma, del concetto di Stato e di sovranità, la dottrina giuridica dominante era riuscita ad occultare il problema eminentemente politico di quale fosse il soggetto fisico, concreto, umano, titolare della sovranità e quindi, in ultima istanza, essa era abilmente riuscita a rimuovere il problema della sovranità democratica quale sovranità del popolo.

Nel primo dopoguerra diventava però urgente, per Heller, tornare a indagare il significato politico di sovranità democratica in termini di concretezza. Egli si chiedeva dunque che cosa significasse sovranità democratica e soprattutto in che senso si potesse parlare di popolo sovrano nel senso pieno di questo termine. Proprio nella sua *Souveränität*, Heller definiva – in modo «hobbesiano»³⁵ – la rappresentanza politica come la *forma specifica* della sovranità del popolo nella democrazia moderna. Per Heller, la rappresentanza politica era quindi qualcosa di ben più fondamentale di un intelligente “escamotage” per conciliare divisione del lavoro, complessità del corpo sociale e salvaguardia del principio della sovranità del popolo, come invece aveva argomentato agli inizi dell'800, ad esempio, Benjamin Constant, e ancor prima Emmanuel de Sieyès³⁶.

Per il giurista, la rappresentanza politica era piuttosto il modo particolare in cui il popolo esercitava la sua sovranità. A sua volta – osservava Heller – tale esercizio e quindi la stessa rappresentanza politica dovevano presupporre l'esistenza di una vera e propria volontà sovrana del popolo, l'esistenza di una «volontà generale» che costituiva, a suo avviso, «la precondizione al vincolo giuridico» tra rappresentante e rappresentato³⁷. Il richiamo a Rousseau era tutt'altro che casuale. Ritengo che Heller usasse deliberatamente il termine reso celebre dal Ginevrino per sottolineare la dimensione reale, concreta, viva della sovranità popolare in polemica con

³⁵ Si veda a proposito: P. PASQUINO, *Hermann Heller: sovranità e rappresentanza. Introduzione* a H. Heller, *La sovranità*, cit., 6 ss.

³⁶ Si rimanda a B. MANIN, *The Principles of Representative Government* (Eng. trans.), Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

³⁷ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 40.

quella tradizione di pensiero che, a suo giudizio, aveva provato a eludere il problema di «chi decide e obbliga», per non doversi seriamente confrontare con il problema ancora più importante di che cosa significasse «decidere e obbligare» in democrazia. E tuttavia, come opportunamente sottolineato dalla letteratura, Heller rigettava con forza il carattere intrinsecamente monolitico del concetto roussoviano di volontà generale, poiché in esso egli scorgeva una potenziale e seria minaccia al pluralismo, ai diritti delle minoranze, all'esercizio del diritto al dissenso³⁸.

La volontà generale cui pensava Heller era infatti unitaria *ma non* monolitica, era reale, effettiva *ma non* avversa al pluralismo, che ai suoi occhi rappresentava comunque un valore da proteggere. Essa era la volontà del popolo che si comportava come unità, che esercitava la sua sovranità, nella forma della rappresentanza, sul popolo inteso quale pluralità, «molteplicità». In democrazia quindi, per Heller, lo iato tra governanti e governati era insopprimibile: la perfetta autodeterminazione politica immaginata da Rousseau rimaneva un ideale³⁹.

Nonostante ciò, per Heller, doveva esserci una condizione di fondo, una sorta di requisito, che impediva al potere esercitato dal popolo quale «unità» di trasformarsi in una tirannia a danno del popolo quale «molteplicità» e che quindi, in ultima analisi, permetteva la coesistenza e l'integrazione di unità politica e pluralismo. Questo "qualcosa" era al centro di un suo celebre saggio, *Politische Demokratie und Soziale Homogenität* (1928) che, come cercherò di argomentare, ci permette di cogliere a pieno l'originalità della posizione helleriana sul tema del pluralismo, sia rispetto a Schmitt, sia rispetto a Kelsen. Tale originalità non consisteva tanto nel proporre considerazioni totalmente differenti da quelle espresse dai suoi illustri coevi. Tutt'altro. Come mostrerò tra breve esistevano alcuni interessanti punti di convergenza sia tra Heller e Schmitt, sia tra Heller e Kelsen. L'originalità del pensiero di Heller si esprimeva piuttosto nell'attribuire al pluralismo un carattere positivo *ma solo ad una precisa condizione*. Questa era la realizzazione di una effettiva omogeneità sociale, intesa come «una condizione psico-sociologica nella quale le opposizioni e le lotte di interesse sempre presenti apparivano legate ad un sentimento ed

³⁸ Questo aspetto è sottolineato opportunamente da D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 192.

³⁹ Con tutti i distinguì del caso, questa a ben vedere era una convinzione comune anche a Hans Kelsen.

ad una coscienza reale del noi»⁴⁰. Tale «coscienza del noi» costituiva, a suo giudizio, il presupposto della stessa volontà generale in un duplice senso. Sia perché essa finiva per rappresentare una sorta di legittimazione profonda al governo democratico, perfino anteriore a quella che prendeva forma attraverso la pratica elettorale e l'esercizio del voto.

Sia perché essa permetteva – come lo stesso Heller dichiarava esplicitamente – di instaurare un dialogo rispettoso e proficuo con l'avversario e quindi di raggiungere compromessi tra visioni diverse⁴¹. Vorrei però sottolineare come, per Heller, la realizzazione dell'omogeneità sociale non significasse la nascita di una società perfettamente armonica. Da socialista, egli rivendicava il carattere inevitabilmente antagonistico dei rapporti sociali⁴².

Per Heller, il problema fondamentale era che le principali democrazie europee del primo dopoguerra e segnatamente quella weimariana non possedevano alcuna «coscienza del noi» a causa del loro particolare sviluppo storico-politico. In Europa era stata infatti solennemente affermata l'eguaglianza dei diritti civili e dei diritti politici ma di fatto una parte considerevole del corpo sociale, la classe operaia, era rimasta esclusa dalla vita politica. La sua integrazione semplicemente non era mai avvenuta. In altri termini, per lui, la realizzazione di una effettiva omogeneità sociale era rimasta un sogno. *Mutatis mutandis*, e con tutti i distinguo del caso, anche Heller, in maniera analoga a quanto affermato da Alexis de Tocqueville quasi un secolo prima relativamente alla situazione francese, sembrava così sottolineare e denunciare la distanza tra «paese reale e paese legale»⁴³.

La diagnosi che Heller faceva del precario stato di salute della democrazia tedesca ed europea in senso lato non può essere disgiunta dalla sua personale idealità e fede politiche. Da intellettuale socialdemocratico, egli denunciava l'esistenza di una eguaglianza borghese, «formale e giuridica», consolidatasi nello Stato di diritto e nell'idea classicamente liberale della libertà quale mera protezione dall'arbitrio del Legislatore, che,

⁴⁰ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale* (trad. it), in Id., *Stato di diritto o dittatura?* cit., 17. Sul tema dell'omogeneità sociale nel pensiero politico di Heller: D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy* cit, U. POMARICI, *Postfazione* a H. Heller, *Stato di diritto o dittatura?* cit., 191-225 e il recente A. MALKOPOULOU, *Hermann Heller on Politics: Discipline, Sphere and Activity*, «History of European Ideas», vol. 46, 4, 2020, 393-404.

⁴¹ *Ivi*, 18.

⁴² *Ivi*, 15 ss.

⁴³ Si veda: A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, 2 vol, Rizzoli, Milano, 1999.

a suo parere, si era infine trasformata in un vero e proprio strumento di esclusione politica perpetrata dalla borghesia a danno della classe operaia⁴⁴.

Heller riteneva che se questo processo non fosse stato invertito, il rischio sarebbe stato duplice e di enorme portata: da un lato la democrazia «borghese» e lo Stato di diritto si sarebbero alla lunga trasformati del tutto in una «vera e propria dittatura di una classe (quella borghese) a danno di quella operaia», dall'altro, quest'ultima, vedendosi esclusa e marginalizzata, priva di mezzi concreti per incidere sulla volontà dello Stato, si sarebbe sempre più radicalizzata e avrebbe smarrito l'anima democratica della propria missione ed identità politiche. Avrebbe così rigettato il rispetto dei principi democratici, lo stesso valore del pluralismo, perché nella democrazia avrebbe finito per scorgere solo i segni di un potere oppressivo e ingiusto, da rovesciare con qualsiasi mezzo, anche con la violenza⁴⁵.

Heller credeva tuttavia che una soluzione fosse ancora possibile. Essa richiedeva una effettiva integrazione politica e sociale della classe lavoratrice attraverso riforme strutturali sul piano sociale ed economico che, proprio sulla scia degli importanti diritti sociali peraltro già previsti nella Costituzione di Weimar, contribuissero alla creazione uno «Stato sociale di diritto», in cui il principio della giustizia sociale tornasse a rivestire un ruolo centrale nella vita politica⁴⁶.

Come dal punto di vista della dottrina del diritto era necessario, per Heller, riscoprire il senso pieno, sostanziale, di Stato e sovranità, così da quello della teoria e delle concrete dinamiche politiche era necessario riscoprire il senso sostanziale di democrazia che, a suo giudizio, non poteva consistere solo nell'elenco e nella garanzia di libertà civili e politiche ma anche e *soprattutto* nella valorizzazione del principio di giustizia sociale e delle pratiche ed istituti ad esso correlati.

La riflessione di Heller era intrisa della tradizione socialdemocratica. La sua critica alla «democrazia borghese» si inquadra pienamente nella corrente di pensiero socialista che contrapponeva da sempre la democrazia «formale, borghese» a quella sostanziale, che in quanto tale non poteva prescindere dal principio di eguaglianza e giustizia sociali⁴⁷.

⁴⁴ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 18-23. Lo stesso concetto veniva espresso con forza anche in Id., *Stato di dittatura?* cit., 45 ss.

⁴⁵ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 23 ss.

⁴⁶ *Ivi*, 23 ss.

⁴⁷ Si vedano a proposito: A. S. LINDEMANN, *A History of European Socialism*, New Haven-London, Yale University Press, 1986 e W. SMALDONE, *European Socialism. A Concise History with Documents*, Lahman, Rowman & Littlefield, 2013.

Proprio a questa particolare prospettiva politica è riconducibile il passaggio, che il giurista auspicava, da uno Stato liberale di diritto ad uno Stato sociale di diritto e che egli considerava necessario per creare una vera omogeneità sociale e per rendere possibile il dialogo e il compromesso, quali parti integranti della democrazia politica. Verso di essa, a mio avviso, si indirizzavano le sue simpatie e la sua personale adesione. Nella radicalizzazione di certi settori del movimento operaio egli individuava infatti un problema non una opportunità e tanto meno un risultato auspicato. In Heller, a ben vedere, era forte la convinzione che socialismo e democrazia fossero pienamente compatibili, che gli ideali socialisti potessero realizzarsi attraverso le riforme, nel rispetto delle libertà fondamentali e del pluralismo⁴⁸.

In fondo, principi analoghi erano stati espressi a fine '800 da Eduard Bernstein, uno dei maggiori esponenti del socialismo riformista tedesco, e agli inizi del '900 dal fiorentino Carlo Rosselli, nel suo *Socialismo liberale*⁴⁹.

Proprio sul tema del pluralismo vorrei ora tornare a soffermarmi, tenendo conto di tutte le considerazioni fin qui svolte, con l'intento di sottolineare la specificità del contributo helleriano.

Come evinciamo dai suoi scritti, per Heller, il pluralismo era un valore positivo, oltre a costituire un carattere insopprimibile, reale del corpo sociale. In questo egli sembrava vicino alle posizioni di Kelsen. Come quest'ultimo infatti, Heller difendeva il pluralismo politico-partitico quale carattere portante della democrazia moderna. In maniera altrettanto analoga al giurista austriaco, egli parlava di compromesso e di rispetto della dialettica maggioranza-minoranza. Come Kelsen riteneva insuperabile la rappresentanza politica e centrale il ruolo svolto dai partiti⁵⁰. Tuttavia, a mio avviso, la difesa e l'apprezzamento di Heller per il pluralismo poggiavano su basi fondamentalmente diverse da quelle sottese al ragionamento fatto da Kelsen. Quest'ultimo sembrava ritenere il pluralismo un bene *in sé*: una volta garantito il pluralismo sociale, politico, ideale, e con esso i pieni diritti di libertà, si sarebbero potute compiere scelte razionali e condivise, sulla base di compromessi. L'autore della *Reine Rechtslehre* era così convinto di ciò da ritenere del tutto impensabile, inconcepibile poter ricorrere ad una

⁴⁸ Ciò emerge chiaramente da una lettura di tutti i saggi contenuti nella raccolta H. HELLER, *Stato di diritto o dittatura?* cit.

⁴⁹ Mi sto riferendo a E. BERNSTEIN, *Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie*, Stuttgart, J.H.W. Dietz Nachfolg, 1899 e C. ROSSELLI, *Socialismo liberale* (1930), Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2009.

⁵⁰ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit.,

sospensione delle libertà costituzionalmente garantite in nome della difesa della democrazia dai suoi nemici interni. E questo perfino all'indomani della vittoria elettorale di Hitler e dei nazisti, come testimonia il suo breve saggio del 1932 su *Die Verteidigung der Demokratie*.

La riflessione di Heller appariva, a mio avviso, decisamente più realistica e sicuramente alimentata da una fiducia molto meno marcata nella razionalità umana di quella nutrita da Kelsen: per Heller, il pluralismo senza una «coscienza del noi», senza un insieme di valori, principi fondamentali largamente condivisi, avrebbe generato solo conflitto e disgregazione. Esso sarebbe diventato al contrario il perfetto “brodo di coltura” per lo sviluppo di movimenti anti-sistema. In questo senso, secondo me, la riflessione helleriana contiene ancora oggi *mutatis mutandis* un “messaggio” molto più attuale di quello kelseniano⁵¹.

Al contempo, in maniera simile a Schmitt, anche per Heller il concetto di unità politica rivestiva un ruolo cruciale, proprio in relazione alla definizione di democrazia. Inoltre, entrambi erano egualmente critici verso il meccanismo di controllo della costituzione affidato ad una Corte *ad hoc*: quest'ultima appariva loro una pericolosa violazione del potere sovrano del popolo⁵².

Tuttavia, dietro queste analogie si celavano elementi di divergenza ancora più rilevanti. L'unità politica cui pensava Heller non significava annullamento del pluralismo, bensì la sua effettiva integrazione all'interno di uno Stato democratico alla luce del principio di omogeneità sociale. A sua volta, la critica mossa alla «aristocrazia delle toghe»⁵³ era motivata nei due giuristi da visioni politiche differenti. Schmitt riteneva il controllo della costituzione del tutto inutile perché, tra i tanti motivi, era il Presidente della Repubblica, per le motivazioni ricordate nella prima parte dell'articolo, a svolgere il ruolo del guardiano della Costituzione. In Heller, invece, la giustizia costituzionale era essenzialmente una scelta operata nel contesto dello Stato di diritto, che, per lui, celava in realtà il proposito del tutto politico da parte della borghesia di imporre un sistema nel quale «il potere legislativo del popolo» fosse «controllato dai giudici». In questo modo, secondo Heller, la capacità e la possibilità dell'assemblea legislativa di

⁵¹ H. HELLER, *Stato di diritto o dittatura?* cit., 60-62.

⁵² Ivi, 48-49.

⁵³ Questa era l'espressione, chiaramente dispregiativa, usata da Schmitt in *Der Hüter der Verfassung* cit. 155.

2/2020

introdurre riforme strutturali necessarie per garantire il passaggio dallo Stato di diritto liberale a quello sociale sarebbero state fortemente limitate⁵⁴.

In altri termini, a differenza di Schmitt, la critica di Heller al controllo di costituzione dovrebbe esser inquadrata e correttamente letta alla luce della sua visione socialdemocratica e del principio di Stato sociale di diritto. Rispetto a Kelsen, Heller accoglieva quindi il pluralismo sì come un valore ma a *determinate condizioni*. Egli sembrava consapevole della difficoltà di realizzare una effettiva integrazione a partire da una situazione di insopprimibile pluralità e di come non si potesse demandare interamente il raggiungimento di un simile obiettivo alla logica parlamentare, fatta di discussione e confronto fra i partiti. La storia e i problemi della giovane democrazia weimariana sembravano dargli ragione. Rispetto a Schmitt, egli cercava altresì di comprendere come unità politica e pluralismo potessero coesistere e integrarsi. In entrambi i casi, la riflessione di Heller sul tema del pluralismo appariva originale: nella sua particolare prospettiva, la soluzione della crisi democratica non consisteva quindi né in una sorta di difesa ad oltranza del pluralismo come un "bene in sé", a partire dal quale si poteva giungere razionalmente a scelte condivise, né in una sorta di "reductio ad unum" à la Schmitt. L'integrazione fra unità politica e pluralismo era piuttosto da ricercarsi nel solco della tradizione socialdemocratica e quindi nella possibilità di dare vita ad un programma socialdemocratico, improntato ai valori della giustizia sociale, che permettesse una reale inclusione della classe operaia.

⁵⁴ H. HELLER, *Stato di diritto o dittatura?* cit. Come ricordato precedentemente, Heller sottolineava con forza la necessità di attuare riforme economiche e sociali strutturali a favore della classe lavoratrice nel suo *Democrazia politica e omogeneità sociale* cit., 19-27.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

GIUSEPPE COLACINO

Emergenza sanitaria da *Covid-19*, fra istanze di bigenitorialità e tutela del *best interest of the child*

ABSTRACT - The regulatory measures introduced by the Italian government to contain the epidemic risks of coronavirus have profoundly affected the family life of separated couples, making it difficult for children to maintain a stable and continuous relationship with both parents. Thus the question arises of identifying a reasonable balance between the various conflicting values, balancing the right to health of the parties involved with the right/ duty of visit of the non-placement parent and, correlatively, with that of the minor to co-parenting.

KEYWORDS - coronavirus - health emergency - health - co-parenting - balancing

2/2020

GIUSEPPE COLACINO*

Emergenza sanitaria da Covid-19, fra istanze di bigenitorialità e tutela del best interest of the child**

SOMMARIO: 1. Misure normative di contenimento del contagio e riflessi familiari: quadro introduttivo - 2. La rilevanza sistemica del principio di "bigenitorialità" al tempo del coronavirus - 3. La gestione del contenzioso familiare e le oscillazioni del formante giurisprudenziale: i provvedimenti d'urgenza a (prevalente) tutela del diritto di visita del genitore non collocatario e le prime aperture alle relazioni "da remoto" - 4. Segue. I provvedimenti d'urgenza a (prevalente) tutela della salute del minore - 5. Alcune riflessioni conclusive.

1. Misure normative di contenimento del contagio e riflessi familiari: quadro introduttivo.

L'emergenza pandemica da *coronavirus*¹ ha avuto (e continuerà ad avere, verosimilmente, nel tempo a venire) conseguenze epocali nei diversi ambiti della vita collettiva², da quello medico-sanitario³ a quello economico⁴ e sociale⁵, da quello dell'organizzazione del lavoro⁶ a quello

* Professore aggregato di Diritto Privato II - Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Un'analitica ricostruzione delle origini e degli sviluppi dell'epidemia nel mondo può reperirsi in www.wikipedia.it, voce *Storia della Pandemia di Covid-19 del 2019-2020*. Per dati e riferimenti di fonte istituzionale, cfr. www.salute.gov.it.

² Per una prima ricognizione degli effetti dirompenti provocati dall'emergenza virale sui diversi settori della vita del nostro Paese, cfr. www.wikipedia.it, voce *Pandemia di Covid-19 del 2020 in Italia*, ove ampia bibliografia.

³ Innumerevoli sono i risvolti evolutivi destinati a investire questo campo. In questa sede può segnalarsi, a titolo esemplificativo, lo speciale impulso che la situazione epidemica ha dato alla c.d. *telemedicina*, quale nuova frontiera dei rapporti tra medico e paziente: sul punto, ampie informazioni in www.terapiedigitali.davincidtx.com/telemedicina-terapia-digitale; per una veloce sintesi, v. pure G. FREZZA, *Covid-19 e spinta digitale, come sarà la sanità del futuro?*, in www.sanitainformazione.it, 10 giugno, 2020. Quanto poi al profilo giuridico, basterà qui rammentare le spinose questioni insorte sul fronte della (eventuale) responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie per i decessi e le patologie da Covid-19: cfr., *ex multis*, C. IORIO, *Responsabilità medica e tutela del paziente ai tempi del coronavirus*, in www.iudicium.it, 12 giugno 2020; G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in giustiziaviabile.com, 19 maggio 2020.

⁴ Un puntuale resoconto della crisi economica provocata dalla pandemia è offerto dal documento ISTAT, *"Le previsioni per l'economia italiana nel 2020-2021"*, pubblicato in data 8 giugno 2020 e visionabile presso il sito istituzionale del suddetto Istituto (www.istat.it); sotto un'angolazione più specifica, v. pure M. RUBINO DE RITIS, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, in giustiziaviabile.com, 16 marzo 2020. Notevoli le ripercussioni in

delle relazioni umane⁷, tutti inevitabilmente segnati dall'irrompere sulla scena di problemi ed esigenze inedite, che imporranno la ricerca di

ambito giuridico, soprattutto con riferimento alle operazioni contrattuali in corso, in quanto variamente condizionate, nella fase esecutiva, dalle sopravvenienze emergenziali e, conseguentemente, dai provvedimenti normativi restrittivi adottati per impedire la diffusione del contagio. In argomento esiste già una nutrita letteratura: cfr., fra i molti, A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziavivile.com*, 29 aprile 2020; ID. *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, *ivi*, 3 aprile 2020; S. GUADAGNO, *La conclusione dei contratti bancari all'epoca del Covid-19: tra obblighi di forma e obblighi di comportamento*, *ivi*, 23 aprile 2020; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, 21 aprile 2020; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, *ivi*, 21 aprile 2020; R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, *ivi*, 9 aprile 2020; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *ivi*, 1 aprile 2020; S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, *ivi*, 25 marzo 2020; F. VALERINI, *Gli effetti delle sopravvenienze collegate all'emergenza Covid sui piani del consumatore*, *Diritto e Giustizia*, 29 aprile 2020; G. LAZOPPINA, *Coronavirus: impossibilità sopravvenuta della prestazione e forza maggiore*, *ivi*, 13 marzo 2020; M. BERGAMASCHI, *L'esecuzione dei contratti ai tempi del Coronavirus*, in *www.leggiditalialegale.it*, 21 aprile 2020; G. VULPIANI, *Emergenze epidemiologiche e contratti del turismo: il caso del coronavirus*, in *www.iudicium.it*, 2 aprile 2020.

⁵ Si pensi, in proposito, all'aumento delle diseguaglianze indotto dall'epidemia, che tende ad aggravare la condizione di marginalità dei soggetti e dei ceti più deboli, riducendo, fra l'altro, le possibilità di "ascensione sociale" degli stessi: per qualche iniziale spunto di riflessione, cfr. M. FERRINI, *La pandemia non è uguale per tutti. Covid-19 e disuguaglianze*, in *www.eticaeconomia.it*, 24 aprile 2020; M. FRANZINI, *Il Covid-19 e le diseguaglianze economiche*, in *www.questionegiustizia.it*, 8 aprile 2020.

⁶ Con riguardo alla situazione europea, vista in prospettiva, si veda l'autorevole studio collettaneo prodotto dal MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *The future of the work in Europe. Automation, workforce transitions, and the shifting geography of employment*, 6, 2020, il cui testo è agevolmente reperibile in Rete digitando il titolo dell'opera sul motore di ricerca di Google. Anche in questo caso, peraltro, vengono in rilievo diverse criticità giuridiche che investono (pure nel presente) la complessa dinamica dei rapporti di lavoro: nell'ovvia impossibilità di riferirne in modo esaustivo, può qui bastare il riferimento al delicato problema della responsabilità del datore di lavoro per l'eventuale contagio da *coronavirus* del dipendente: per un primo ragguaglio informativo, cfr. E. GAMBIRASIO, *La responsabilità del datore di lavoro ai tempi del Covid-19*, in *www.altalex.com*, 8 maggio 2020.

⁷ Distanziamento sociale e trasmigrazione *online* (non solo della attività lavorative e didattiche, ma pure) delle normali consuetudini relazionali sono gli aspetti più eclatanti di una vera e propria rivoluzione in atto che potrebbe incidere profondamente finanche sui connotati antropologici del genere umano. Il tema, come può agevolmente intuirsi, è di vasta portata e giammai riducibile alla sintesi asfittica di una nota di testo: per un iniziale approccio, cfr. M. BERTOLASO, *Come la digitalizzazione sta cambiando le relazioni umane*, in *www.dirittodellinformazione.it*, 25 maggio 2020.

2/2020

modelli e strategie nuove per poter superare le difficoltà del presente e recuperare proiezioni di vita (individuali e collettive) più salde e rassicuranti.

Come noto, il Governo del nostro Paese, nell'intento sempre più pressante (in relazione alle "curve" di evoluzione del contagio) di arginare la diffusione dell'epidemia, ha adottato una serie di provvedimenti normativi d'urgenza (nella forma precipua del D.P.C.M.)⁸ che, oltre a mettere sotto forte tensione il nostro sistema delle fonti, hanno avuto un impatto notevole sull'intero ordinamento giuridico, in ragione non soltanto della straordinaria ampiezza degli interventi operati⁹, ma anche della speciale incidenza degli stessi su un ventaglio assai cospicuo di diritti e interessi costituzionalmente protetti¹⁰.

Emblematiche, al riguardo, le limitazioni che sono state introdotte alla libera circolazione delle persone (art. 16 Cost.), dapprima esclusivamente nelle aree del Paese maggiormente vessate dal contagio (c.d. "zone rosse"), e poi estese all'intero territorio nazionale, insieme alla dettagliata previsione di rigorose condizioni e adempimenti da osservare per poter esercitare la residua mobilità consentita.

Le suddette limitazioni, oltre ad incidere in via diretta e immediata sulla facoltà individuale di spostamento, già peraltro sacrificabile rispetto ai beni-interessi della sicurezza o della sanità pubblica, alla stregua di quanto esplicitamente previsto dal menzionato art. 16 Cost.¹¹, sono andate sicuramente a comprimere anche altri diritti di rango costituzionale, come ad esempio quello della libera iniziativa economica (art. 41 Cost.¹²) che, pure al di là degli specifici divieti previsti in ordine allo svolgimento di talune attività, non poteva che restare fortemente penalizzata dagli impedimenti alla circolazione.

⁸⁸ Decretazione che, come si ricorderà, ha preso il suo abbrivio (e la sua formale legittimazione) dalla *Delibera* con cui il Consiglio dei Ministri, in data 31 gennaio 2020, ha proclamato lo stato di emergenza.

⁹ Il cui elenco completo e dettagliato può visionarsi in www.protezionecivile.gov.it.

¹⁰ Per una concisa disamina delle torsioni costituzionali provocate dalla normativa emergenziale, cfr. P. ESPOSITO, *Diritti costituzionali ai tempi del Covid-19. Gerarchia e legittime limitazioni*, in www.diritto.it, 25 marzo 2020.

¹¹ Il cui testo recita: «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza».

¹² La norma così statuisce: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Nondimeno, in questa sede interessa soprattutto soffermare l'attenzione sugli effetti negativi che le statuizioni governative, con le proibizioni poc'anzi descritte, hanno provocato su alcune dinamiche del microcosmo familiare, in tutte le ipotesi in cui lo stesso si presentasse (nella fase iniziale di diffusione del *virus*) già segnato da una situazione di crisi della coppia e da un conseguente stato di separazione (anche solo di fatto) dei due *partners*¹³.

In questi casi, invero, si è visto come l'esercizio di alcuni diritti familiari sia stato seriamente compresso e condizionato dai divieti di circolazione: il riferimento è, in particolare, al diritto/dovere di visita del genitore non collocatario, con ogni evidenza impedito a raggiungere il figlio minore nel luogo principale di abitazione (o, al contrario, a farlo trasferire presso il proprio domicilio) secondo il calendario all'uopo predisposto in sede di separazione, in special modo quando i due coniugi avessero fissato le rispettive residenze in Comuni diversi.

Correlativamente, e per le medesime ragioni, anche il diritto del minore alla c.d. *bigenitorialità*¹⁴, ossia a mantenere rapporti compiuti ed equilibrati con ambedue i genitori, è rimasto in varia misura frustrato nel suo concreto esercizio dalle già evocate preclusioni normative, con possibili gravi ripercussioni sul suo benessere esistenziale e psicologico; ripercussioni destinate peraltro ad accentuarsi in presenza di condotte dei coniugi tese in qualche modo a strumentalizzare la situazione di

¹³ Sul tema si registrano diversi contributi, per lo più di commento ai numerosi provvedimenti giudiziari d'urgenza adottati (nei confronti dei genitori separati) su tutto il territorio nazionale e di cui nel prosieguo del lavoro si dirà. Senza pretesa di completezza, cfr. almeno F. NOVELLO, *Diritto alla bigenitorialità e interesse del minore ai tempi del Covid-19*, in *www.altalex.com*; 19 maggio 2020; A. NOCERA, *L'esercizio del diritto di visita nel periodo dell'emergenza Covid-19*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 12 maggio 2020; F. MENDOLA, *Il minore ha diritto di recuperare il tempo perso con il padre a causa del Covid-19. Lo dice il giudice*, in *www.personaedanno.it*, 5 maggio 2020; D. PIAZZONI, *Diritto alla bigenitorialità, diritto di visita e frequentazione e coronavirus: un mosaico in composizione?*, in *www.giustiziacivile.com*, 4 maggio 2020; N. VINCI, *Affidamento condiviso e coronavirus*, in *www.altalex.com*, 3 maggio 2020; M. SICETTI, *Covid-19: la salute pubblica prevale sul diritto di visita del minore*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 22 aprile 2020; A. SCALERA, *Le visite del padre al figlio in comuni diversi sono sospese durante l'emergenza Covid-19*, *ivi*, 2 aprile 2020; V. VEZZOSI, *Misure di prevenzione Covid-19 e rapporti fra genitori e figli*, in *www.filodiritto.com*, 3 aprile 2020; M. CURTI, *Il temperamento tra diritto alla salute e diritto alla bigenitorialità al tempo del coronavirus*, in *Fam. dir.*, 6/2020, 612 ss.; E. TROTTA, *Esercizio della responsabilità genitoriale e diritto alla bigenitorialità in pendenza delle misure di contrasto al Covid-19*, *ivi*, 5, 2020, 441 ss.

¹⁴ Su cui v., più ampiamente, *infra* § 2.

2/2020

emergenza sanitaria per ostacolare il normale dispiegarsi dei rapporti dei figli con l'uno o l'altro genitore.

Sebbene, come a breve si dirà, il Governo abbia tentato mediante alcuni interventi successivi di chiarire la portata e l'incidenza delle sue prescrizioni anti-contagio sulle problematiche di cui si è appena detto, è agevole intuire come il quadro delle relazioni endo-familiari fin qui tratteggiato abbia prospettato la necessità di una delicata opera di *bilanciamento* tra i diversi beni-interessi in conflitto (diritto di visita genitoriale, diritto del minore alla *bigenitorialità*, tutela della salute individuale e collettiva), al fine di garantire non soltanto una proficua coesistenza delle predette istanze, ma anche e soprattutto una piena tutela dell'interesse del minore.

E benché una siffatta opera di bilanciamento e di composizione non possa che impegnare, in prima battuta, gli stessi *partners* della coppia nell'esercizio della responsabilità genitoriale (oltre che di quell'autonomia privata che è ormai da tempo, anche sul terreno della gestione della crisi coniugale e della sistemazione dei figli, un sicuro baluardo del diritto familiare odierno¹⁵), è pressoché inevitabile che, nei casi in cui l'intesa non venga raggiunta, il conflitto debba trovare soluzione nel *decisum* giudiziale.

Prima di dare conto dei diversi indirizzi emersi in proposito, sembra però opportuno richiamare brevemente alcune coordinate di fondo del nostro sistema normativo, di sicura rilevanza nella tematica in oggetto.

¹⁵ Sul punto, diffusamente, R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *I contratti*, 2014, 582 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, 77 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 227 ss. È appena il caso di rammentare come la crescente apertura alla negozialità degli effetti (non solo fisiologici, ma pure) patologici del rapporto di coppia costituisca un *trend* ormai acquisito anche sul piano normativo, sol che si pensi al disposto di cui all'art. 6, l. n. 162 del 2014, dove è prevista la possibilità per i coniugi (e oggi, in egual misura, per le persone unite civilmente) di stipulare una convenzione di negoziazione assistita «per la soluzione consensuale di separazione personale, la cessazione degli effetti civili o lo scioglimento del matrimonio e la modifica delle condizioni di separazione o divorzio», nonché, più recentemente, al disegno di legge con delega al Governo (approvato dal Consiglio dei Ministri in data 28 febbraio 2019) che, riallacciandosi alla proposta di legge n. 2669, presentata il 15 ottobre 2014 dai deputati A. Morani e L. D'Alessandro, prevede l'introduzione nel nostro ordinamento dei c.d. *patti prematrimoniali*, ovvero degli accordi tra coniugi preordinati alla regolazione dei loro rapporti personali e patrimoniali, non soltanto nella fase fisiologica del rapporto, ma pure in vista di un eventuale crisi dello stesso. Al riguardo, più ampie informazioni in G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali"*, in *Fam. dir.*, 12/2019, 1153 ss.

2. La rilevanza sistemica del principio di "bigenitorialità" al tempo del coronavirus.

Il principio di *bigenitorialità*, affonda le sue radici, oltre che nel più generale diritto al rispetto delle relazioni familiari sancito dall'art. 8 CEDU¹⁶, anche nell'art. 30 Cost., dove si afferma solennemente che i genitori hanno (non solo il diritto, ma anche) il dovere di «mantenere, istruire ed educare i figli», giacchè da tale dovere discende automaticamente in capo a questi ultimi un corrispondente diritto ad essere protagonisti di un rapporto di cura ed assistenza con ambedue le figure genitoriali.

Naturalmente, la previsione costituzionale si riferisce essenzialmente alla condizione fisiologica di un nucleo familiare *unito*, in cui è senz'altro più agevole per la prole mantenere rapporti stabili e continuativi con entrambi i genitori. La realizzazione del diritto alla bigenitorialità è destinata invece a subire ampie limitazioni in tutte le situazioni di crisi coniugale, a causa della separazione dei coniugi e della conseguente necessità dei figli di andare a convivere in via prevalente con uno solo dei genitori.

Giova rammentare come per lungo tempo, nelle predette situazioni di crisi, la *communis opinio* abbia individuato quale soluzione di gran lunga preferibile per la migliore educazione e formazione della prole, quella dell'affidamento *esclusivo* ad un solo genitore¹⁷, all'esito di una congrua valutazione di maggiore idoneità all'ufficio di cura da parte dell'autorità giudiziaria.

L'inevitabile effetto di marginalizzazione del coniuge non affidatario nella vita dei figli, e la crescente consapevolezza degli effetti negativi di

¹⁶ Secondo cui, precisamente, «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza».

¹⁷ Soluzione che trovava riscontro nel vecchio testo (ormai abrogato) dell'art. 155 c.c., dove ogni riferimento alla possibilità di un coinvolgimento dell'altro genitore era escluso. Anche in ragione di ciò, a lungo si era posta in dottrina e giurisprudenza la questione di un'eventuale applicazione analogica dell'art. 6 della legge n. 898/1970 (così come modificata dalla legge n. 74/1987), dove invece era prevista, in via alternativa, la possibilità di un affidamento *congiunto* o *alternato*, in modo da poter superare la singolare dicotomia disciplinare esistente tra la fase della separazione e quella del divorzio. Va peraltro rilevato come una tale possibilità sia rimasta relegata nel recinto dell'astratta previsione normativa, senza un effettivo seguito applicativo.

una siffatta condizione di marginalità sui processi di crescita e di strutturazione della personalità di questi ultimi, ha tuttavia propiziato la sedimentazione nella comunità scientifica di orientamenti diversi, più favorevoli ad un coinvolgimento tendenzialmente paritario dei due coniugi nell'assunzione della responsabilità genitoriale, anche nella fase patologica della separazione.

Sul piano ordinamentale, è noto come un tale indirizzo di pensiero abbia trovato un primo momento di emersione e di codificazione nella previsione di cui all'art. 9 della *Convenzione dei diritti del fanciullo* firmata a New York nel 1989 (e ratificata in Italia nel 1991), dove si dichiara che gli Stati firmatari si impegnano a rispettare il diritto del minore «separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo».

Sulla scia del succitato testo della *Convenzione*, successivamente ripreso e confermato anche dall'art. 24 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (c.d. *Carta di Nizza*), il principio di bigenitorialità ha infine trovato pieno riconoscimento operativo nel nostro Paese a partire dalla legge n. 54 del 2006, recante «*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*»¹⁸, con la quale il legislatore ha inteso dettare una disciplina organica delle relazioni familiari nel tempo della separazione dei coniugi (*rectius*, della coppia genitoriale, anche di fatto) concepita e conformata in modo tale da assicurare, sotto qualsiasi profilo, la prioritaria tutela dell'interesse del minore¹⁹.

¹⁸ La normativa *de qua* è stata oggetto di grande attenzione in dottrina: cfr., *ex plurimis*, M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, 377; P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, 304; L. BALESTRA, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Famiglia*, 2006, 655; C.M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di affidamento condiviso*, in *Dir. fam.*, 2006, 676.

¹⁹ È bene sottolineare come quella del "superiore interesse del minore" sia diventata una formula assiologica assai densa e assolutamente centrale nell'odierno diritto minorile e familiare. La sua progressiva emersione ordinamentale si deve innanzitutto ad un deciso mutamento di paradigma nella concezione del minore, un tempo visto come mero oggetto di protezione da parte della società adulta e solo più recentemente come *persona* dotata di una propria soggettività e titolare di autonomi diritti (su tale processo evolutivo e sulle sue delicate implicazioni, cfr. E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'interesse del minore)*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1141; C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, 546; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nelle problematiche della persona umana*, Napoli, 1975, *passim*). Sul piano normativo, al di là di alcuni (indiretti) riferimenti presenti

nella Costituzione (negli artt. 2, 3, 30, 31, 34, 37), l'interesse del minore inizia ad essere riconosciuto nella sua prioritaria valenza a partire dalle sedi internazionali, con i precisi richiami contenuti dapprima nella già citata *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 20 novembre 1989 (art. 3, comma 1), poi nella *Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore* del 25 gennaio 1996 (artt. 1, comma 2; 6, lett. a) e 10) e, infine, nella (anch'essa già menzionata) *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* del 7 dicembre 2000. I principi affermati nelle suddette *Carte* troveranno poi ulteriori e dettagliati svolgimenti in diversi regolamenti e direttive europee (reg. n. 2201/2003/CE: artt. 12, par. 1, lett. b); 15, par. 1, 5; 23, par. 1, lett. a); dir. 2003/86/CE, art. 5, par. 5; dir. 2011/36/UE: artt. 14, par. 2; 16, par. 2; reg. 2013/604/UE: artt. 6, 8, 20, par. 3; dir. 2013/33/UE: artt. 11, 23). In una cornice siffatta, anche il diritto minorile e familiare interno verrà ad essere gradualmente plasmato e conformato (sia pure in modo caotico e frammentario) alla necessaria prevalenza dell'interesse del minore, con una molteplicità di interventi normativi, tutti di notevole rilevanza ma tra i quali spiccano, per l'approccio più organico, la legge n. 184 del 1983 (per come modificata dalla successiva l. n. 149 del 2001) e quella n. 54 del 2006. Non va peraltro trascurato come l'indubbia centralità sistematica conseguita negli ultimi anni dal principio del c.d. "interesse superiore del minore", non abbia però aiutato a dissipare le ombre che da sempre si addensano sulla portata semantica ed applicativa di codesta formula, dai contorni talmente sfumati e ambigui da indurre una parte della dottrina a equipararne il concetto ad una sorta di "scatola vuota" (cfr. V. POCAR, P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari 2008, 172 ss.) o, addirittura, alla mitica figura dell'*araba fenice* (cfr. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss.), con ciò predicandone, in definitiva, la ben modesta fruibilità (E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 64 ss.; R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorigiustizia*, 2011, 21 ss.; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Riv. dir. int.*, 2010, 986 ss. Sui rischi connessi ad un impiego inevitabilmente arbitrario di codesta nozione da parte del giudice, cfr. G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 4, 1604 ss. e M. DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore?*, nota a Trib. Minori Torino, 26 febbraio 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 1, 1093 ss.). Tuttavia, sebbene il carattere relativo ed indeterminato del principio in questione sia innegabile (cfr. R. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Atti del Convegno dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Napoli, 2014, 510 ss.), non per questo deve ritenersi che lo stesso sia privo di utilità ermeneutica ed applicativa. Anzi - osserva al riguardo un'autorevole dottrina - può ben dirsi che «i cosiddetti concetti indeterminati» sono strumenti dei quali il diritto «non può fare a meno, in quanto concetti valvola (*Ventilbegriffe*), assai spesso volutamente utilizzati dal legislatore quando la soluzione giuridica di un determinato problema non può essere data una volta per tutte, ma deve invece venire volta a volta rapportata e adeguata alla realtà sociale in continuo movimento e mutamento, senza di che il meccanismo dello *ius strictum* potrebbe incepparsi o funzionare in una dimensione seclusa e astratta, del tutto prescindente dalle reali esigenze della vita» (cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore, ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2018, 405 ss.). Sicchè, il problema diviene soprattutto quello di un impiego accorto e controllato di siffatto strumento, che consenta di coniugare l'aspettativa del minore al miglior tipo di

2/2020

In questa logica, viene implementata nel sistema la regola generale dell'*affidamento condiviso*, quale strumento essenziale di coinvolgimento paritario di entrambi i *partners* nel progetto educativo della prole e di salvaguardia del diritto di quest'ultima a mantenere rapporti durevoli e pregnanti con ambedue i genitori²⁰, restando così confinata nel limbo delle opzioni residuali quella del tradizionale *affidamento esclusivo* ad uno soltanto dei componenti della coppia.

Nondimeno, la piena realizzazione di codesta direttiva resta affidata alla rigorosa osservanza del diritto del genitore non collocatario di visitare il figlio, nonché alla possibilità, da parte sua, di poterlo ospitare presso il proprio domicilio, secondo un calendario predefinito consensualmente dai due *partners* o (in assenza di accordo) dall'autorità giudiziaria, sempre tenendo presente la necessaria tutela del *best interest* della prole.

Inutile rilevare come proprio sul terreno della determinazione e dell'effettivo rispetto delle suddette determinazioni venga non poche volte a innescarsi un conflitto di difficile composizione, e come, per altro verso, qualsiasi elemento aggiuntivo di criticità esterno sia destinato a rendere ancora più problematico il conseguimento di un equilibrio familiare davvero funzionale alla corretta educazione e formazione della prole. Stante quanto sopra, ben si comprende allora come l'emergenza epidemiologica, con le connesse misure normative adottate per il contenimento del contagio, incentrate soprattutto sui limiti posti alla circolazione delle persone, abbia concorso a fomentare le (endemiche) tensioni del gruppo familiare, rendendo oltremodo incerta la tutela dei diversi interessi in gioco.

In particolare, dinanzi all'acuirsi della crisi sanitaria e alla crescente intensificazione dei divieti, ci si è chiesti se il diritto alla bigenitorialità del minore (e il correlativo diritto di visita del genitore non collocatario)

esistenza possibile e realizzabile (quale specifica estrinsecazione del diritto costituzionale al pieno ed integrale sviluppo della personalità) con una valutazione individualizzata e contestualizzata di tutte le circostanze del caso concreto, sia di tipo oggettivo (natura delle relazioni familiari, condizioni socio-economiche, etc.) che soggettivo (età, capacità, inclinazioni, aspirazioni, etc.): cfr. V. SCALISI, *op. ult. cit.*, 405 ss. In argomento, si vedano pure le osservazioni di R. DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1, 473 ss. e di E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. dir.*, 1999, 1, 80 ss.

²⁰ Detta regola, inizialmente scolpita nell'art. 155 c.c. (per come riformulato dalla succitata legge n. 54/2006), a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 154/2013, si trova ora collocata topograficamente in una diversa area del *Codice* (art. 337 c.c. *ter*), senz'altro più funzionale, anche per gli aspetti qui considerati, ad una piena unificazione dello stato giuridico dei figli (un tempo qualificati come) legittimi e naturali.

potesse essere sacrificato per la salvaguardia del bene primario della salute, oppure se una tale evenienza dovesse comunque essere esclusa pur di evitare pregiudizi psicologici alla prole ulteriori rispetto al trauma già subito a causa della separazione dei genitori²¹.

Nella frequente indisponibilità dei due *partners* a raggiungere un'intesa amichevole, era inevitabile che la *quaestio* in oggetto approdasse nelle aule giudiziarie, malgrado le gravi difficoltà ad individuare, nelle fattispecie *de quibus*, una *regola iuris* sufficientemente dirimente ed appagante.

Ed invero, come sempre accade quando ad entrare in conflitto sono istanze della persona di pari rango assiologico, destinate ad incidere profondamente su aspetti decisivi dell'esistenza, l'estrema vischiosità delle opzioni in campo impone un approccio metodologico che, rifuggendo da qualsiasi tentazione di sistemazione puramente astratta della contesa, si ponga in ascolto della realtà pratica e si accoli l'onere di un faticoso discernimento alla luce delle mutevoli circostanze del caso concreto.

3. *La gestione del contenzioso familiare e le oscillazioni del formante giurisprudenziale: i provvedimenti d'urgenza a (prevalente) tutela del diritto di visita del genitore non collocatario e le prime aperture alle relazioni "da remoto".*

Occorre anzitutto premettere che le statuizioni giudiziali che si sono susseguite nell'arco di tempo considerato, corrispondente in linea di massima alla fase ascendente e più acuta dell'emergenza (*id est*, i mesi di marzo e aprile), risultano influenzate, almeno in parte, dalla progressione cronologica di una produzione normativa tanto minuziosa quanto (inevitabilmente) caotica e contraddittoria.

Il primo provvedimento sulle controversie in esame che si segnala all'attenzione dell'interprete è quello assunto in via d'urgenza *inaudita altera parte* (*ex art. 709 ter, c.p.c.*²²) dal Tribunale di Milano in data 11 marzo

²¹ L'interrogativo, in dottrina, è stato condiviso in modo praticamente unanime: cfr., per tutti, M. CURTI, *op. cit.*, 612 ss.

²² Rammentiamo come, a tenore di codesta disposizione, i genitori separati possano in ogni tempo fare ricorso all'autorità giudiziaria per la soluzione delle controversie insorte «in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell'affidamento» e come, a seguito delle determinazioni assunte, eventuali gravi inadempienze o atti

2/2020

2020²³, con il quale il giudicante ha respinto il ricorso presentato da un genitore collocatario, teso a sospendere il diritto di visita dell'altro genitore (nel caso di specie, il padre) per tutto il periodo dell'emergenza sanitaria, onde salvaguardare la salute del figlio dai possibili rischi del contagio.

In particolare, la madre faceva istanza affinché il figlio, temporaneamente allocato presso il domicilio del padre (residente in un diverso Comune), rientrasse immediatamente nell'abitazione materna, quale luogo di collocazione prevalente.

Nella prospettazione attorea, evidentemente, la tutela della salute del minore doveva considerarsi prioritaria rispetto ad ogni altra istanza, ivi compresa quella della bigenitorialità ed il correlativo diritto di visita del padre, tenuto conto della grave emergenza in atto e alla stregua dei divieti puntualmente scolpiti nel testo del D.P.C.M. dell'8 marzo 2020²⁴ (nonché in quello immediatamente successivo del 9 marzo²⁵, dove i divieti *de quibus* sono stati estesi all'intero territorio nazionale), con specifico riguardo agli spostamenti delle persone fisiche dalle proprie abitazioni, rigorosamente proibiti salvo che gli stessi non fossero giustificabili (mediante appositi moduli di autocertificazione) da «comprovate esigenze di lavoro, situazioni di necessità o di salute».

Il Collegio meneghino, tuttavia, muovendo da una più articolata esegesi delle fonti disponibili e da un diverso apprezzamento dell'interesse del minore, ha ritenuto opportuno disattendere le pretese del ricorrente e definire la controversia sulla base di una differente modulazione dei valori in gioco.

Più nel dettaglio, il giudicante ha osservato come le disposizioni contenute nell'art. 1, comma 1, lett. a), del D.P.C.M. 8 marzo 2020, n. 11, non potessero considerarsi «preclusive dell'attuazione delle disposizioni di affido e collocamento dei minori, laddove consentono gli spostamenti finalizzati a rientri presso la residenza o il domicilio, sicché alcuna chiusura di ambiti regionali può giustificare violazioni, in questo senso, di provvedimenti di separazione o divorzio vigenti».

Viene in tal modo affermata una *regola iuris* importante, quella per cui le misure emergenziali dettate dalla normativa non possono, in linea di

compiuti (dai medesimi ricorrenti) in pregiudizio del minore possano essere puntualmente sanzionati dall'organo procedente.

²³ Il testo del decreto può leggersi in www.dejure.it.

²⁴ Cfr. G.U. *Serie Generale*, n. 59, 8 marzo 2020.

²⁵ Cfr. G.U. *Serie Generale*, n. 62, 9 marzo 2020.

principio, incidere sulle statuizioni giudiziali relative alla crisi coniugale e all'affido della prole, che pertanto beneficerebbero di una sorta di "intangibilità" rispetto alle suddette prescrizioni.

Tale conclusione - ha rilevato ancora il Tribunale - troverebbe ulteriore conferma nelle direttive esplicative (quasi un'interpretazione autentica) che il Governo ha inteso diramare, a partire dal 10 marzo 2020, nella sezione "FAQ" del proprio sito istituzionale²⁶, dove al punto n. 13) si è puntualizzato che «gli spostamenti per raggiungere i figli minori presso l'altro genitore, sono sempre consentiti [...] secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione e divorzio».

Pare dunque evidente come il giudice milanese, sulla base di siffatte argomentazioni - e al di là di ogni ragionevole dubbio che possa insorgere sull'effettiva rilevanza normativa, nell'attuale gerarchia delle fonti, delle "FAQ" governative - abbia infine ritenuto più corretto superare il conflitto tra le diverse istanze in gioco subordinando la tutela della salute ad una più compiuta realizzazione del principio di bigenitorialità, nel suo duplice aspetto dell'interesse del minore a conservare un rapporto stabile e ben strutturato con entrambi i genitori, e del diritto/dovere di visita del genitore non collocatario²⁷.

Nel solco tracciato dal *decisum* di cui si è appena riferito, si sono collocati alcuni provvedimenti giudiziari successivi che, sia pure con le inevitabili varianti dettate dalle peculiarità dei casi concreti, si sono sostanzialmente allineati alle direttive in esso contenute.

Occorre peraltro rammentare come nel frattempo il quadro normativo di riferimento si sia andato rapidamente evolvendo, con l'entrata in vigore del D.P.C.M. 22 marzo 2020, dove, all'art. 1, lett. b), si è previsto il divieto per «tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un Comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute»; precisando, altresì, come la disposizione di cui all'art. 1, comma 1, lett. a), del

²⁶ Cfr. www.governo.it/it/faq-iorestoacasa, in cui è possibile reperire, fra le altre, la *Risposta Ufficiale* del Governo alla specifica domanda: «Sono separato/divorziato, posso andare a trovare i miei figli?».

²⁷ La statuizione *de qua* risponderebbe quindi «al prevalente interesse dei minori a non vedere interrotta la propria continuità affettiva col genitore non collocatario, fornendo agli stessi, nel presente momento emergenziale, già connotato dalle molteplici privazioni della propria vita sociale, scolastica, sportiva ed amicale, l'immagine di immutata stabilità e rassicurante solidità del rapporto affettivo parentale» (E. TROTTA, *op. cit.*, 441 ss.).

2/2020

precedente D.P.C.M. 8 marzo 2020, a tenore della quale veniva comunque consentito «il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza», dovesse ormai considerarsi abrogata.

Dunque, restrizioni ancora più severe alla circolazione delle persone, generalmente proibita anche tra Comuni diversi di una medesima Regione, salva l'esistenza di motivi (non più semplicemente di "necessità", bensì) di "assoluta urgenza"; ed è facile comprendere come la previsione dei nuovi divieti, unitamente all'assenza, nella decretazione d'urgenza da ultimo richiamata, di specifici riferimenti alle problematiche di spostamento dei genitori separati, non potesse che acuire le tensioni e le incertezze relative alla gestione dei conflitti familiari²⁸.

Si spiega così il rinnovato intervento chiarificatore della Presidenza del Consiglio dei Ministri, la quale, attraverso le "FAQ" pubblicate in data 1° aprile 2020, ha inteso precisare che «gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti anche da un Comune all'altro. Tali spostamenti dovranno in ogni caso avvenire scegliendo il tragitto più breve e nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario (persone in quarantena, positive, immunodepresse, etc.), nonché secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori».

Il testo della "FAQ" citata, quindi, sembra contenere un'esplicita clausola di salvaguardia per i diritti di visita genitoriali, che dovrebbero potersi esercitare pure in tempi di massima espansione dell'epidemia e in deroga ai generali divieti di circolazione: e una tale direttiva,

²⁸ I dilemmi ermeneutici sempre più incombenti che hanno accompagnato l'entrata in vigore delle suddette disposizioni hanno indotto l'*Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza* ad intervenire con una nota (del 27 marzo 2020) indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri, con la quale è stata ribadita la necessità di individuare un giusto bilanciamento tra tutti i diritti coinvolti, idoneo ad assicurare ai bambini più vulnerabili e alle rispettive famiglie una condizione di maggiore protezione, raccomandando altresì che i figli di genitori separati o divorziati potessero mantenere rapporti continuativi con entrambi, ancorché a distanza. Un'esigenza di eguale tenore si ritrova alla base del comunicato effettuato dall'*Unione delle Camere Minorili* in data 30 marzo 2020 ("*Emergenza Covid-19 e responsabilità genitoriale*"), dove, muovendo dall'assunto che le relazioni familiari e la salute costituiscono diritti fondamentali di pari rango costituzionale che occorre bilanciare tenendo sempre conto del *best interest* dei minori, viene sollecitato il Governo a dissipare i dubbi in ordine alla legittimità o meno degli spostamenti da un Comune all'altro (o da una Regione all'altra) per le visite ai figli, compatibilmente con le finalità di contenimento dell'epidemia.

indubbiamente, ha contribuito non poco a puntellare l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dal Tribunale di Milano.

Indirizzo che - lo si è già anticipato - ha trovato riscontro in un certo numero di provvedimenti adottati (sempre in via d'urgenza, *inaudita altera parte*) successivamente, fra i quali merita di essere segnalato innanzitutto quello del Tribunale di Verona 27 marzo 2020²⁹, nel quale il giudice, pur dinanzi ai più restrittivi divieti imposti nel frattempo dal D.P.C.M. 22 marzo 2020 (e benché non fosse stata ancora divulgata la direttiva "FAQ" 1 aprile 2020), ha confermato la possibilità per la prole di mantenere contatti con ambedue i genitori, con l'unica precauzione, al fine di ridurre i rischi del contagio, di prolungare i periodi di collocazione presso il domicilio di ciascuno di essi. Nel conflitto fra le varie istanze, quindi, è stata anche in questo caso privilegiata l'esigenza di salvaguardare il principio (e la prassi) della bigenitorialità, rispetto ad una più estesa tutela del diritto alla salute del minore e della comunità familiare.

In analogia traiettoria si è posta l'ordinanza del Tribunale di Terni del 30 marzo 2020³⁰, che evidenzia però alcune importanti peculiarità.

Nel caso di specie, infatti, stante l'avvenuto affidamento *esclusivo* della prole alla madre, oggetto di lagnanza da parte del padre era stata la mancata attuazione degli incontri programmati con i figli (sia pure in apposito luogo protetto e in spazio neutro) a cura degli operatori dei Servizi Sociali del Comune all'uopo preposti. Ciò, evidentemente, a causa dell'emergenza sanitaria in atto e delle conseguenti misure di contenimento del contagio.

Senonché, di fronte alle ragioni ostative opposte dalla madre e dai Servizi Sociali, il giudice adito, pur prendendo atto del grave contesto epidemico e dei divieti normativi in vigore, ha ritenuto imprescindibile procedere ad un accorto bilanciamento dei diversi valori coinvolti, teso soprattutto a contemperare l'esigenza dei figli a vivere una normale relazione familiare ed affettiva con entrambi i genitori, con quella di preservare l'interesse alla salute non soltanto dei soggetti coinvolti, ma anche, più in generale, dell'intera collettività.

E, in questa prospettiva, il Tribunale ha individuato quale possibile strumento (temporaneamente) più idoneo al contemperamento delle suddette istanze, quello degli incontri parentali organizzati secondo modalità telematiche, ovvero avvalendosi delle moderne tecnologie di

²⁹ Visionabile in www.dejure.it.

³⁰ Cfr. www.quotidianogiuridico.it, 16 aprile 2020, con nota di A. SCALERA, *Covid-19: gli incontri padre-figli in spazio neutro avvengono via Skype alla presenza di un operatore*.

2/2020

connessione (quali, ad es., *Skype, Chat Watsapp, etc.*), che consentirebbero appunto di garantire un contatto relazionale significativo tra genitori e figli, pur neutralizzando completamente i rischi del contagio.

A tal riguardo, è appena il caso avvertire come il ricorso alle visite *da remoto*, pur non costituendo un'opzione del tutto inedita, se per un verso ha rappresentato (e può rappresentare) una formidabile opportunità di interazione umana aggiuntiva *anche* nel campo delle relazioni familiari, dall'altro impone un'attenta ponderazione in sede scientifica in ordine a tutte le possibili ricadute sui soggetti minori e più vulnerabili (sotto il profilo psicologico, relazionale, educativo, etc.) provocate da un impiego intensivo e crescente di siffatte tecniche di connessione digitale³¹.

L'esigenza di assicurare una proficua prosecuzione dei rapporti tra genitori e figli assume valenza prioritaria pure nel *decisum* del Tribunale di Busto Arsizio 3 aprile 2020³², con il quale è stata accolta l'istanza di un genitore non collocatario che lamentava l'arbitraria sospensione degli incontri con la prole, disposta unilateralmente dal Servizio Tutela Minori, sempre a cagione, naturalmente, dei pericoli dell'epidemia.

In tale fattispecie, per vero, il giudice ha evidenziato come il diritto di visita dei genitori non potesse essere compresso sulla base di estemporanee valutazioni di opportunità, ma solo in presenza di esplicite prescrizioni normative, certamente non rinvenibili nei *Decreti* adottati (fino a quel momento) dalla Presidenza del Consiglio. Ed infatti, anche a prescindere da quanto puntualizzato nel testo della "FAQ" 1 aprile 2020, il Tribunale *de quo* ha rilevato come gli spostamenti dei genitori sul territorio per ragioni di visita ai propri figli dovessero reputarsi senz'altro consentiti in quanto rientranti nelle "situazioni di necessità" previste dalla normativa e, per altro verso, nella griglia delle motivazioni specificamente richieste dai (più recenti) modelli di autocertificazione, al fine di potere

³¹ Manifesta qualche perplessità in ordine ad un impiego esteso dei contatti virtuali, A. SCALERA, *op. ult. cit.*, il quale, pur apprezzando il bilanciamento fra i beni-interessi in conflitto operato dal giudice di Terni, paventa però il rischio che le suddette modalità di frequentazione possano comportare una sostanziale *deminutio* dei rapporti tra genitori e figli. Secondo l'A., nel caso di specie, meglio sarebbe stato predisporre incontri *dal vivo* «in condizioni di sicurezza, in spazi privati o, comunque, diversi da quelli delle strutture pubbliche messe a disposizione dal Servizio Sociale, alla presenza di familiari o di conoscenti, in luogo degli operatori». Soluzione, quest'ultima, comunque da preferire «nell'eventualità di un prolungamento delle misure restrittive connesse al protrarsi dell'epidemia».

³² Cfr. www.quotidianogiuridico.it, 10 aprile 2020, con nota di A. SCALERA, *Coronavirus: al padre possono bastare le videochiamate?*

circolare (previa eventuale autorizzazione delle forze dell'ordine) sulle strade.

Nell'ambito di una disamina necessariamente sintetica e selettiva della casistica maturata nella fase più critica dell'emergenza, sembra utile richiamare l'attenzione anche su altri due provvedimenti adottati in via d'urgenza dal Tribunale dei Minori di Roma (9 aprile 2020)³³ e dal Tribunale di Pescara (22 aprile 2020)³⁴, che arricchiscono il formante giurisprudenziale di ulteriori (e preziose) inferenze argomentative.

Ed invero, quanto al Tribunale di Roma, la sua decisione si segnala perché il giudice, nel respingere ancora una volta l'istanza materna di sospensione delle visite dell'altro genitore a causa dei rischi epidemici, ha ribadito la necessità di preservare il diritto della prole di mantenere consuetudini di vita stabili e significative con ambedue i genitori, puntualizzando però come la realizzazione di codesta istanza dovesse reputarsi della massima importanza non solo dal punto di vista educativo e formativo, ma anche sotto il profilo del corretto equilibrio psico-fisico del minore.

Nella visione del giudicante, quindi, l'istanza della bigenitorialità, anziché porsi assiologicamente in conflitto con la tutela della salute della prole, diverrebbe una precondizione della più compiuta realizzazione di quest'ultima³⁵. Si tratta, a ben vedere, di un approdo decisionale in qualche misura inedito rispetto al *trend* ermeneutico delle statuizioni fin qui passate in rassegna, giacché secondo il Tribunale capitolino, la salute dei figli, intesa quale condizione complessiva di benessere fisio-psichico³⁶, verrebbe messa a rischio (non soltanto da un eventuale contagio da *coronavirus*, ma pure) dalla prolungata assenza nella cellula familiare

³³ Cfr. *www.dejure.it*.

³⁴ Cfr. *www.dejure.it*.

³⁵ Ed infatti, nel provvedimento così si afferma: «la liceità dello spostamento finalizzato alla attuazione della frequentazione da parte del figlio minore del genitore non collocatario rinviene fondamento nel riconosciuto essenziale apporto all'equilibrio psico-fisico del minore correlato alla presenza di entrambi i genitori ossia costituisce misura attuativa del suo diritto alla bigenitorialità, diritto che assume rilievo nell'ordinamento costituzionale interno e nell'ordinamento internazionale».

³⁶ Chiaro il richiamo alla nota indicazione dell'OMS, dove appunto si fa riferimento allo «stato di benessere fisico e psichico, espressione di normalità strutturale e funzionale dell'organismo considerato nel suo insieme» e si precisa altresì che la nozione di salute non corrisponde «alla semplice assenza di malattie o di lesioni evolutive in atto, di *deficit* funzionali, di gravi mutilazioni, di rilevanti fenomeni patologici, ma esprime una condizione di complessiva efficienza psicofisica».

2/2020

(soprattutto nel momento, gravemente alienante, della crisi pandemica) di una o entrambe le figure genitoriali.

Quanto poi al *decisum* del Tribunale di Pescara (22 aprile 2020)³⁷, anch'esso disvela elementi meritevoli di riflessione, che paiono peraltro collocarsi nella traiettoria del precedente giudiziale poc'anzi richiamato. Sul piano pratico, la fattispecie si caratterizza per l'istanza presentata da un genitore non collocatario di poter trattenere presso il proprio domicilio il figlio minore di tenera età (4 anni), secondo periodi settimanali prefissati, malgrado le molteplici misure anti-contagio e di proibizione della circolazione ancora operanti sul territorio.

Il Giudice, muovendo dall'assunto che il valore della bigenitorialità non possa mai retrocedere dinanzi a quello della salute, ha accolto la suddetta istanza, preoccupandosi poi di precisare come l'importanza della presenza affettiva di entrambi i genitori nella vita dei figli - dato di per sé acclarato e indiscusso - sia destinata ad assumere una valenza tanto maggiore quanto minore si accerterà essere l'età della prole, come appunto rilevato nel caso di specie.

In ogni caso - ha asserito ancora l'organo giudicante - l'estrema delicatezza della funzione genitoriale dovrebbe indurre ad escludere che il rapporto con i figli (in special modo quando molto piccoli) possa prescindere da una frequentazione *fisica* ed essere completamente surrogato dai contatti telematici³⁸.

Sotto questo profilo, il Tribunale di Pescara pare quindi esprimere delle significative riserve in ordine all'attuale tendenza, ormai diffusa anche nel campo delle relazioni conflittuali qui tematizzate, a fare ricorso a degli strumenti di interazione che, per quanto giustificati dall'eccezionalità del momento di crisi vissuto, sembrerebbe prospettare il rischio di un'alterazione irreversibile dei rapporti tra genitori i figli, privando questi ultimi del diritto basilico di vivere nel modo più compiuto possibile la dimensione umana dell'affetto familiare.

³⁷ Cfr. www.studiocataldi.it, 28 aprile 2020, dove si trova il *link* che consente di accedere al testo del *Decreto* (con il commento di M. MAGLIETTA, *Genitori-figli: via libera alle 'visite' cambiando regione*).

³⁸ In dottrina, un'analogha opinione è espressa da F. ROMEO, *Responsabilità genitoriale, conflitti e prospettive di riforma dell'affidamento condiviso* (D.D.L. S/735 del 1° agosto 2018), in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2019, 2, 538, il quale evidenzia come i contatti quotidiani via *Skype* non possano comunque supplire «alla prolungata ed ininterrotta assenza del genitore che, pertanto, non potrà assolvere compiutamente ai suoi doveri educativi ed affettivi».

4. *Segue. I provvedimenti d'urgenza a (prevalente) tutela della salute del minore.*

L'indirizzo giurisprudenziale appena esaminato, pur nella inevitabile varietà di approcci e svolgimenti argomentativi, è parso ispirato da una direttiva di fondo abbastanza nitida, quella della prioritaria salvaguardia del principio di bigenitorialità, visto quale istanza prevalente nel conflitto con gli altri valori in gioco e, verosimilmente, quale veicolo più sicuro di realizzazione del *best interest* del minore.

Tuttavia, come già anticipato, gli orientamenti emersi nei mesi più critici dell'emergenza sanitaria si sono mostrati tutt'altro che compatti e omogenei, non solo a causa di un quadro normativo dai contorni a dir poco ambigui ed evanescenti, ma anche per via della endemica vischiosità del contenzioso familiare, ancor più accentuata nel tempo caotico e convulso della pandemia.

Sicchè, volendo tracciare una prima, approssimativa mappa dei diversi provvedimenti adottati, va rilevato come, rispetto all'indirizzo più sopra richiamato, al polo idealmente opposto si possa collocare l'orientamento che, pur nell'indubbia frammentazione della casistica, abbia inteso individuare nella salute del minore il bene-interesse primario da tutelare, eventualmente anche a costo di sacrificare il diritto della prole a vivere rapporti affettivi costanti e appaganti con ambedue i genitori.

Emblematico di siffatto indirizzo può considerarsi il provvedimento d'urgenza del Tribunale di Bari del 26 marzo 2020³⁹, con il quale l'organo giudicante ha accolto l'istanza del genitore collocatario volta ad ottenere la sospensione delle visite ai figli da parte dell'altro genitore, essendo costui dimorante in un Comune diverso da quello di abituale residenza della prole.

Ad avviso del Tribunale, invero, scopo precipuo dei divieti normativi sempre più invasivi alla circolazione delle persone doveva reputarsi quello di contenere il rischio di diffusione dell'epidemia, preservando in tal modo l'integrità fisica e il benessere della popolazione. Il perseguimento di un obiettivo di così rilevante portata rendeva quindi inevitabili le proibizioni imposte all'intero corpo sociale, giustificando i sacrifici sofferti non soltanto dalle persone adulte ma anche dai minori d'età.

³⁹ Cfr. www.judicare.it, 30 marzo 2020, in cui è possibile rinvenire il *link* di collegamento all'ordinanza *de qua* (con nota di D. GATTONI, *Diritto di visita/frequenziazione genitori/figli in tempo di coronavirus: una diversa visione del problema*).

2/2020

In questa logica, il giudice ha così ritenuto che il diritto dei genitori e dei figli minori di incontrarsi (quanto meno *dal vivo*), nel contesto emergenziale in atto, dovesse considerarsi comunque *recessivo* rispetto alla facoltà di spostamento delle persone e, quindi, in buona sostanza, rispetto alla tutela del diritto alla salute (qui inteso nella sua accezione più estesa, ossia quale diritto non soltanto dei minori, ma dell'intera collettività)⁴⁰.

Nella decisione *de qua*, pertanto, il bilanciamento tra le istanze coinvolte ha visto prevalere il valore della salute, in apparente sintonia con la denunciata *ratio* protettiva dei decreti governativi.

Le motivazioni addotte dal Tribunale di Bari sono state richiamate, in termini quasi coincidenti, da diversi altri provvedimenti d'urgenza, tra i quali possono segnalarsi, in via esemplificativa, quelli dei Tribunali di Trento⁴¹ e di Vasto⁴², emanati rispettivamente in data 31 marzo e 2 aprile 2020.

In particolare, con il primo, è stata disposta la sospensione immediata del diritto di visita genitoriale, giacché si è ritenuto che l'esercizio dello stesso non potesse essere giustificato dal riferimento alla ragione di "assoluta urgenza" prevista dalla normativa quale possibile deroga ai divieti di spostamento dalle abitazioni, statuendo altresì che per tutta la durata dell'emergenza i rapporti con la prole venissero mantenuti mediante video-chiamate o anche semplici telefonate quotidiane.

Quanto al secondo, l'organo giudicante ha respinto l'istanza di un padre (non collocatario) che chiedeva, per il mese di aprile, di poter trattenere presso di sé la figlia minore per intervalli di tempo più lunghi di quelli inizialmente previsti dagli accordi di separazione, onde poter recuperare i periodi di sospensione degli incontri subiti a causa dell'emergenza epidemiologica da *Covid-19*.

⁴⁰ La massima (non ufficiale) del provvedimento così recita: «Il diritto-dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nel momento emergenziale determinato dall'epidemia di *Covid-19*, è recessivo rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie, a mente dell'art. 16 della Costituzione, ed al diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost. Dunque, in tali condizioni è legittimo sospendere il diritto di visita paterno nei riguardi del figlio minore collocato presso la madre che sia residente in un comune diverso da quello del padre, il quale, in ipotesi, potrà comunque mantenere il rapporto con il figlio, seguendo il calendario prefissato, mediante strumenti come la videochiamata o *Skype*».

⁴¹ Cfr. www.osservatoriofamiglia.it.

⁴² Cfr. www.quotidianogiuridico.it, 22 aprile 2020, con nota di M. SICHETTI, *Covid-19: la salute pubblica prevale sul diritto di visita del minore*.

A tal riguardo, il Tribunale ha confermato la necessità primaria e prevalente di salvaguardare la salute della prole rispetto ai rischi del contagio e, nell'impossibilità di verificare adeguatamente la condizione sanitaria del padre e delle persone con lui in quel momento conviventi, ha ritenuto opportuno disporre che le visite venissero temporaneamente sospese e sostituite dai collegamenti telematici da osservare secondo un calendario non derogabile dal genitore collocatario, diffidato, nel caso di specie, a perseverare in condotte (anche solo minimamente) ostruzionistiche nei confronti del *partner*.

Da ultimo, un'ulteriore conferma dell'indirizzo fin qui tratteggiato può rinvenirsi nel *decisum* del Tribunale di Napoli del 26 marzo 2020⁴³, che si distingue dai precedenti appena menzionati soltanto per l'impronta ancora più netta e perentoria delle sue statuizioni. Ed infatti, anche in questo caso il giudicante, muovendo ancora una volta dall'esigenza di impedire gli spostamenti sul territorio e di tutelare adeguatamente il bene primario della salute, ha provveduto senza indugio all'interruzione delle visite (*in presenza*) del genitore non collocatario, prevedendo in via alternativa la possibilità di ricorrere ai contatti in modalità virtuale, in guisa da scongiurare i rischi del contagio senza però compromettere del tutto le relazioni con la prole⁴⁴.

5. *Alcune riflessioni conclusive.*

La veloce disamina dei provvedimenti richiamati ha evidenziato come, nel tempo dell'emergenza epidemica, l'individuazione di una *regola iuris* di composizione dei conflitti familiari sia questione oltremodo spinosa, giacchè fortemente condizionata dal diverso atteggiarsi delle istanze in campo al mutare delle circostanze del caso concreto.

⁴³ Cfr. www.osservatoriofamiglia.it.

⁴⁴ In particolare, il *Decreto* in questione ha disposto che «allo stato, in attesa di ulteriori provvedimenti di disciplina degli spostamenti con riferimento all'emergenza sanitaria, la disciplina delle visite non preveda più lo spostamento dei minori, attesa l'inopportunità di tale spostamento ed i divieti in atto nel delicato momento in essere, anche in relazione ad incontri per l'esposizione al rischio». Ha disposto altresì che «alla luce dei divieti in atto la frequentazione sia assicurata al padre *da remoto* anche a mezzo videochiamata con i figli a cadenza quotidiana secondo orario che i genitori concorderanno. In caso di mancato accordo per un'ora dalle ore 19:00 alle ore 20:00».

2/2020

La natura già di per sé relativa ed indeterminata dei valori coinvolti, tutti dotati di copertura costituzionale⁴⁵, assume nelle fattispecie esaminate una fisionomia ancora più incerta e rarefatta⁴⁶, al punto da rendere l'esito del *decisum* giudiziale tendenzialmente imprevedibile.

L'interprete si trova quindi al cospetto di un panorama decisionale alquanto frastagliato e cangiante, dove l'intento perseguito dai giudici sembra essere - comprensibilmente - non tanto quello di declinare in via generale e astratta una precisa gerarchia di valori da osservare, quanto piuttosto quello di individuare, caso per caso, un punto di equilibrio accettabile e socialmente condiviso tra le diverse esigenze in gioco, anche alla luce delle aspettative delle varie parti coinvolte.

Si è visto come alcuni provvedimenti, fra quelli analizzati, abbiano fatto leva in special modo sul dato normativo (ovvero sulle determinazioni governative assunte in relazione all'evoluzione del contagio e alla necessità di un più efficace contenimento dello stesso) al fine di conservare o rimodulare gli assetti relazionali della famiglia durante l'epidemia. Ma, a tal proposito, occorre pure sottolineare come il riferimento alle medesime disposizioni non abbia impedito di approdare a soluzioni pretorie talvolta *opposte*, nel senso cioè di giustificare ora il prevalere dell'istanza della bigenitorialità, ora il prevalere della tutela del diritto alla salute (del minore e/o della collettività).

Vero è che l'obiettivo farraginosità del dettato normativo, unitamente alla sua palese ambiguità, ha reso in qualche misura inevitabile un'esegesi costantemente in bilico tra la lettera e la *ratio* delle prescrizioni

⁴⁵ Sui caratteri di relatività ed indeterminatezza dei valori costituzionali, il cui approfondimento esula dagli scopi del presente studio, si rinvia (sotto molteplici angolazioni) al magistero di illustri Autori: cfr. A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, 360; D. FARIAS, *Idealità ed indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981, *passim*; R. ROMBOLI, *La "relatività" dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 4, 1991, 565 ss. (con riflessioni che, pur essendo riferite ad un tema specifico, sono agevolmente universalizzabili); N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 422 ss.; P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 395; ma nello stesso senso, v. già E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 211; ID., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 217 ss.

⁴⁶ Legata, oltre che alla mutevolezza delle circostanze del caso concreto, anche ad un altro carattere tipico dei valori in gioco, quello della loro endemica *concorrenza* e *conflittualità*: cfr., *ex multis*, P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 440, nt. 716; P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, *op. ult. cit.*, 395.; S. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. soc.*, 1993, 473 ss.

governative, incapace pertanto di pervenire ad un risultato di più salda e compiuta sintesi ermeneutica ed applicativa.

Ma, al di là di questi rilievi, rimane fermo a nostro avviso il nodo cruciale di una normativa che, stante la sua collocazione nella gerarchia delle fonti, non dovrebbe poter incidere restrittivamente su diritti costituzionalmente protetti e coperti da riserva di legge, soprattutto in assenza di disposizioni (nella decretazione d'urgenza) specificamente riferite alle problematiche familiari di cui si è trattato in questo studio.

Né, a questo stesso fine, ci sembra possa ritenersi risolutivo il ricorso alle indicazioni contenute nelle c.d. "FAQ", ossia ad uno strumento di incerto inquadramento giuridico e che, in ogni caso, appare dotato di una valenza (non certo *cogente*, ma) meramente esplicativa dei documenti normativi disponibili.

D'altra parte, non può neppure sottacersi come l'estrema vischiosità dei valori in campo e la straordinaria mutevolezza delle circostanze del caso concreto, anche in rapporto all'incessante evoluzione della situazione emergenziale in atto, siano comunque destinate a mettere in scacco l'idea che il conflitto tra le varie istanze in gioco possa essere (cristallizzato e) governato mediante la previsione - necessariamente *generale e astratta* - di una specifica norma di legge.

La via di un accorto e prudente bilanciamento in sede giudiziale sembrerebbe quindi imporsi con la forza di una soluzione senza alternative, l'unica davvero praticabile per poter superare l'*empasse* ed approdare ad un'accettabile composizione degli interessi configgenti.

Tutto ciò, naturalmente, sempre che i genitori non siano riusciti ad individuare essi stessi una corretta articolazione delle relazioni con la prole, nel quadro di un esercizio scrupoloso della responsabilità genitoriale, che implica una prioritaria attenzione all'interesse del minore, anche mediante un puntuale e costante impegno all'*ascolto*⁴⁷.

⁴⁷ Si è già avuto modo di osservare come l'interesse del minore sia divenuto nel tempo la pietra angolare di tutto il sistema del diritto minorile e delle relazioni familiari, ovvero il principio apicale su cui plasmare l'interpretazione e l'applicazione dei suddetti plessi normativi. Tuttavia, questione oltremodo spinosa è sempre stata quella di garantire (non solo l'affermazione astratta ed ipotetica del valore in questione, ma pure) la sua effettiva concretizzazione, onde neutralizzare il rischio che l'interesse del minore venga ad essere confuso con quello dei suoi genitori o, più in generale, con le aspettative e le vedute del mondo degli adulti. Si comprende allora l'importanza che ha progressivamente assunto il diritto all'*ascolto*, quale strumento elettivo di partecipazione del fanciullo a tutti i processi decisionali che lo riguardino e, conseguentemente, quale strumento prezioso di focalizzazione e di attuazione degli interessi di cui lo stesso risulti portatore. In questa



2/2020

logica, solo l'ascolto del minore può consentire all'interprete di discriminare con più sicurezza il suo *best interest* nelle circostanze del caso concreto, soprattutto in quei contesti che appaiono segnati da una separazione dei genitori e da una condizione di affidamento (condiviso o meno) della prole, resa ancora più critica, con tutta probabilità, da una situazione esterna di emergenza sanitaria ed epidemiologica (quale quella presa in considerazione in questo studio). Il riconoscimento normativo di un siffatto diritto è stato scandito da alcune tappe cruciali, che pare qui opportuno velocemente riepilogare. Si parte, anche in questo, dal testo della *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo* del 20 novembre 1989, dove si afferma (art. 12) che gli Stati firmatari «garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale». Segue poi la *Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore* del 1996, nella quale la previsione del diritto all'ascolto viene ad essere ulteriormente ampliata e valorizzata dal riconoscimento al fanciullo (dotato di discernimento e sempre nell'ambito di processi decisionali che lo riguardano) del diritto ad essere consultato, a ricevere ogni pertinente informazione e ad esprimere liberamente la propria opinione (art. 3), in modo che della stessa possa tenersi debito conto (art. 6, lett. c). Fondamentale pure la previsione di cui all'art. 24 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, dove si afferma il diritto del fanciullo di esprimere liberamente la propria opinione anche a prescindere da un apprezzamento in concreto della sua capacità di discernimento e, per altro verso, i numerosi riferimenti presenti nei regolamenti e nelle direttive europee in ordine alla necessaria audizione del minore in tutti i procedimenti che lo coinvolgono (reg. n. 2201/2003/CE: artt. 11, par. 2; 23, par. 1, lett. b); 31, par. 2; art. 41, par. 2, lett. c); 42, par. 2, lett. a); dir. 2011/36/UE: art. 15; dir. 2013/33/UE: art. 23, par. 2, lett. d). Dal piano internazionale, il diritto all'ascolto (e le connesse facoltà di cui si è detto) viene poi a transitare in una serie di disposizioni interne, tra le quali possono qui menzionarsi, a titolo esemplificativo, gli artt. 155 *sexies*, comma 1; 250, comma 4; 315 *bis*, comma 3; 316, comma 3; 336 *bis*; 337 *octies*; 348, comma 3; più in generale, la legge n. 184/1983, per come successivamente novellata, nelle sue varie articolazioni e la legge n. 898/1970 (art. 4, comma 8). Anche il Giudice delle leggi ha evidenziato l'assoluta rilevanza ordinamentale del diritto all'ascolto, nelle sue varie declinazioni: cfr. Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1, in *Fam. dir.*, 2002, 233, con osservazioni di F. TOMMASEO. In analoga traiettoria si è posta la giurisprudenza di legittimità: cfr., per tutte, Cass. 27 marzo 2017, n. 7762, in *Fam. dir.*, 2017, 588 ss.; Cass., 2 agosto 2013, n. 18538, in *Rep. foro it.*, 2013, voce *Filiazione*, n. 68; Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Guida dir.*, 2009, n. 48, 36 ss. In sede europea, cfr. Corte EDU, *M.K. v. Greece*, 1° febbraio 2018, ricorso n. 51312/16. La letteratura in argomento è molto vasta e stratificata: cfr., *ex multis*, P. PAZÈ, *L'ascolto in famiglia e nelle procedure*, in *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, a cura di A. CAGNAZZO e F. PREITE, Napoli, 2014, 133 ss.; P. PERLINGIERI, *Sull'ascolto del minore*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, 125 ss.; F. PARENTE, *L'ascolto del minore: i principi, le assiologie e le fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 459 ss.; G. RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1295 ss.; O. CALEO, *Il*

Proprio la ricerca del *best interest* del minore, peraltro, è ciò che dovrebbe guidare il giudice nella modulazione delle diverse istanze in conflitto, alla luce di tutte le variabili (soggettive o oggettive) del caso concreto, quali, ad es., l'effettiva composizione del nucleo familiare (con la presenza o meno di persone anziane), la distanza geografica tra le residenze dei genitori, l'attività lavorativa svolta dagli stessi, il tasso di diffusione del contagio nei territori interessati, le condizioni fisiche e psichiche del minore, le sue eventuali disabilità o idiosincrasie, e così via.

Ciò nondimeno, l'opera di bilanciamento - almeno a nostro giudizio - dovrebbe sempre conformarsi ad un superiore principio di buon senso e di ragionevolezza, che garantisca il minor sacrificio possibile per i beni-interessi coinvolti. In questa logica, occorrerebbe pertanto consentire l'esercizio (*in presenza*) del diritto di visita e gli incontri tra genitori e figli, ma solo a condizione che un siffatto assetto dei rapporti non venga a prospettare un rischio concreto di contagio non soltanto per la prole ma anche per la collettività.

Pare infatti evidente che, mentre il diritto alla bigenitorialità, dopo essere stato temporaneamente limitato potrebbe comunque tornare a *riespandersi* (pur con tutte le ricadute negative sull'equilibrio e sulla vita del minore che si possano immaginare⁴⁸), quello alla salute, invece, una volta inciso dall'azione infettiva del *virus*, potrebbe andare incontro ad una compressione non più recuperabile e dagli esiti talvolta letali.

diritto di ascolto del minore nella crisi familiare, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 776 ss.; G. CAMPESE, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in *Fam. dir.*, 2011, 958 ss.

⁴⁸ È innegabile che un compiuto esercizio del diritto alla bigenitorialità da parte del minore sia fondamentale per la realizzazione della sua personalità, e quindi, in ultima analisi, della sua salute, intesa come complessivo benessere esistenziale. Del resto, il nesso tra il valore della bigenitorialità e quello della salute, è stato da tempo colto e messo a fuoco dalla dottrina (cfr., fra gli altri, A. SCALISI, *Famiglia e diritti del minore*, in *Fam. pers. succ.*, 10, 2006, 817 ss.; M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO e M. R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 2002, 324 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, 14 ss.) e dalla giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cass., 8 aprile 2019, n. 9764, in www.sentenzelaleggepertutti.it; Cass. 23 settembre 2015, n. 18817; in www.diritto.it) che appunto hanno sovente sottolineato l'importanza di un corretto rapporto tra genitori e figli affinché questi ultimi possano godere di uno sviluppo di vita sereno e proficuo. Tuttavia, pare altrettanto inconfutabile come (pure nella logica di un'applicazione ponderata di tale direttiva) in una situazione di emergenza sanitaria non vi possa essere una priorità *diversa* da quella di una accorta tutela della salute *biologica* del minore, ovvero della sua immunità dal contagio virale.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

MARCELLO MAZZUCA

Ancora sugli usi civici, tra evoluzione assiologica e «immobilismo» ermeneutico

ABSTRACT - Rights of public use are subject to strict discipline, which imposes stringent constraints, preordained to safeguard the collective use of land. The Regions, however, are trying to weaken the foregoing constraints and this leads to a conflict in the area of the division of legislative powers. The rulings issued by the Constitutional Court offer an opportunity to carry out problematic considerations, in relation to different profiles of the matter.

KEYWORD - Rights of public use – limits to property - division of legislative powers

MARCELLO MAZZUCA*

**Ancora sugli usi civici, tra evoluzione assiologica e
«immobilismo» ermeneutico****

SOMMARIO: 1. Usi civici e tutela dell'ambiente – 2. Legislazione vincolistica e bilanciamento degli interessi – 3. Segue. Conflitto di interessi ed evoluzione assiologica – 4. Qualche notazione conclusiva.

1. *Usi civici e tutela dell'ambiente.*

La difesa dell'integrità dell'ambiente e del paesaggio è urgenza che risponde, sia pure in un quadro non scevro da espressioni di scetticismo, ad un sentimento socialmente sempre più diffuso, la cui portata sembra oramai valicare i confini tanto dei territori¹, quanto delle generazioni².

Non a caso, l'ultima fase dell'esperienza giuridica registra riflessioni di ampio respiro, rivolte in alcune occasioni a saggiare persino la possibilità di concepire interessi e diritti che trascendono quelli degli uomini³ e che, come tali, parrebbero destinati ad imporre limiti invalicabili non soltanto all'autodeterminazione dei singoli, quanto anche alla discrezionalità delle Istituzioni pubbliche dedicate alla gestione dei beni di rilievo, appunto, ambientale.

Senza voler esprimere, in questa sede, un'opzione definitiva riguardo alla fondatezza di siffatta prospettiva, un'analisi anche soltanto campionaria delle evoluzioni del dettato normativo restituisce il tentativo del legislatore di concepire strumenti concettuali e operativi nuovi, asserviti alla tutela dell'ambiente; ma, al contempo, di «rimodernare» istituti già noti, e persino remoti, innovando alcuni tratti soltanto della relativa disci-

* Professore Associato di Diritto Privato – Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Convenzione europea del paesaggio, adottata il 19 luglio 2000 e ratificata in Italia con l. 9 gennaio 2006, n. 14.

² Di interessi inter-generazionali discorre Corte cost., 16 luglio 2019, n. 179, in *Riv. giur. edil.*, 4/2019, 853, con nota di C. PAGLIAROLI, *Disciplina transitoria della legge regionale lombarda sul contenimento del consumo di suolo: profili di incostituzionalità ed in Giur cost.*, 4/2019, 2094, con nota di P. FALLETTA, *L'irrisolto equilibrio tra regionalismo e municipalismo in materia di pianificazione urbanistica.*

³ Il riferimento è alla teoria della c.d. ecologia profonda, la cui prima elaborazione si deve, soprattutto, al filosofo Arne Naess: per un primo inquadramento v. *Il movimento ecologico: ecologia superficiale ed ecologia profonda. Una sintesi*, in M. TALLACCHINI (a cura di), *Etiche della terra*, Milano, 1994, 143 ss.

plina ed attribuendo loro un rinnovato fondamento giustificativo.

Proprio in quest'ultimo segno si iscrive la parabola degli usi civici⁴, nati per consentire la soddisfazione di bisogni primari del ceto contadino (e, per questo, oggi sovente tacciati di anacronismo) ed ora invece inclusi tra le aree tutelate di interesse paesaggistico, ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. h), del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; e, pertanto, vocati anch'essi alla salvaguardia di interessi di rilievo ambientale⁵.

L'evoluzione assiologica in tal senso espressa dagli *iura civitatis*⁶ converte dunque un rinnovato apparato di criteri ermeneutici, nel quale l'interprete è sollecitato a rintracciare, secondo le migliori indicazioni della dogmatica⁷, le nuove coordinate, utili a risolvere i molteplici dubbi scaturiti dall'esegesi della – spesso polisensa, ma di certo assai stringente – legislazione della materia.

In questo contesto, da più tempo la prassi registra, innanzitutto, i tratti di una contrapposizione tra lo Stato e le Regioni⁸, le quali hanno più volte esperito il tentativo di ridisegnare i contorni della rigida legislazione vincolistica dettata dalla l. 16 giugno 1927, n. 1766, al fine di agevolare una più ampia autonomia decisionale degli Enti sub-statali, *lato sensu* intesi; e, in ultima analisi, di ampliare i casi di «cessazione» e «trasformazione» degli usi civici, e/o di semplificare le relative procedure⁹.

⁴ La materia propone dubbi già riguardo la nozione di «uso civico»: l'espressione è, infatti, incapace di descrivere la «multiforme ricchezza di un'infinità di usi locali differenziatissimi»: il virgolettato è di P. GROSSI, *Usi civici: una storia vivente*, in *Annali di studi sulla proprietà collettiva*, Milano, 2008, 20.

⁵ La connessione tra usi civici ed ambiente ha trovato la sua prima sanzione normativa con il d.l. 27 giugno 1985, n. 312 (*Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale*), il quale ha sottoposto a vincolo paesaggistico «le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici» (v. già F. RIZZO, *Usi civici e ambiente*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1993, 75 ss.); e poi, in via definitiva, con l'art. 142 del d.lgs. n. 42/2004: ampi richiami all'evoluzione normativa si rinvencono in Corte cost., 18 luglio 2014, n. 210, in *Giur. cost.*, 4/2014, 3366, con nota di L. PRINCIPATO, *Gli usi civici non esistono*.

⁶ Cfr. V. DONATO, *Gli usi civici. Tradizione, eterogenesi dei fini e disciplina applicabile*, in V. DONATO, G. ROMANO (a cura di), *Contributi allo studio delle proprietà collettive*, Napoli, 2014, 7 ss.

⁷ Sul tema v., anche per i necessari riferimenti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, *passim* ma spec. 538 ss.

⁸ Sia consentito il rinvio a M. MAZZUCA, «Beneficio per la collettività», *funzione degli usi civici e mutamento di destinazione*, nota a Corte cost., 11 maggio 2017, n. 103, in *Il diritto dell'agricoltura*, 2017, 2-3, 443 ss.

⁹ Le ripetute iniziative delle Regioni trovano una ferma censura in Corte cost., 24 aprile 2020, n. 71, in *Foro it.*, 6/2020, I, 1833 ed in *Riv. giur. edil.*, 3/2020, 417.

Il rinnovato fondamento dei diritti di uso civico e la portata generale degli interessi perseguiti hanno ridisegnato, tuttavia, la competenza legislativa in materia di usi civici, la quale è oggi tributata in via (se non esclusiva, quantomeno) prevalente allo Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s), cost., sì da proporre dubbi in ordine alla legittimità delle iniziative regionali sotto il profilo del rispetto del riparto delle competenze legislative.

In tal guisa, il conflitto è più volte approdato al vaglio della Consulta, la quale anche recentemente¹⁰ ha sanzionato l'illegittimità di norme regionali (e in particolare, nuovamente¹¹, di quelle calabresi¹²) per violazione (non soltanto, ma soprattutto) dell'art. 117 cost.

Ma di là dalle questioni relative al riparto di competenze, i ripetuti arresti giurisprudenziali e la costante enfattizzazione del «nuovo» assetto teleologico sotteso ai diritti di uso civico, rimarcano l'interesse speculativo in ordine a molteplici profili problematici della disciplina di singoli istituti, i quali – diversamente da quelli, appunto, del riparto di competenze – non sembrano ancora avere rinvenuto una sistemazione definitiva.

2. *Legislazione vincolistica e bilanciamento degli interessi.*

Per meglio precisare i contorni di queste brevi riflessioni è opportuno rammentare, innanzitutto, che la salvaguardia degli usi civici è affidata ad un rigoroso regime di indisponibilità dei beni e imprescrittibilità dei diritti collettivi, il quale può trovare ragioni di temperamento soltanto in presenza di circostanze eccezionali¹³ e nel rispetto delle specifiche procedure previste da alcuni istituti peculiari della materia.

Più in particolare, e senza pretesa di completezza, la destinazione originaria delle terre di uso civico può essere modificata – ai sensi degli artt. 12, comma 2, l. n. 1766/1927 e 41 r.d. n. 332/1928 – soltanto qualora dal mutamento derivi un «reale beneficio per la generalità degli abitanti»; od

¹⁰ V. la sentenza citata alla nota che precede.

¹¹ La legislazione calabrese ha già sopportato una sanzione di illegittimità, con riferimento alla disciplina del mutamento di destinazione, da parte di Corte cost., 27 luglio 2006, n. 310, in *Giur. it.*, 5/2007, 1096.

¹² Segnatamente, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 53, l. reg. 29 dicembre 2010, n. 34.

¹³ Nel senso della eccezionalità v. già Cass., 30 marzo 1951, n. 698, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXXI, I (1952), 10.

ancora, la legittimazione dell'occupazione abusiva del demanio civico è praticabile – ai sensi dell'art. 9, l. n. 1766/1927 – unicamente là dove l'occupatore abusivo abbia apportato al fondo migliorie significative.

Il rinvio delle norme alle concrete circostanze espresse dalle singole fattispecie, e l'esigenza conseguente di limitare interpretazioni capaci di convalidare forme di abuso¹⁴, ha suggerito, tradizionalmente, approcci di segno restrittivo, volti a circoscrivere l'ambito operativo di questi (come di altri¹⁵) istituti.

L'esaltazione del profilo teleologico sotteso alla disciplina degli usi civici e, dunque, dell'interesse collettivo ad uno sfruttamento (anche) economico delle terre civiche, ha, infatti, suggerito di ancorare il significato di «beneficio reale» e/o di miglioria alla prefigurazione di interventi, per un verso, di tipo esclusivamente agricolo, sì da precludere *in nuce* la praticabilità del mutamento di destinazione¹⁶ e/o della legittimazione¹⁷ dinanzi ad utilizzi non agricoli delle terre; ma, al contempo, comunque vocati ad un impiego «produttivo» delle terre, al fine di salvaguardare gli interessi originariamente tutelati dalla legislazione vincolistica.

Le consolidate interpretazioni del diritto positivo si devono oggi confrontare, tuttavia, con la sopracitata evoluzione assiologica della materia, la quale ha decisamente retrocesso gli interessi (*lato sensu*) economici connessi con lo sfruttamento delle terre civiche, in favore di quelli espressi dalla salvaguardia dell'integrità paesaggistico-ambientale. Sì che, il mutamento di rotta del legislatore è certamente capace di incidere sulla ricostruzione della disciplina dei singoli istituti¹⁸, i quali sono verosimilmente

¹⁴ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Verso una nuova legge nazionale sugli «usi civici»: i problemi aperti*, in *Gli usi civici. Realtà attuale e prospettive*, Atti del Convegno di Roma del 1 e 2 giugno 1989, a cura di O. FANELLI, Milano, 1991, 57.

¹⁵ Valgano per il tutti il rigido regime di inespropriabilità assoluta al quale si reputano sottoposti i beni gravati da usi civici: v. Cass., 28 settembre 2011, n. 19792, in *Dir giur. agr. amb.*, 11/2012, 702.

¹⁶ Su questo tema sia consentito il rinvio a M. MAZZUCA, *Il mutamento di destinazione delle terre soggette ad usi civici*, in V. DONATO, G. ROMANO (a cura di), *Contributi allo studio delle proprietà collettive*, Napoli, 2014, 27 ss.

¹⁷ Anche per tale questione si consenta il rinvio a M. MAZZUCA, *La legittimazione dell'occupazione abusiva del demanio civico*, in V. DONATO, G. ROMANO (a cura di), *Contributi allo studio delle proprietà collettive*, Napoli, 2014, 43 ss.

¹⁸ Per tutti valga l'esempio del riconoscimento della legittimazione ad agire in capo agli enti ambientali: in argomento v. G. ROMANO, *La nullità degli atti dispositivi dei beni gravati da usi civici*, V. DONATO, G. ROMANO (a cura di), *Contributi allo studio delle proprietà collettive*, Napoli, 2014, 89 ss.; più in generale, in merito alla legittimazione degli enti esponenziali, è obbligato il rinvio a Cass., Sez. un., 1 aprile 1999, n. 211, in *Riv. giur. ambiente*, 1999,

destinati a rinvenire contenuti e limiti diversi da quelli dettati dal precedente piano assiologico e teleologico della materia.

Proprio in tale ultima direzione è possibile, forse, indirizzare qualche notazione di segno dubitativo rispetto ad alcuni perduranti approcci esegetici¹⁹, i quali sembrano per vero perpetuare gli esiti di risalenti interpretazioni, forse oggi non del tutto coerenti con le citate evoluzioni della materia.

3. *Segue. Conflitto di interessi ed evoluzione assiologica.*

La contrapposizione tra gli interessi proprietari, privati e pubblici, e quelli (necessariamente) collettivi sottesi ai diritti di uso civico esprimeva, nella più risalente configurazione degli usi civici, un conflitto tra ragioni di matrice, tutte, prevalentemente economica. Di conseguenza, le più ricorrenti interpretazioni della materia hanno storicamente tracciato canoni ricostruttivi capaci di garantire un equilibrio «economicamente» coerente tra gli interessi in gioco, secondo conclusioni ancora oggi, apparentemente, praticabili.

A mero titolo di esempio, dinanzi al conflitto tra l'occupatore (originariamente) abusivo del fondo civico, interessato ad ottenere un diritto allodiale pieno ed esclusivo, e gli interessi collettivi sottesi alla conservazione dell'uso civico, l'estinzione di quest'ultimo è tuttora ritenuta ammissibile in virtù del vantaggio economico conseguito dalla collettività²⁰, a fronte del pagamento delle indennità dovute dal privato a titolo di affrancazione o di conciliazione.

Od ancora, l'occupazione *sine titulo* del fondo civico (di proprietà pubblica) è sanzionata con il risarcimento del danno, ex art. 2043 c.c., liquidato in una somma rapportata al mancato conseguimento di quanto l'Ente proprietario avrebbe potuto lucrare da un ipotetico, legittimo concessionario²¹.

885, con nota di P. PROVENZALI, *Un intervento chiarificatore delle sezioni unite della cassazione in tema di giurisdizione e legittimazione ad adire il commissario agli usi civici*.

¹⁹ Persuasiva è la considerazione a tenor della quale le interpretazioni troppo restrittive delle norme vigenti possono ostacolare processi pianificativi delicati e complessi, persino da parte di piccole comunità: v. in questo senso F. MARINELLI, *Usi civici e poteri delle regioni (atto terzo)*, in *Giust. civ.*, 2/1998, 329.

²⁰ Si legge, quale *obiter dictum*, nelle motivazioni di Corte cost., 24 aprile 2020, n. 71, cit.

²¹ Trib. Latina, 15 gennaio 2020, n. 89, in *www.dejure.it*

Senza voler negare l'attitudine di tali indirizzi a comporre spesso adeguatamente gli interessi delle singole fattispecie, non è forse azzardato, tuttavia, rimarcare l'eterogenea conflittualità espressa dalle reali vicende dei rapporti, le quali sembrano per vero ostacolare la praticabilità di (questi, come di altri) criteri interpretativi validi una volta per tutte, soprattutto dinanzi al rilievo assunto dalla tutela paesistico-ambientale.

Se questo vale sotto il profilo dell'ampiezza della discrezionalità delle Amministrazioni e della complessità del relativo esercizio – le quali sono destinate a variare in virtù della differente entità territoriale dei beni oggetto di controversia e del conseguente diverso rilievo di questi sotto il profilo paesaggistico²² – parimenti non sembra refutabile che le condotte e le istanze dei privati relative ai beni di uso civico non possano e non debbano soggiacere a conseguenze slegate da una valutazione rispettosa del nuovo profilo teleologico espresso dagli *iura civitatis*.

In altri termini – ed ancora una volta a titolo esemplificativo –, al fine di affermare un obbligo risarcitorio a carico del privato e, forse soprattutto, di liquidarne la relativa misura, non sembra oggi sufficiente appurare soltanto l'avvenuta occupazione del demanio civico, quanto anche, più significativamente, la concreta lesione degli interessi ambientali espressi dallo *ius civitatis*, la quale non sembra potersi automaticamente ed inevitabilmente inferire dalla consumazione di una condotta occupativa, sia pure illegittima, da parte di un privato.

Una siffatta conclusione trova convalida l'intervenuto mutamento della natura stessa della tutela apprestata dalla legislazione vincolistica, nell'ambito della quale la finalità meramente conservativa dei beni e dei diritti di uso civico ha ceduto il passo, per come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, rispetto alle esigenze di valorizzazione delle terre civiche, attuabile anche – e forse soprattutto – mediante il recupero delle terre degradate²³.

In tal guisa, senza giungere ad affermare che l'attuale piano assiologico degli usi civici rinvenga nel godimento collettivo (non più un fine, quanto piuttosto) soltanto uno dei possibili strumenti di realizzazione degli interessi ambientali ad essi sottesi, è ragionevole convenire che la destinazione paesistico-ambientale possa essere salvaguardata anche mediante impieghi delle terre civiche che la originaria configurazione degli usi civici avrebbe indotto a ritenere, viceversa, illegittime.

²² Corte cost., 24 aprile 2020, n. 71, cit.

²³ V., ancora, Corte cost., 24 aprile 2020, n. 71, cit.

4. *Qualche notazione conclusiva.*

Scevre dall'ambizione di offrire rilievi di portata conclusiva, le precedenti notazioni vogliono soltanto rimarcare – ancora una volta, e secondo indirizzi già promossi dagli studiosi della materia²⁴ – l'esigenza, forse non sempre sufficientemente avvertita nei diversi contesti operativi, di promuovere una (ri)lettura più avveduta della legislazione degli usi civici.

In particolare, l'adesione ad un indirizzo ermeneutico maggiormente consapevole delle conseguenze indotte dal mutato quadro assiologico della materia, potrebbe ispirare, per un verso, una maggiore sensibilità dell'azione amministrativa, sì da procedere alla verifica delle condizioni necessarie ad ammettere il mutamento di destinazione e/o la concessione della legittimazione, in virtù di parametri (di certo) diversi e (forse) più elastici da quelli sin qui praticati.

Ciò consentirebbe, forse, di asseverare o, al contrario, disattendere le istanze dei richiedenti secondo logiche non più legate alla salvaguardia di interessi – sì collettivi e di matrice agricole, ma comunque – essenzialmente economici, quanto piuttosto orientate ad una gestione accorta sotto il profilo della salvaguardia dell'ambiente²⁵.

Ed ancora, disdettato il «precedente» approccio ricostruttivo, i comportamenti dei privati potrebbero risultare diversamente valutabili anche nell'ambito del contenzioso giudiziario, là dove, come sopra tratteggiato, il differente coacervo di interessi indotto dalle evoluzioni della materia, potrebbe escludere la sanzione di illiceità dinanzi a comportamenti i quali, pur preclusivi del godimento collettivo, fossero comunque inetti a configurare l'esistenza di danni risarcibili, in virtù della inesistenza di un reale ed effettivo pregiudizio di natura ambientale.

²⁴ Sia consentito il rinvio a M. MAZZUCA, «Beneficio per la collettività», *funzione degli usi civici e mutamento di destinazione*, cit., 450 s.

²⁵ È particolarmente utile la lettura di F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, 2a ed., Milano, 2013, spec. 110 ss e 127 ss.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421- 0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

SIMONE RIZZUTO

La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria fra criticità e nuove prospettive di tutela

ABSTRACT - This work aims to make a critical examination of the criminal liability's discipline of the medical profession's practitioner. In particular, the dimension of the analysis focuses on the succession's phenomenon of criminal laws over time: in fact, it passes from the normative prescriptions embedded in the *Balduzzi* law (n. 189/2012) to those dictated by the *Gelli-Bianco* law (n. 24/2017). Alongside the analysis of the aforementioned legislation, a reference is made to the main jurisprudential orientations, characterizing the aforesaid matter, with particular regard to the nature and significance, in the criminal liability's judgment of the healthcare professional, of the guidelines and good clinical-care practices. Finally, the cause of non-punishment contemplated by art. 590-sexies of the criminal Code, with the related critical issues and doubts of constitutional legitimacy.

KEYWORDS - medical profession's practitioner, *Balduzzi* law, *Gelli-Bianco* law, Article 590-sexies c. p., guidelines, Court of Cassation.

SIMONE RIZZUTO*

***La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria fra
criticità e nuove prospettive di tutela*****

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La responsabilità penale colposa del sanitario ai sensi dell'art. 3 della legge Balduzzi (n. 189/2012). - 3. L'introduzione, ad opera della legge Gelli-Bianco, della causa di non punibilità di cui all'art. 590-sexies c.p. e la (rinnovata) valenza delle guidelines. - 4. I principi enunciati nella sentenza "Mariotti". - 5. Considerazioni conclusive, con particolare riguardo ai dubbi di legittimità costituzionale inerenti l'art. 590-sexies c.p.

1. *Introduzione*

Il settore della responsabilità professionale del medico continua ad alimentare spunti di riflessione, sempre ispirati dal tentativo di mitigare la conflittualità del rapporto medico-paziente. Un rapporto, quest'ultimo, complesso e contrassegnato da due antinomiche esigenze: da un lato, la salvaguardia della posizione facente capo all'esercente la professione sanitaria e, dall'altro, la tutela della salute del curato¹.

La Corte costituzionale² e la suprema Corte di cassazione³, infatti, hanno sottolineato, a più battute, come lo statuto giuridico caratterizzante il settore della responsabilità medica debba operare un complesso contemperamento fra due contrapposti interessi: quello legato alla protezione della salute del paziente⁴, con un biasimo penale dei contegni improvvidi, attivi od omissivi, perpetrati dal sanitario e quello, opposto, della difesa di quest'ultimo, soprattutto allorquando l'insuccesso della

*Cultore della materia in Diritto penale e Dottorando di Ricerca in "Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo", Università degli studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Per un approfondimento sul rapporto intercorrente fra medico e paziente, con particolare riguardo alla posizione di debolezza di quest'ultimo: F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/1979, 16 ss.

² C. cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Foro it.*, 1/1974, 19 ss.

³ Cfr., *ex multis*: Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

⁴ La *salute*, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 32 cost., può essere definita quale benessere psico-fisico e sociale dell'individuo. In particolare, l'art. 32, comma I, della Costituzione repubblicana recita che «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti».

prestazione professionale sia destituito di qualsivoglia significato e rilevanza penale.

Il legislatore, dal canto suo, ha tentato, nel corso del tempo e non senza difficoltà, di predisporre un compendio normativo capace di bilanciare le esigenze dei contrapposti centri d'interesse e, conseguentemente, di contenere l'insorgenza di contenziosi *inter partes*.

Nel giro di pochi anni, nella materia *de qua*, sono stati varati due importanti provvedimenti legislativi: la legge *Balduzzi*⁵ e la legge *Gelli-Bianco*⁶, orientate dalla medesima *ratio*.

In ambedue gli interventi legislativi, a ben vedere, viene perseguito il tentativo di contenere la spesa sanitaria, attraverso il ridimensionamento del fenomeno della cd. *medicina difensiva*⁷, ossia di quei comportamenti professionali attraverso i quali il sanitario tende a salvaguardare non già la salute del curato, bensì la propria sfera giuridico-patrimoniale. In particolare, sussiste un comportamento riconducibile al concetto di medicina difensiva allorquando il medico prescrive un determinato trattamento al precipuo fine di scongiurare la possibile configurazione, a suo detrimento, di profili di responsabilità professionale, di carattere civile o penale. Rispetto a tale fenomeno, possono distinguersi la *medicina difensiva positiva* e la *medicina difensiva negativa*: la prima si traduce in un comportamento precauzionale di tipo attivo, mentre la seconda viene rilievo quale contegno inerziale del medico, il quale si esime dall'erogare la propria prestazione professionale⁸. In entrambe le ipotesi, invero, può

⁵ Trattasi della legge n. 189, dell'08 novembre 2012, di conversione del decreto legge n. 158, del 13 settembre 2012.

⁶ Il richiamo è alla legge n. 24, dell'08 marzo 2017.

⁷ Cfr., in argomento, fra gli altri, R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5/2011, 1107 ss.; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5/2011, 1085 ss.; G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, Edizioni ETS, Pisa, 2010; C. GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 22 ss.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa University Press, Pisa, 2014; P. MARIOTTI - A. SERPETTI, A. FERRARIO, R. ZOJA, U. GENOVESE (a cura di), *La medicina difensiva. Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2011; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012; G. ROTOLO, "Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: alcuni cenni a proposito di un rapporto controverso, in *Dir. pen. proc.*, 10/2012, 1259 ss.; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali e medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2013, 1 ss.

⁸ La letteratura medico-scientifica statunitense tratteggia il *discrimen* fra la medicina difensiva *positiva* e *negativa*: «La medicina difensiva si verifica quando i medici ordinano

riscontrarsi un contegno del sanitario manifestamente inappropriato rispetto alle circostanze del caso clinico e alle esigenze del paziente, il quale viene sottoposto a procedure, diagnostiche e/o terapeutiche, inadeguate.

Con precipuo riguardo al settore della responsabilità penale⁹, invece, l'intento legislativo sembra essere contrassegnato dal tentativo di restringere il perimetro del penalmente rilevante, attraverso un tendenziale processo di depenalizzazione dell'errore medico¹⁰.

2. *La responsabilità penale colposa del sanitario ai sensi dell'art. 3 della legge Balduzzi (n. 189/2012)*

Occorre, allora, provare a delimitare le linee portanti dei citati interventi legislativi, a partire dal regime giuridico della responsabilità medica contemplato dalla riforma *Balduzzi*¹¹.

In questa ipotesi, il legislatore, consapevole dei profili di criticità sottesi alla relazione professionale sussistente fra medico e paziente, ha

test, procedure e visite, oppure evitano pazienti o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non necessariamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*. Quando i medici prescrivono *extra* test o procedure per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*, essi praticano una medicina difensiva positiva. Quando essi evitano certi pazienti o procedure, essi praticano una medicina difensiva negativa». (OTA, *Office of Technology assessment*, USA Congress).

⁹ Per una recente sintesi delle riforme intervenute in materia di responsabilità penale del medico: B. ROMANO, *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, Pacini, Pisa, 2019, 1 ss.

¹⁰ Per approfondimenti, sul punto *de quo*: G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico. Tra riforme "incompiute", aperture giurisprudenziali e nuovi orizzonti per la colpa grave*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 4/2019, 1 ss.

¹¹ Sulla riforma normativa, fra gli altri: G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, in *Arch. pen. (web)*, 1/2013, 1 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 1/2014, 3 ss.; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, 819 ss.; S. GROSSO, *I profili di interesse penalistico del "decreto Balduzzi" (d. l. 158/2012, conv. in l. 189/2012): Un'indagine sui delicati rapporti tra linee guida e colpa grave*, in *La legisl. pen.*, 2013, 543 ss.; G. IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la cd. legge Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2013, 549 ss.; A. MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1/2013, 91 ss.; P.F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 4/2013, 86 ss.

operato una importante modificazione della disciplina inerente alla responsabilità penale del sanitario, con l'introduzione di significative novità.

In particolare, il primo comma dell'art. 3 della legge, rubricato «Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie», statuisce che «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve»¹².

La *littera legis* opera una precisa scelta di politica criminale, prescrivendo l'irrilevanza penale delle condotte poste in essere con colpa lieve, allorché il sanitario, nella erogazione della propria prestazione professionale, sia rispettoso di linee guida e buone pratiche mediche¹³.

Parte della dottrina, a ben vedere, ha intravisto nell'art. 3 una sorta di contraddizione logica: il medico, difatti, verserebbe *in culpa sine culpa* laddove viene ipotizzato, a suo carico, un rimprovero colposo associato, però, al rispetto di linee guida e buone prassi¹⁴.

Un orientamento giurisprudenziale, dal canto suo, ha individuato due possibili ipotesi applicative dell'art. 3, connotate dalla colpa del sanitario accompagnata, tuttavia, dal rispetto delle linee guida da parte di

¹² Per approfondimenti su tale disposizione normativa: A. FIORI, D. MARCHETTI, *L'articolo 3 della legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, 563 ss.; A. VALLINI, *L'art. 3 del "decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, 735 ss.

¹³ Sul ruolo assunto, in ambito penale, da linee guida e buone pratiche mediche: C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal Decreto Balduzzi*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 1/2013, 51 ss.; G. M. CALETTI, I. CAVICCHI, C. SCORRETTI, L. VENTRE P. ZIVIS, *Responsabilità e linee guida. Riflessioni sull'uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, EPG Edizioni, Udine, 2017; M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 875 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli, Torino, 2012; L. NOCCO, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" nella "legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, 781 ss.; G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art. 3 legge n. 189 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2013, 902 ss.; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2013, 191 ss.; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2013, 250 ss.

¹⁴ Sul punto, vds.: P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2012, 1 ss.

questi. Trattasi, segnatamente, dei casi nei quali il sanitario pone in essere un errore nell'adeguamento delle linee guida, previamente e correttamente individuate in relazione al singolo caso clinico e di quelli, diversi, nei quali il soggetto agente non sia pervaso dalla necessità di discostarsi dalle direttive generali, concretamente *inadeguate* alla cura del paziente¹⁵.

Al fine di ben delimitare i contorni della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, occorre, in tal modo, focalizzare l'attenzione sui diversi *gradi* di colpa facenti capo al sanitario¹⁶.

Con precipuo riguardo alla limitazione della rilevanza penale della condotta del sanitario ai soli casi connotati da *colpa lieve*, si sono sviluppati, in seno alla giurisprudenza di legittimità, due contrastanti orientamenti. Un primo filone, nello specifico, ha enucleato una limitazione della responsabilità penale del medico, in via esclusiva, ai rimproveri colposi contrassegnati da *imperizia*¹⁷, sul presupposto in forza del quale le linee guida esprimono, per definizione, soltanto regole di perizia professionale¹⁸. Ulteriore e diverso orientamento, sviluppatosi in tempi più recenti, ha operato, invece, una estensione del perimetro applicativo dell'esimente in esame anche ai casi di colpa contrassegnati da *negligenza* o *imprudenza* dell'agente¹⁹. Quest'ultima interpretazione, invero, appare maggiormente rispettosa del tenore letterale della disposizione normativa, la quale, non operando restrizione alcuna, può essere letta e interpretata in combinato disposto con la disciplina della *colpa generica* di cui all'art. 43 c. p.

Dalla disamina del citato art. 3 si ricava che, nel caso di conoscenza e di rispetto, da parte del sanitario, di linee guida e buone prassi, potrà configurarsi nei suoi riguardi una penale responsabilità soltanto nei casi di *colpa grave*, caratterizzati da grossolani e macroscopici errori e/o omissioni.

L'impostazione da ultimo richiamata si rinviene anche in un risalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, tendente a limitare l'alveo della rilevanza penale delle condotte mediche ad ipotesi residuali,

¹⁵ Il riferimento è alla sentenza "Cantore": Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237. Tale pronuncia è stata annotata, fra gli altri Autori, da: L. RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico*, cit., 691 ss.

¹⁶ Per un approfondimento circa i *gradi* e le *forme* di colpa, in materia di responsabilità penale del medico: F. SIRACUSANO, *Ancora sulla responsabilità colposa: analisi della giurisprudenza sulle forme e i gradi della colpa*, in *Cass. pen.*, 1997, 2904 ss.

¹⁷ Cfr., in dottrina: C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, 1179 ss.

¹⁸ Cass., Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493, in *DeJure*, 2020; Cass., sez. IV, 27 aprile 2015, 26996, in *C. E. D. Cass.*, n. 263826.

¹⁹ Cass., Sez. IV, 01 luglio 2015, n. 45527, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

connotate da un contegno professionale «assolutamente incompatibile con il minimo di cultura e di esperienza»²⁰. Secondo tale indirizzo, la responsabilità colposa del sanitario deve essere vagliata «con larghezza di vedute e comprensione», in ragione del «rischio» caratterizzante l'esercizio di tale attività professionale²¹. Essa, difatti, diviene particolarmente complessa e rischiosa allorquando, nel singolo caso clinico, possano essere intrapresi percorsi terapeutici alternativi, rispetto ai quali il medico dovrà scegliere quello che, concretamente, sia preferibile, in virtù dell'applicazione del «principio del confronto» fra le possibili soluzioni²².

Appare necessario rimarcare, altresì, come il contegno improvvido del professionista debba essere individuato e vagliato in relazione alle difficoltà tecnico-scientifiche del concreto trattamento da eseguire, secondo una valutazione rigidamente polarizzata sul singolo caso di specie: tanto più complesso sarà il caso clinico, sottoposto alla cognizione del terapeuta, quanto più difficile sarà configurare, in capo a questi, una responsabilità penale, di carattere colposo. Quest'ultima, dunque, deve essere indagata secondo criteri di accertamento "particolari": tale particolarità discende dal fatto che i citati criteri vengono adoperati, in maniera precipua, per la valutazione della colpa facente capo al medico²³.

Nei casi nei quali la condotta del sanitario sia connotata da colpa lieve, per espressa previsione normativa, «resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c. c.»²⁴.

Parte della giurisprudenza di merito, su questo specifico punto, ha sostenuto che il richiamo all'art. 2043 c. c. esprimesse il fatto che il sanitario, sebbene non sottoponibile a sanzione penale, rimanesse civilmente obbligato al risarcimento dei danni collegabili, sul piano causale, alla condotta posta in essere con colpa lieve²⁵.

Altro indirizzo ha ritenuto, diversamente, che il riferimento alla responsabilità di natura extracontrattuale dovesse interessare le sole ipotesi di esperimento dell'azione civile nel processo penale, mediante la costituzione di parte civile, mentre, in ambito civile, l'inadempimento o

²⁰ Cass., 06 marzo 1967, in *Mass. Cass. pen.*, 1968, 420 ss.

²¹ Per maggiori approfondimenti: R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Utet, Torino, 1967.

²² In questo senso: L. CONCAS, *Errore professionale e colpa del medico*, in *Arch. pen.*, 1/1957, 338 ss.

²³ Sul punto: F. SIRACUSANO, *Ancora sulla responsabilità colposa*, cit., 2905.

²⁴ Cfr. art. 3, comma I, secondo periodo, legge 189/2012.

²⁵ Tribunale di Arezzo, 14 febbraio 2013 e Tribunale di Cremona, 19 settembre 2013, in *LexCED*, 2020.

l'inesatto adempimento del medico dovesse rientrare nell'ambito previsionale dell'art. 1218 c.c.²⁶

Ulteriore e diverso orientamento, in linea con l'esegesi della Cassazione²⁷, ha ritenuto, ancora, che la responsabilità del medico, operante nell'ambito di una struttura sanitaria, dovesse essere considerata di natura contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., pure in assenza di contratto con il paziente, in base alla teoria del *contatto sociale qualificato* fra le parti²⁸. Indirizzo, quest'ultimo, applicabile anche alle ipotesi caratterizzate da *colpa lieve* del professionista²⁹.

Secondo una più recente e innovativa ricostruzione, anticipatrice e, anzi, ispiratrice dei successivi interventi legislativi, la locuzione normativa in esame avrebbe determinato il superamento della teoria legata al *contatto sociale qualificato*, con la conseguente configurazione, in capo al sanitario, di una responsabilità civile di matrice *aquiliana*, sussumibile nel disposto dell'art. 2043 c.c.

Il mutamento di paradigma, sul piano del diritto *positivo*, si è realizzato, compiutamente, a seguito dell'abrogazione dell'art. 3 della *Balduzzi*, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 7 della legge 08 marzo 2017, n. 24 (*Gelli-Bianco*): ivi, difatti, al comma III, si prescrive che l'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito in adempimento di una prodromica obbligazione contrattuale assunta col paziente.

3. *L'introduzione, ad opera della legge Gelli-Bianco, della causa di non punibilità di cui all'art. 590-sexies c.p. e la (rinnovata) valenza delle guidelines*

L'entrata in vigore della legge 08 marzo 2017, n. 24³⁰, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita,

²⁶ Tribunale di Rovereto, 29 dicembre 2013, in *LexCED*, 2020.

²⁷ Sul punto, *ex multis*: Cass., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030 e Cass., Sez. VI, 17 aprile 2014, n. 8940, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

²⁸ Tribunale di Milano, Sez. V, 18 novembre 2014, n. 13754, in *www.studiocataldi.it*.

²⁹ Vds.: Cass., Sez. VI, 17 aprile 2014, n. 8940, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

³⁰ Sulla riforma normativa, senza pretese di esaustività: G. ALPA, *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, Pacini, Pisa, 2017; G. M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge 'Gelli-Bianco' nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2/2017, 84 ss.; F. CENTONZE, M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2016, 1361

nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», ha, ulteriormente, intensificato il dibattito giuridico intorno al rapporto medico-paziente, nell'attuale assetto sistemico.

Le nuove prescrizioni sembrano perseguire la finalità - già, invero, agognata dal legislatore del 2012 - della tutela "trasversale" sia del professionista, bersagliato dalla proposizione di azioni giudiziarie di svariata natura, che del paziente, potenziale e incolpevole vittima di un errore medico.

Dall'analisi di tali disposizioni sembra, proprio, che il legislatore della riforma abbia, finalmente, preso coscienza di talune criticità sottese alla relazione intercorrente fra medico e paziente, superando, in questo modo, talune incongruenze della *Balduzzi*.

Si assiste, così, a un rimodellamento dello statuto giuridico-penale della responsabilità medica, con l'abrogazione del primo comma dell'art. 3 della legge 189/2012, in virtù dell'introduzione della causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p.³¹

ss.; C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2017; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, 1773 ss.; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4/2017, 200 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. e proc.*, 5/2017, 573 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica, e recenti riforme*, in *La legisl. pen.*, 2 maggio 2017; A. DE SANTIS, *La colpa medica alla luce della legge Gelli-Bianco*, in *Stud. iur.*, 7-8/2017, 790 ss.; A. DE LIA, *La "colpa medica": dal tramonto del modello "Balduzzi" all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su una riforma in stile pulp*, in *Arch. pen.*, 2/2017, 1 ss.; M. FORMICA, *La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice*, in *Dir. pen. cont.*, 11/2017, 57 ss.; G. L. GATTA, *Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G. U. la legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2017; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 (legge cd. Gelli-Bianco)*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. on line*, 6/2017, 53 ss.; M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2/2017, 84 ss.; P. F. POLI, *Il d. d. l. "Gelli-Bianco": verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, 67 ss.; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *La legisl. pen.*, 7 giugno 2017, 1 ss.; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. pen. (web)*, 2/2017, 1 ss.; B. ROMANO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2018, 1 ss.

³¹ Sulla introduzione della nuova causa di non punibilità: G. AMATO, *Professionisti "salvi" se l'evento dannoso è dovuto a imperizia*, in *Guida dir.*, n. 15/2017, 51 ss.; C. BRUSCO, *Cassazione e responsabilità personale del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, in

La disposizione da ultimo citata, introdotta dall'art. 6 della *Gelli-Bianco*, prescrive quanto segue: «Se i fatti di cui agli art. 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

La nuova disciplina, rispetto a quella previgente, presenta importanti innovazioni.

In primo luogo, dal raffronto sistematico fra l'art. 3 della *Balduzzi* e il primo comma dell'art. 590-*sexies* c.p., può cogliersi un diverso ambito di applicazione delle due fattispecie. La disposizione codicistica, difatti, per sua espressa previsione, può trovare applicazione con esclusivo riguardo ai reati previsti e puniti dagli artt. 589 (*omicidio colposo*) e 590 (*lesioni personali colpose*) c.p.³², mentre il primo comma del citato art. 3 avrebbe potuto trovare applicazione in ordine a qualsiasi tipologia d'illecito penale perpetrato nell'esercizio della professione medica.

Il secondo comma dell'art. 590-*sexies* c.p., dal canto suo, esclude la punibilità del sanitario nei casi nei quali l'evento derivi da imperizia e il medico abbia rispettato le raccomandazioni contenute nelle linee guida o nelle buone pratiche clinico-assistenziali, applicabili al caso clinico.

Il dato testuale sembra, però, presentare profili di contraddittorietà, atteso che il rispetto delle linee guida o, in assenza di queste, delle buone pratiche clinico-assistenziali, conformate alle particolarità del singolo caso

Dir. pen. cont., Riv. on line, 11/2017, 205 ss.; M. CAPUTO, *Le 'sabbie mobili' dell'imperizia e la viscosità dell'art. 590-sexies c.p. Considerazioni de lege lata e de lege ferenda*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2019, 443 ss.; G. CIVELLO, *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in *Dig. disc. pen.*, X, Milano, 2018, 700 ss.; C. CUPELLI, *L'anamorfose dell'art. 590-sexies c. p. L' "interpretazione costituzionalmente" conforme e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. e poc. pen.*, 2018, 1969 ss.; M. DI FLORIO, *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (ex art. 590 sexies c. p.), come introdotta dalla legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen. (web)*, 2/2017, 1 ss.; A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c. p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c. c.*, in *Arch. pen. (web)*, 3/2017, 1 ss.; A. PALMA, *Una lettura dell'art. 590-sexies c. p. «sulla responsabilità dell' esercente la professione sanitaria» alla luce dei principi di legalità e ragionevolezza*, in *Ind. pen.*, 3/2018, 627 ss.

³² Per approfondimenti giurisprudenziali su tale scelta legislativa: Cass. Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 39733; Cass., Sez. IV, 9 gennaio 2019, n. 8115, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

clinico, sembra essere incompatibile con il concetto stesso di imperizia medica³³, anche in ragione del fatto che le direttive comportamentali contenute nelle raccomandazioni enunciano, esclusivamente, regole di perizia. La contraddizione in esame, tuttavia, può essere superata se si polarizza l'attenzione sull'esatto inquadramento dogmatico delle linee guida, le quali individuano soltanto modelli generali di comportamento, flessibili e derogabili, sicché, in ragione di ciò, esse non possono considerarsi alla stessa stregua delle fonti cautelari di cui all'art. 43 c. p., *sub specie* di «leggi, regolamenti, ordini o discipline»³⁴.

Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali, dunque, sono ascrivibili al *genus* degli strumenti di *soft law*³⁵ e, quali elementi costitutivi della fattispecie, risultano essere assoggettate al vaglio giudiziale³⁶.

In tale quadro argomentativo, sembra opportuno distinguere, sul piano della vincolatività, le linee guida da *checklists* e protocolli, i quali prescrivono indirizzi comportamentali da eseguire in maniera pressoché tassativa³⁷. Le prime, a differenza dei secondi, non contemplano un'automatica e rigida successione di adempimenti, esprimendo, piuttosto, «istruzioni di massima e orientamenti»³⁸ che devono essere applicati senza automatismi, in funzione delle contingenze. D'altra parte, imprimere alle linee guida un carattere vincolante significherebbe frustrare il principio della libertà di cura del sanitario, enucleato dal combinato disposto degli artt. 9 e 33 della Carta costituzionale.

Con riferimento al possibile ambito di applicazione dell'art. 590-*sexies* c. p., occorre sottolineare come, nella prassi, lo spazio per l'operatività di tale causa di non punibilità possa sussistere, ad esempio, per i casi di *adempimento imperfetto* della prestazione sanitaria, ossia di errori legati all'adeguamento o all'esecuzione delle raccomandazioni previamente individuate, in maniera corretta e adeguata, per il singolo caso clinico trattato ovvero di *adempimento inopportuno*, correlato a errori nella selezione delle linee guida da applicare.

³³ Sui profili di criticità sottesi all'enunciato normativo di cui all'art. 590-*sexies* c. p.: P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo articolo 590 sexies c. p.*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 269 ss.

³⁴ Cfr., sul punto: Cass., Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

³⁵ Per approfondimenti: M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, BUP, Bologna, 2016, 309 ss.

³⁶ Cfr., sul punto: F. TRAPPELLA, *Responsabilità medica: linee guida, formule assolutorie e prerogative del danneggiato da errore medico*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 4/2019, 81 ss.

³⁷ Sul punto: G. M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico*, cit., 9.

³⁸ In questo senso: Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

Il fenomeno della successione temporale di leggi penali in materia di responsabilità medica sembra determinare, altresì, il superamento della tradizionale distinzione fra *colpa lieve* e *colpa grave*³⁹ del sanitario, contemplata dal primo comma dell'abrogato art. 3. Il grado di *culpa* del medico, a ben vedere, veniva preso in considerazione non soltanto ai fini della quantificazione della pena, ai sensi dell'art. 133 c. p., ma anche quale criterio di selezione dei comportamenti penalmente sanzionabili. In particolare, il grado di colpa del sanitario veniva parametrato al rispetto delle linee guida, operanti nel singolo caso di specie: la colpa veniva considerata *grave* soltanto in quei casi nei quali l'approccio terapeutico del sanitario, ingiustificatamente distante dalle prescrizioni scientifiche, non fosse adeguato alle patologie e alle concrete condizioni cliniche del paziente.

Nell'ambito di una simile cornice ricostruttiva, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di considerare le linee guida quali indirizzi di comportamento del tutto generali, modellabili a seconda del singolo caso clinico, con la conseguente configurabilità di una responsabilità penale colposa in capo al sanitario che avrebbe dovuto intraprendere scelte terapeutiche e percorsi trattamentali diversi rispetto alle indicazioni contenute nelle *guidelines*⁴⁰.

L'entrata in vigore dell'art. 590-*sexies* c. p. ha determinato, quale ulteriore corollario, il superamento delle problematiche interpretative sottese alla limitazione della responsabilità medica per i casi contraddistinti da *colpa lieve* del sanitario. Su tale aspetto, in particolare, si sono osservati orientamenti giurisprudenziali contrastanti, poiché un filone ha sostenuto che la limitazione in questione potesse avere effetto soltanto per le ipotesi di *imperizia*⁴¹, mentre altra impostazione ha esteso il suo ambito applicativo ai casi di *negligenza* o *imprudenza* dell'agente⁴².

Tale antinomia, a ben vedere, viene superata dal disposto dell'art. 590-*sexies* c. p., a tenore del quale la punibilità del sanitario è esclusa soltanto nei casi di addebito colposo discendente da «imperizia».

³⁹ La legge 24/2017, eliminando la distinzione fra i due gradi di colpa, lieve e grave, «spazza via dall'ordinamento quel già esiguo spazio di non punibilità creato dalla legge Balduzzi, che essendo quindi più favorevole sarà ancora applicabile ai casi pregressi ex art. 2 IV co. c. p.». Sul punto, vds.: P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur*. cit., 269 ss.

⁴⁰ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237; Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

⁴¹ Cass., Sez. IV, 27 aprile 2015, n. 26996, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

⁴² Cass., Sez. IV, 01 luglio 2015, n. 45527, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

L'espressa limitazione del perimetro applicativo della causa di non punibilità al solo contegno imperito del soggetto agente, invero, sembra essere avvalorata dalla tesi secondo la quale l'imperizia, lungi dall'assumere una piena autonomia concettuale nell'alveo dell'illecito penale colposo, può essere considerata quale specificazione tecnico-professionale dei concetti di negligenza e imprudenza⁴³. Ed infatti, nell'ambito della colpa generica, occorre sottolineare come l'imperizia sia considerata quale ipotesi di «imprudenza qualificata»⁴⁴ o di «difetto di diligenza»⁴⁵ inerente a un determinato settore professionale, connotata dalla «violazione di "regole tecniche" della scienza e della pratica (*leges artis*)»⁴⁶, da parte del soggetto agente che ponga in essere atti o attività senza rispettare le citate regole, a causa di ignoranza o inettitudine. L'imprudenza, dal canto suo, si apprezza nelle diverse ipotesi nelle quali l'agente pone in essere la propria condotta con avventatezza e senza ponderazione, mentre la negligenza si sostanzia in un atteggiamento psichico di mancata attenzione nel compimento di una determinata attività⁴⁷. La richiamata tripartizione, considerata da parte della dottrina di scarsa rilevanza pratica⁴⁸, sembra assumere, oggi, una rinnovata importanza nel settore della responsabilità medica, stante la possibile applicazione dell'art. 590-*sexies* c. p. ai soli casi d'imperizia professionale, di difficile delimitazione concettuale⁴⁹.

⁴³ Sul punto: M. L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 4/2019, 65 ss.

⁴⁴ In tal senso: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2014, 572; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Utet, Assago, 2016, 280.

⁴⁵ Sul punto, fra gli altri: M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, Art. 1-84*, Giuffrè, Milano, 2004, 461 ss.

⁴⁶ Cfr.: A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Priulla, Palermo, 1955, 84.

⁴⁷ Per approfondimenti monografici sulla colpa penale e sulla distinzione fra i concetti di negligenza, imprudenza e imperizia: G. MARINUCCI, *La colpa*, Giuffrè, Milano, 2013; G. PAVICH, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2013.

⁴⁸ Diversi Autori hanno posto l'accento sulla necessità di vagliare, nel giudizio inerente alla colpa penale, la violazione della regola cautelare a prescindere dalla sua qualificazione. Fra gli altri: F. MANTOVANI, *Colpa (voce)*, *Dig. disc. pen.*, 1988, 308 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965, 216 ss.

⁴⁹ Per una recente disamina dei criteri discretivi sussistenti fra negligenza, imprudenza e imperizia, nell'ambito dell'illecito penale colposo perpetrato dal medico: R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 5/2017, 1481 ss.; V. NIZZA, *La nuova colpa penale del medico. Analisi delle principali linee guida per la valutazione della responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2019, 120 ss.

Dal tenore del precetto normativo di cui all'art. 590-*sexies* c. p. emerge, inoltre, come il legislatore si sia preoccupato di selezionare la rilevanza di linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali, prevedendo un sistema di accreditamento formale degli indirizzi generali invocabili a difesa dell'esercente la professione sanitaria. L'art. 5 della *Gelli-Bianco* prescrive, difatti, che le raccomandazioni siano previste da linee guida elaborate da «enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute». In assenza delle raccomandazioni, la disposizione prevede che «gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali» (art. 5, comma I). Le linee guida e i relativi aggiornamenti vengono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), regolamentato con provvedimento decretale del Ministro della salute (art. 5, comma III).

La legge *Balduzzi*, diversamente dalla riforma del 2017, non contemplando sistema alcuno di accreditamento delle linee guida, demandava al giudice ed, eventualmente, al suo perito il difficile compito di vagliarne la rilevanza in seno alla comunità scientifica⁵⁰.

De iure condendo, in attesa che le novità normative siano ulteriormente validate dalla prassi applicativa, si auspica un sempre maggiore potenziamento dell'attività di individuazione, codificazione, accreditamento formale e pubblicazione delle linee guida⁵¹, nonché di raccolta, armonizzazione e conoscibilità delle buone prassi clinico-assistenziali, le quali sembrano poter ricomprendere, in via residuale, non soltanto le linee guida non formalmente accreditate o quelle estere, ma anche *checklist* e protocolli.

4. I principi enunciati nella sentenza "Mariotti"

Le novità introdotte dalla legge *Gelli-Bianco* hanno stimolato interessanti riflessioni in seno alla giurisprudenza di legittimità.

⁵⁰ Per una recente analisi della natura e delle finalità delle linee guida nel settore penale, anche alla luce della successione nel tempo di leggi penali: A.R. DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema delle linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli-Bianco"*, in *La legisl. pen.*, 17 gennaio 2018.

⁵¹ Le linee guida formalmente accreditate, difatti, sono soltanto sette e, sino al mese di febbraio del 2020, risultavano essere appena tre.

All'interno della quarta Sezione penale della Corte di cassazione, infatti, è insorta una divergenza interpretativa⁵² inerente all'individuazione dell'ambito applicativo dell'art. 590-*sexies* c. p. e la risoluzione delle problematiche di diritto intertemporale nascenti a seguito della introduzione della medesima disposizione.

L'antinomia, in particolare, è scaturita a seguito dell'emanazione di due sentenze e ha indotto il Presidente della citata Sezione a sollecitare l'intervento delle Sezioni unite al fine di individuare, in ragione della successione nel tempo di leggi penali, la disciplina maggiormente favorevole per il reo. Un primo orientamento⁵³, specificamente, ha ritenuto che la legge *Gelli-Bianco* dovesse essere considerata maggiormente favorevole per il reo rispetto alla *Balduzzi*, in ragione della tipizzazione della causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c. p., introdotta per i casi contrassegnati da imperizia professionale del sanitario, a prescindere dal grado di colpa di questi. Altro arresto⁵⁴, viceversa, ha reputato più favorevole la disciplina contemplata dall'art. 3 della legge 189/2012, stante l'irrelevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve del medico, per i casi regolamentati da linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali.

Le Sezioni unite, dunque, con la sentenza n. 8770, del 22 febbraio 2018⁵⁵, hanno tentato di dirimere il citato contrasto esegetico, con

⁵² Sulla portata di tale «significativo contrasto», evidenziato dal Presidente della citata Sezione: C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 11/2017, 244 ss.; A. MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in *Giur. pen. web*, 2017, 12 ss.

⁵³ Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187 (Tarabori), in *Dir. pen. cont.*, 6/2017, 280 ss. In argomento, inoltre, cfr.: G.M. CALETTI e M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1369 ss.; C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*, in *Cass. pen.*, 2017, 3152 ss.

⁵⁴ Cass., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078 (Cavazza), in *Dir. pen. cont.*, 11/2017, 250 ss.

⁵⁵ Per approfondimenti sulla sentenza "Mariotti": R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, 233 ss.; R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S. U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018; C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2018, 646 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* c. p. nelle motivazioni delle Sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Cass. pen.*, 2018, 1470 ss.; O. DI GIOVINE, *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "Colpa medica e sicurezza delle cure (Giappichelli, 2017)"*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2018, 837 ss.; E. LUPO,

l'individuazione delle ipotesi nelle quali può enuclearsi una responsabilità penale colposa del sanitario per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio dell'attività medica.

La pronuncia, anzitutto, ha chiarito come l'art. 590-*sexies* c. p. non possa applicarsi alla casistica caratterizzata da comportamenti *negligenti* o *imprudenti* del sanitario, così come emerge dal secondo comma della stessa disposizione, ove viene operato espresso ed esclusivo riferimento ai casi nei quali «l'evento si sia verificato a causa di imperizia».

Sempre secondo il supremo Consesso di legittimità, il sanitario potrà rispondere dell'evento a titolo di colpa, sia grave che lieve, *sub specie* d'imperizia, nei casi di «errore rimproverabile nell'esecuzione dell'atto medico», ove non sussistano, per quello specifico caso clinico, raccomandazioni contenute nelle linee guida o nelle buone pratiche clinico-assistenziali. Potrà enuclearsi, altresì, un rimprovero colposo del sanitario, quale che sia il grado di colpa di questi, per le ipotesi d'imperizia connotate da «errore rimproverabile nella individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche», inadeguate alle peculiarità del caso clinico, fermo restando il diverso obbligo di disapplicazione delle medesime raccomandazioni quando ciò sia richiesto dalle peculiarità del singolo caso di specie. Allorché, invece, l'errore esecutivo sia accompagnato dalla corretta individuazione e applicazione di linee guida o buone prassi, sulla scorta «del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico», il sanitario sarà penalmente responsabile nei soli casi d'imperizia professionale connotati da *colpa grave*, poiché si deve tener conto del fatto che le raccomandazioni sono state individuate e congruamente applicate al caso clinico sottoposto a cognizione e valutazione medica.

La Corte di legittimità ha sottolineato, in questo modo, in continuità con altre precedenti pronunce⁵⁶, la circostanza secondo la quale la *gravitas*

Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente, in *Dir. e sal.*, 2/2018, 1 ss.; P. PIRAS, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis*, in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2017; L. RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia lieve del medico*, in *Giur. it.*, 2018, 948 ss.; A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, in *Arch. pen.*, 2/2018, 423 ss. Per un approfondimento sulla giurisprudenza di legittimità successiva alla pronuncia resa dalle Sezioni unite: P. PIRAS, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 gennaio 2019, 1 ss.

⁵⁶ Il riferimento è alla già richiamata sentenza "Cantore": Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237.

della colpa medica debba essere valutata in concreto, sulla scorta dei profili di problematicità del singolo caso clinico, del livello di specializzazione del terapeuta e del contesto nell'ambito del quale viene erogata la prestazione professionale.

Il riferimento al «grado di rischio da gestire» e alle «specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico» sembra potersi correlare alla possibile applicazione, anche in sede penale, dell'art. 2236 c. c., in forza del quale, per «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà», la responsabilità del prestatore d'opera è limitata ai casi di *dolo* o *colpa grave*⁵⁷. Con riguardo all'operatività, in ambito penale, della citata regola civilistica, si è evidenziato come essa possa trovare applicazione ove si richieda al soggetto agente «una abilità, una intelligenza o una cultura superiore a quella ordinaria del buon professionista»⁵⁸, al fine di risolvere problematiche tecniche particolarmente complesse.

L'art. 590-*sexies*, dunque, alla luce dei principi sinora enunciati, viene in rilievo quale causa di non punibilità in senso stretto⁵⁹, di carattere oggettivo, collocata al di fuori dell'area di operatività della colpevolezza⁶⁰ e finalisticamente orientata verso la depenalizzazione degli errori esecutivi di lieve entità posti in essere dal sanitario, rispettoso delle raccomandazioni contenute nelle linee guida o nelle buone pratiche clinico-assistenziali, pertinenti al caso trattato⁶¹.

⁵⁷ Sull'applicazione, da parte delle Sezioni unite, dell'art. 2236 c.c.: C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 646 ss.

⁵⁸ Sul punto: G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, 75 ss.

⁵⁹ Propendono per un simile inquadramento dogmatico della fattispecie: M. DI FLORIO, *op. cit.*, 6; A. MASSARO, *L'art. 590-*sexies* c. p., la colpa per imperizia del medico*, *cit.*, 40. Ulteriore e diverso filone dottrinale, ritenendo non del tutto convincente il ricorso alla categoria delle cause di non punibilità in senso stretto, ritiene che l'esonazione di pena, in capo al sanitario, debba essere ricondotta al fatto che l'illecito colposo sarebbe privo di uno dei profili di rimproverabilità soggettiva del fatto al suo autore, ossia l'imperizia. Sul punto: F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario*, *cit.*, 576. Per un maggiore e più generale approfondimento monografico circa il ruolo svolto dalle cause di non punibilità nel diritto penale sostanziale: A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bononia University Press, Bologna, 2010; E. DOLCINI, G. FIANDACA, E. MUSCO, T. PADOVANI, F. PALAZZO, F. SGUBBI (a cura di), *Punibilità*, in *Itinerari di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁶⁰ Per approfondimenti giurisprudenziali in tal senso: Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187; Cass., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078; Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2019, n. 28086, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

⁶¹ Cfr. E. BIRRI, *Un'analisi critica delle SS. UU. "Mariotti" in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 4/2019, 48 ss.

L'applicazione della fattispecie in esame, dunque, sulla scorta della natura giuridica della stessa, non incide sulla struttura del reato concretamente consumato dall'operatore sanitario - omicidio colposo o lesioni personali colpose, *ex artt.* 589 o 590 c. p. - determinando, esclusivamente, l'impossibilità di sottoporre il soggetto agente a sanzione penale, ove ricorrano i seguenti presupposti: il contegno colposo del professionista, caratterizzato dalla sola *imperizia* e non anche da *negligenza* o *imprudenza*; il rispetto, da parte di questi, delle raccomandazioni previste da linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali; l'adeguatezza delle citate raccomandazioni rispetto al caso clinico concretamente affrontato⁶².

La rinuncia alla comminazione della pena nei riguardi dell'operatore medico rispettoso delle raccomandazioni, dunque, rappresenta una scelta di politica criminale tesa a salvaguardare l'iniziativa del professionista e l'autonomia delle sue scelte.

Dall'inquadramento dogmatico della fattispecie quale causa di esclusione della punibilità discendono, a ben vedere, due importanti conseguenze giuridiche. In primo luogo, l'applicazione dell'art. 590-*sexies* c. p. non si estende a eventuali concorrenti nel reato, i quali resteranno pienamente assoggettabili a sanzione penale. L'operatività della citata disposizione, altresì, non elide le eventuali conseguenze civili derivanti dalla consumazione del fatto-reato, sicché la persona offesa potrà agire, nella relativa sede, al fine di ottenere il ristoro di danni patiti.

5. *Considerazioni conclusive, con particolare riguardo ai dubbi di legittimità costituzionale inerenti l'art. 590-*sexies* c. p.*

In conclusione, sembra opportuno evidenziare come, durante il giudizio celebrato dinanzi le Sezioni unite della Cassazione, la Procura Generale avesse chiesto, senza successo, di sollevare questione di legittimità costituzionale avente a oggetto l'art. 590-*sexies* c. p., in ragione della possibile antinomia fra la disposizione *de qua* e gli artt. 2, 3, 24, 25, 27, 32, 101, 102, 111 cost.

Dalla disamina delle ragioni addotte dalla pubblica accusa, in sintesi, può ritenersi che l'applicazione dell'art. 590-*sexies* c. p. potrebbe, in primo luogo, atteggiarsi in contrasto con il principio di eguaglianza (art. 3 cost.), sotto due diversi profili: l'*imperizia*, intesa quale violazione di protocolli e *leges artis*, a differenza dei rimproveri colposi derivanti da *negligenza* o

⁶² Così: M. DI FLORIO, *op. cit.*, 6.

imprudenza, rimarrebbe, ingiustificatamente, non punibile e tale regime giuridico di favore, riservato soltanto ai professionisti sanitari, realizzerebbe una irragionevole disparità di trattamento fra le varie categorie professionali.

Ulteriore profilo di criticità potrebbe emergere dal *deficit* di *determinatezza* della fattispecie⁶³, stante il generico richiamo, operato dall'art. 590-sexies c. p., alle «raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, alle buone pratiche clinico-assistenziali».

La causa di non punibilità, inoltre, potrebbe presentare profili di potenziale antinomia con il principio di colpevolezza (art. 27, comma I, cost.), il quale impone il vaglio, caso per caso, di una responsabilità penale per fatto proprio *colpevole*, ancorata alla *prevedibilità* ed *evitabilità*, da parte del soggetto agente, dell'evento.

Ancora, le prescrizioni contenute nell'art. 590-sexies c. p. potrebbero arrecare un *vulnus* alla tutela della salute della persona (artt. 2 e 32 cost.), atteso che la rigida e pedissequa applicazione dei protocolli rischierebbe di comprimere o, addirittura, di mortificare l'attività del terapeuta, il quale, piuttosto che modulare la propria prestazione professionale sulle circostanze del singolo caso clinico, potrebbe essere indotto ad applicare, in maniera acritica, i programmi trattamentali, ove tipizzati. Appare, invero, opinabile la scelta legislativa di affidare alle linee guida o, in assenza di queste, alle buone pratiche clinico-assistenziali un ruolo così pregnante in ordine alle scelte mediche. Tale soluzione, difatti, sembra non tener conto del carattere meramente orientativo e per nulla esaustivo delle citate raccomandazioni, le quali esprimono meri suggerimenti comportamentali dettati con riguardo a una scienza, quale è quella medica, in continua evoluzione, anche a fronte della emersione di nuove patologie non "codificate". Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle difficoltà caratterizzanti l'attuale emergenza sanitaria, nell'ambito della quale si assiste ad un quotidiano dibattito, in seno alla comunità medico-scientifica, finalizzato alla individuazione di *best practies*, protocolli, regole di condotta e rimedi farmacologici tesi a contenere la dilagante diffusione della malattia respiratoria acuta da SARS-CoV-2. Dibattito, ad oggi, non sfociato nella emanazione di linee guida condivise ed ufficiali.

Gli indirizzi comportamentali contenuti nelle linee guida e nelle buone prassi, dunque, delineando percorsi terapeutici soltanto ideali -

⁶³ Per approfondimenti circa il profilo della determinatezza dell'art. 590-sexies c.p.: C. BRUSCO, *Cassazione e responsabilità personale del medico*, cit., 217 ss.

tanto dal punto di vita terapeutico, quanto da quello economico-finanziario - devono essere padroneggiati dal medico con elasticità e senza alcun tipo di automatismo applicativo, anche in ossequio a quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale «l'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida non esclude né determina automaticamente la colpa»⁶⁴. Tale impostazione, sviluppata al fine di scongiurare una esasperata «standardizzazione» e «burocratizzazione» dell'*ars medica*⁶⁵, sembra contemperare il profilo legato al rispetto, da parte del sanitario, delle raccomandazioni con quello, parimenti importante, relativo alla tutela dell'autonomia professionale e dei percorsi, diagnostici e terapeutici, intrapresi per la cura del paziente.

All'aspetto da ultimo richiamato appare inscindibilmente legato quello inerente alla tutela della dignità della professione medica, potenzialmente pregiudicata dalla prescrizione normativa di cui all'art. 590-*sexies* c.p., astrattamente idonea a limitare l'eclettismo del medico in nome di una individuazione e applicazione quasi "notarile" delle *clinical guidelines*.

Occorre, infine, porre l'accento sul potenziale pregiudizio inferto al principio della libera valutazione dell'operato del sanitario da parte del giudice, il quale, dal canto suo, sarebbe imbrigliato nelle maglie di una discrezionalità eccessivamente compressa, dovendo modulare il giudizio di penale responsabilità del terapeuta sul pedissequo rispetto, da parte di questi, delle indicazioni contenute nelle linee guida o nelle buone prassi. Se si accedesse, rigidamente, a tale ordine di idee, l'autorità giudiziaria sarebbe chiamata ad esperire il mero vaglio della conformità della condotta sanitaria al paradigma comportamentale delineato dalle raccomandazioni "codificate", mettendo da parte tutti gli altri aspetti, fattuali e giuridici, sottesi alla concreta vicenda giudiziaria. D'altra parte, all'indomani dell'introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p., pure la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che, accertata l'inosservanza di linee guida o buone prassi, l'esame della colpa del sanitario sembra divenire quasi ultroneo⁶⁶. Anche con riguardo a tale specifico aspetto, dunque, il testo dell'art. 590-*sexies* c. p. sembra essere non appagante.

⁶⁴ Cass., Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

⁶⁵ Per approfondimenti su tali specifici aspetti: D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2/2017, 22 ss.; A. PERIN, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale*, in *Riv. di BioDir.*, 2019, 227 ss.

⁶⁶ Cass, Sez. IV, 22 giugno 2018, n. 47748, in *DeJure*, Giuffrè, 2020.

Alla luce delle considerazioni svolte, pertanto, le prescrizioni normative esaminate, in uno agli arresti giurisprudenziali caratterizzanti il settore della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, sembrano presentare non poche criticità e problematiche interpretative, alimentate anche dalla complessità concettuale di tale specifica materia.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

MARCO GRANDE

Le attività di investigazione “sotto copertura” nel processo penale

ABSTRACT - Who are the “undercover agents” who carry out “undercover” investigations? What is the objective scope of these investigations? Can agents go so far as to instigate the suspect? Then, in the subsequent phase of the judgment, will the investigations carried out be taken into account for the purposes of the decision? What effect will the conduct of the infiltrated agent have on the authenticity of judicial proof? These, in summary, are the main coordinates in which the present paper moves. So that, as a result, in the first place, the investigation substantiates in the identification of the subjects who are included in the context of these peculiar investigation techniques and their specific area of operation. Secondly, the issues concerning the usability in the hearing of the investigative acts carried out during undercover operations, as well as the problems underlying the recruitment of the agents’ testimony are dealt.

KEYWORDS - judicial police, undercover operations, agent provocateur, special investigation techniques, agent’s testimony, fair process.

MARCO GRANDE

Le attività di investigazione “sotto copertura” nel processo penale**

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – Sezione I *Disciplina normativa e tipologie di attività.* – 2. *L’ambito operativo e le categorie soggettive delle indagini “sotto copertura”.* – 3. (Segue). *L’agente provocatore e l’agente infiltrato.* – 4. *Le modalità di acquisizione degli elementi di prova.* – 5. *L’omissione o il ritardo degli atti di competenza della polizia giudiziaria.* – 6. (Segue). *Il differimento nell’esecuzione dei provvedimenti di competenza del pubblico ministero.* – 7. (Segue). *Le c.d. operazioni controllate.* – Sezione II *L’utilizzo processuale delle attività “sotto copertura”.* – 8. *La verbalizzazione delle attività di indagine compiute.* – 9. (Segue). *L’utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall’indagato (o da altre persone) all’agente “sotto copertura”.* – 10. *La veste processuale dell’agente “sotto copertura”.* – 11. (Segue). *La testimonianza dell’agente “sotto copertura”: tra esigenze di tutela dell’identità del dichiarante e garanzie nella formazione della prova.* – 12. *Le patologie connesse all’acquisizione degli elementi di prova.*

1. *Premessa*

Tradizionalmente intese come una serie di attività di infiltrazione della polizia giudiziaria nel tessuto criminale, volte alla repressione (e talora anche alla prevenzione)¹ dei reati, con una connotazione di «mezzo di ricerca della prova»², circoscritte all’ambito tassativamente indicato dalla legislazione speciale, le c.d. “operazioni sotto copertura” si collocano all’interno di una particolare fisionomia investigativa. Essa, sia pur tipica, perché prevista e regolata dalla legge, pone diversi dubbi

* Dottore di ricerca in *Teoria del diritto e ordine giuridico europeo – Area della Procedura penale*, presso l’Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Secondo un orientamento formatosi nella giurisprudenza di legittimità: «(...) in tutte le ipotesi legislative di attività sotto copertura si prescinde dall’esistenza di un procedimento penale o di indagini preliminari su uno specifico fatto di reato, trattandosi di attività investigative a carattere preventivo» (cfr. Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli e altri, n. 38488, in *Guida Dir.*, 45/2008, 21 ss.). In senso contrario, v. A. SCAGLIONE, *Le attività investigative speciali della polizia giudiziaria previste dalla legge 16 marzo 2006 n. 146*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, (a cura di) P. CORSO e F. PERONI, La Tribuna, Piacenza, 2010, 759.

² Cfr. P.P. PAULESU, *Notizia di reato e scenari investigativi complessi: contrasto alla criminalità organizzata, operazioni «sotto copertura», captazione dei dati digitali*, in *Riv. dir. proc.*, 4/2010, 798; cui adde G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, in AA.VV., *Il processo penale tra politiche di sicurezza e nuovi garantismi*, (a cura di) G. DI CHIARA, Giappichelli, Torino, 2003, 42.

ermeneutici, che ancor permangono nonostante le decisioni intervenute sia nella giurisprudenza interna³ che sovranazionale⁴ e nonostante i diversi interventi normativi, svariatamente succedutisi nel corso del tempo.

Del resto, già prima che il legislatore operasse con un intervento regolatore uniforme, e cioè con l'art. 9 della l. 16 marzo 2006, n. 146⁵, definito lo "statuto" delle operazioni sotto copertura⁶, si è registrata una densa stratificazione normativa, che ha cercato nel corso degli anni di far fronte alle sempre più pressanti esigenze di contrasto verso alcune

³ Senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano alcuni tra i più recenti casi giudiziari, sottoposti al vaglio di legittimità, in cui sono comunque avvenute operazioni sotto copertura, cfr. *ex multis*: Cass. Sez. VI, 4 febbraio 2020, Giannone e altri, in *www.italgiure.giustizia.it/sncass/*, n. 12204; Cass. Sez. VI, 13 dicembre 2019, Geranio e altri, *ivi*, n. 50541; Cass., Sez. IV, 9 dicembre 2019, Aboussad e altri, *ivi*, n. 49765; Cass., Sez. IV, 11 ottobre 2019, Mandolesi, *ivi*, n. 41903; Cass., Sez. IV, 7 ottobre 2019, Casamonica e altro, *ivi*, n. 41008; Cass., Sez. VI, 2 aprile 2019, Testa e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 275534-01; Cass., Sez. I, 7 marzo 2019, Ferro e altro, in *www.italgiure.giustizia.it/sncass/*, n. 22042; Cass., Sez. VI, 17 gennaio 2019, Marchetta e altri, *ivi*, n. 2158; Cass., Sez. I, 9 novembre 2018, Sartini e altro, *ivi*, n. 58239; Cass., Sez. III, 10 marzo 2017, M. L., in *Pluris*, n. 11572; Cass., Sez. VI, 7 maggio 2015, G. D., *ivi*, n. 19122.

⁴ A titolo esemplificativo, ma niente affatto esaustivo, v. il c.d. *key case* Corte Edu, sent. 13 settembre 2016, Ibrahim e altri c. Regno Unito di Inghilterra, la quale si segnala perché la Corte ha chiarito che appare ingiusto quel procedimento nei riguardi di quegli indagati che non avrebbero commesso il delitto senza l'istigazione degli agenti sotto copertura. Interessante appare anche Corte Edu, sent. 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia, ove la Corte ha ritenuto preminenti le finalità di protezione dell'identità degli agenti, pur dovendo i loro dati essere comunque noti al pubblico ministero. Si segnalano, inoltre, Corte Edu, sent. 19 maggio 2015, Giorgio Sampech c. Italia; Corte Edu, sent. 5 Febbraio 2008, Ramanauskas c. Lituania; Corte Edu, sent. 9 giugno 1998, Teixeira De Castro c. Portogallo. Tale ultima decisione si pone come la prima in cui la Corte europea si è occupata della compatibilità delle sentenze di condanna emesse sulla base di investigazioni sotto copertura con l'art. 6 C.E.D.U.

⁵ La legge in parola, «Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001», in *Gazz. Uff.*, 11 aprile 2006, n. 85 – *Suppl. ord.* n. 91, ha subito diverse modifiche ed integrazioni, da ultimo, con l. 9 gennaio 2019, n. 3. V. la successiva nota n. 12.

⁶ L'affermazione è di A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida Dir.*, 17/2006, 81 ss.

specifiche – e spesso odiose – fattispecie di reato, anche, soprattutto, a carattere transnazionale⁷.

E così, volendo entrare *in medias res*, appare – già di per sé – problematica la necessaria distinzione da operare, in chiave di non punibilità (ma non solo), tra un «agente infiltrato» ed un «agente provocatore». Non parrebbe poi peregrino procedere all'esatta individuazione di tutti i soggetti coinvolti nelle attività di investigazione *undercover*, considerando, in specie, l'esistenza di alcune figure soggettive, che pur normativamente previste, rimangono dai contorni un po' sfumati. Si pensi alle figure dell'«interposta persona» e dell'«ausiliario». Ci si potrebbe inoltre domandare, attesa l'eccezionalità dei casi nei quali è consentito ricorrere a questo particolare strumento di indagine, come debba concretamente esplicitarsi l'attività della polizia giudiziaria e come quest'ultima debba raccordarsi con la autorità giudiziaria. Occorre, peraltro, tenere in debito conto anche della dimensione delle fenomenologie criminose di interesse operativo: il coordinamento tra organi investigativi riguarda spesso crimini la cui realizzazione travalica i confini territoriali dello Stato. Ci si potrebbe anche interrogare su quale sia il protocollo più congruo che gli ufficiali di polizia giudiziaria dovrebbero osservare per la raccolta degli elementi di prova.

Sul versante più strettamente processuale diversi interrogativi potrebbero poi porsi riguardo all'utilizzo in dibattimento delle risultanze dell'attività sotto copertura. In quella sede, peraltro, diviene preponderante bilanciare le esigenze di celebrazione di un processo per

⁷ Fin dall'inizio degli anni Novanta, per circa un quindicennio, il legislatore si è in varia guisa occupato delle c.d. «operazioni mascherate» per determinati delitti. Si pensi all'art. 97 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (per il contrasto al traffico degli stupefacenti); o all'art. 7, d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 (per i sequestri di persona a scopo di estorsione); o ancora all'art. 12 *quater*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (per la ricettazione di armi e per il riciclaggio e reimpiego simulati); oppure all'art. 14, l. 3 agosto 1998, n. 269 (per i delitti sessuali); all'art. 4, d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 (per i delitti commessi con finalità di terrorismo); all'art. 10, l. 11 agosto 2003, n. 228 (per la tratta di persone); all'art. 12, co. 3 *septies*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (per i reati di immigrazione clandestina). Eccezion fatta per le «attività di contrasto» ad alcuni delitti sessuali (la cui disciplina speciale *ex art. 14*, commi 1, 2 e 3, l. 269/1998, cit., non è stata abrogata, affiancandosi quindi al c.d. «statuto»), tutte le ipotesi di reato appena elencate, per le quali possono essere effettuate operazioni *undercover* della polizia giudiziaria, vengono ora disciplinate – a seguito di diverse abrogazioni – dall'art. 9 della legge 146/2006, cit.

quanto possibile “giusto” – ai sensi dell’art. 6 della C.E.D.U. e dell’art. 111 Cost. –, secondo le garanzie dettate per la formazione della prova, con la tutela della riservatezza dell’agente sotto copertura, tenuto a rendere la propria testimonianza.

L’agente infiltrato, poi, sia pure di concerto con l’organo requirente, potrebbe ben inserirsi in scenari con sviluppi criminogeni verosimilmente molto complessi e dover assumere (anche in tempi rapidissimi) delicate scelte operative, che potrebbero subire delle deviazioni – per una sorta di eterogenesi dei fini – cagionate da una molteplicità di situazioni imprevedibili e, comunque, non previste al momento della pianificazione della c.d. «operazione di polizia».

Peraltro, l’agente stesso, pur essendo sottoposto al controllo dell’autorità giudiziaria e pur dovendo rispettare precisi obblighi e limiti di azione specificamente dettati dalla normativa di riferimento, potrebbe essere autorizzato a tenere comportamenti non soltanto di mera osservazione e controllo, ma talvolta di vera e propria partecipazione, a titolo di concorso, alla pianificazione e/o alla consumazione di fattispecie delittuose⁸.

Quid iuris se l’agente non possedesse questa specifica autorizzazione ma decidesse autonomamente di procedere per non compromettere diversi mesi di indagine? Il suo contegno potrebbe concretizzare una condotta penalmente rilevante? Gli atti così compiuti sarebbero validi ed utilizzabili nel processo? E, su altro versante, come verrà valutata la condotta di un soggetto che ha commesso il reato soltanto perché è stato istigato dall’agente infiltrato/provocatore? In tale ultimo caso, l’agente stesso sarebbe punibile quale istigatore nel concorso di persone nel reato?

A tacer d’altro, l’operato dell’agente infiltrato potrebbe esercitare, addirittura, un rilevante apporto causale nella programmazione e nella realizzazione del delitto. Si pensi al caso dell’ufficiale di polizia giudiziaria che, per entrare in contatto con i vertici di una associazione criminosa transnazionale dedita al commercio degli stupefacenti, dichiara la propria disponibilità all’acquisto di un ingente quantitativo di sostanze, promettendo una più che rilevante somma di denaro. L’offerta di un consistente guadagno potrebbe senza dubbio avere

⁸ Cfr., sul punto, le dichiarazioni di P. Davigo comparse sull’articolo di L. MILELLA, *Agenti provocatori indispensabili nell’Italia corrotta*, in *la Repubblica on line*, 23 febbraio 2018.

piena efficacia causale nella fattispecie, ben potendo questo essere l'unico fattore determinante a spingere i soggetti indagati – per il traffico degli stupefacenti – ad effettuare la vendita.

In ogni caso, molti dei profili appena menzionati, afferenti al diritto penale sostanziale, pur presentando particolare interesse, non saranno qui specificamente trattati e potranno trovare approfondimento in altra sede, rinviandosi, in punto, ad altri Autori⁹.

Nel prosieguo si cercherà di focalizzare comunque l'attenzione sugli aspetti che segnatamente involgono le dinamiche all'interno delle fasi del processo penale, suddividendo il lavoro in due sezioni.

Nella prima sezione verranno trattati i profili, per così dire, "statici" dell'argomento, cercando di analizzare, nel solco del tracciato normativo, l'ambito di operatività delle indagini sotto copertura, le figure soggettive coinvolte, alcuni peculiari strumenti utilizzabili dagli organi investigativi.

Nella seconda sezione si cercheranno di approfondire invece i profili, per così dire, "dinamici", cioè quelli riguardanti l'utilizzabilità nel dibattimento degli atti di indagine compiuti durante le operazioni *undercover*, la veste processuale ricoperta dagli agenti infiltrati, nonché le «cospicue varianti»¹⁰ previste nei casi dell'assunzione della loro testimonianza e come ciò possa incidere sull'esigenza di genuinità dell'acquisizione probatoria.

Sezione I Disciplina normativa e tipologie di attività

2. L'ambito operativo e le categorie soggettive delle indagini "sotto copertura"

L'incipit dell'art. 9 della citata l. 146/2006, facendo salvo il contenuto dell'art. 51 c.p., sancisce la non punibilità di determinate figure soggettive, *lato sensu* inquadrabili come «ufficiali di polizia giudiziaria» che nei limiti delle proprie competenze e su precisa

⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Zanichelli, Bologna, 2019, 534 s.; M. LOMBARDO, *Agente provocatore (diritto penale)*, in *Dig. pen.*, I (2010), *passim*; R. MINNA, A. SUTERA SARDO, *L'agente provocatore: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*.

¹⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 2012, 675.

autorizzazione, pianificata nel corso di specifiche operazioni di polizia, operino alla ricerca di elementi di prova per determinate fattispecie di reato.

L'elenco delle ipotesi delittuose in cui sono consentite le operazioni *undercover* ha subito un consistente incremento, fino a ricomprendere, in un periodo piuttosto recente, anche taluni delitti contro la pubblica amministrazione¹¹.

E così, a tale ultimo proposito, l'attuale formulazione del comma 1, lettera *a*), dell'art. 9 della legge in parola¹² prevede che possano effettuarsi operazioni sotto copertura per alcuni delitti in cui l'amministrazione statale risulti soggetto passivo della condotta illecita di pubblici ufficiali (artt. 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322 *bis* c.p.); oppure per alcune ipotesi in cui l'illecito – in danno della stessa amministrazione – sia stato commesso da parte dei privati (artt. 346 *bis*, 353, 353 *bis* c.p.). Le operazioni *undercover* possono essere effettuate anche per una specifica ipotesi di delitto contro l'ambiente (art. 452 *quaterdecies* c.p.), nonché per alcuni delitti contro la fede pubblica (artt. 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474 c.p.) e per alcuni delitti contro il patrimonio (artt. 629, 630, 644, 648 *bis* e 648 *ter* c.p.).

Vengono inoltre previsti i reati contro la personalità individuale (in cui sono compresi molti delitti sessuali)¹³, quelli concernenti armi,

¹¹ Le materie oggi assorbite nella disciplina dell'art. 9 cit. vengono elencate nella precedente nota n. 7. Sull'inserimento delle nuove fattispecie delittuose ad opera della l. 3/2019 cit., in dottrina, cfr. P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 marzo 2019. In epoca anteriore all'approvazione del disegno di legge A.C. n. 1189, v. i rilievi critici di T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 3/2018, 1 ss.

¹² L'articolo in esame ha subito diverse interpolazioni. Si segnalano (dalla meno recente): la modifica operata con la l. 23 luglio 2009, n. 99; quella effettuata dalla l. 13 agosto 2010, n.136; quella ad opera del d.lgs. 24 marzo 2011, n. 50; quella della l. 15 febbraio 2012, n. 12; ancora, quella del d.lgs. 21 giugno 2016, n. 125; infine, quella effettuata dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3, cit.

¹³ Si è già accennato, v. *supra*, nota n. 7, ultima parte, che l'art. 14, commi 1, 2 e 3, della l. 269/1998 cit., prevede peculiari attività di contrasto nei riguardi dei delitti di cui agli artt. 600 *bis* («Prostituzione minorile»), 600 *ter* («Pornografia minorile»), 600 *quinquies* («Iniziativa turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile») del codice penale. Disciplina, questa, che si affianca a quella dell'art. 9 della l. 146/2006.

munizioni, esplosivi, quelli riguardanti l'immigrazione clandestina¹⁴, quelli in materia di stupefacenti e quelli in materia di sfruttamento della prostituzione.

Ben apprezzabilmente, nel comma 1, lettera *b*), del menzionato art. 9 vengono inoltre indicate ulteriori fattispecie per le quali può essere utilizzato lo strumento investigativo delle operazioni sotto copertura: si tratta dei delitti finalizzati al terrorismo e all'eversione.

Per quanto riguarda le categorie soggettive la norma indica espressamente gli «ufficiali di polizia giudiziaria». Sono quindi da ricomprendere i componenti della Polizia di Stato, dei Carabinieri e della Guardia di finanza, con i requisiti di cui all'art. 57, comma 1, lett. *a*) e lett. *b*), c.p.p., facenti capo alla Direzione investigativa antimafia o, comunque, inseriti in sezioni specializzate nei rispettivi corpi di appartenenza – ai sensi del comma 1, lett. *a*) e lett. *b*), del citato art. 9.

Accanto agli ufficiali di polizia giudiziaria la norma menziona poi anche i semplici «agenti», gli «ausiliari» e le «interposte persone», ai quali estende la causa di non punibilità, sempre che il loro operato si inserisca nel quadro di operazioni autorizzate e documentate (comma 1 *bis*).

Ufficiali e agenti di polizia giudiziaria possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura, rilasciati da organismi competenti, anche per entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informando il pubblico ministero al più presto e, comunque, entro quarantotto ore dall'inizio dell'attività (comma 2).

Per quanto nessun dubbio paia sussistere sull'individuazione degli «agenti di polizia giudiziaria» (art. 57, comma 2, c.p.p.), diverso è riuscire a ben inquadrare il concetto di «interposta persona» e quello di «ausiliario».

Secondo la dottrina con l'espressione «interposta persona» potrà indicarsi sia un agente che un ufficiale di polizia giudiziaria, chiamato a coadiuvare l'ufficiale di polizia giudiziaria sotto copertura, sia un

¹⁴ Di recente la l. 8 agosto 2019, n. 77, rubricata «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica», ha disposto all'art. 4 un potenziamento dell'utilizzo dello strumento investigativo delle operazioni sotto copertura di cui all'articolo 9 della l. n. 146/2006, anche con riferimento alle attività di contrasto al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

privato che svolga il ruolo di confidente di polizia o collaboratore, comunque inserito in quel contesto criminoso¹⁵.

Nella nozione di «ausiliario», invece, dovrebbero ricomprendersi soltanto quelle persone che essendo dotate di «specifiche competenze tecniche» vengono chiamate a fornire un apporto di natura specialistica alla polizia giudiziaria, secondo quanto previsto dal codice di rito penale (art. 348, comma 4). In essa possono quindi comprendersi tutti i privati che vengono chiamati ad adiuvare le forze dell'ordine nell'operazione infiltrata (quindi coloro che eseguono compiti di supporto o di collaborazione tecnica: intestatari fittizi di appartamenti o di autovetture; esperti tossicologici incaricati di svolgere subito riscontri tecnici sulle sostanze stupefacenti, ecc.) senza essere coinvolti, per l'appunto – quali interposte persone, direttamente nell'operazione *undercover*¹⁶.

Pare opportuno, inoltre, precisare che l'esecuzione delle operazioni sotto copertura è disposta da organi di vertice, almeno a livello provinciale. Nei casi di delitti di immigrazione clandestina tali ultimi organi devono coordinarsi con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere. Nei casi di "attività antidroga" le operazioni vengono disposte dalla Direzione centrale dei servizi antidroga o, sempre d'intesa con questa, dagli organi di vertice, almeno a livello provinciale, poc'anzi menzionati (art. 9, comma 3, della citata l. 146/2006).

Un cenno merita la disciplina contenuta nella l. 3 agosto 2007, n. 124, che prevede anch'essa una causa di non punibilità, facendo salvo l'art. 51 c.p., per il «personale dei servizi di informazione per la sicurezza» che ponga in essere condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate di volta in volta in quanto indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi, nel rispetto rigoroso di determinati limiti. In quello stesso contesto normativo, sono pure previste altre figure soggettive alle quali viene estesa la causa di non punibilità, si tratta delle «persone non addette ai servizi di informazione per la sicurezza», coinvolte dal personale strutturato per particolari condizioni di fatto e per eccezionali necessità (art. 17).

¹⁵ Cfr. GIUS. AMATO, *Acquisto simulato da parte dei "privati"*, in *Guida dir.*, 12/2006, 118.

¹⁶ *Ibidem*.

La disciplina in questione, per alcuni aspetti appare simile a quella prevista nella menzionata l. 146/2006 ma è possibile notare come la norma non si riferisca alla polizia giudiziaria.

Anzi, si specifica che il personale del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza e quello dei servizi di informazione per la sicurezza non riveste la qualifica di ufficiale o di agente di polizia giudiziaria né, salvo ipotesi di stretta necessità, quella di ufficiale o di agente di pubblica sicurezza (art. 23).

Con il che è dato chiaramente evincere che le operazioni in questione non avvengano sotto il diretto controllo della autorità giudiziaria, come nelle “ordinarie” operazioni *undercover*.

Del resto, da una lettura della norma prevista per le operazioni dei servizi di *intelligence* è possibile notare come lo snodo della procedura, salvo il caso di dover perseguire penalmente – su impulso governativo – soggetti coinvolti in operazioni non autorizzate o compiute oltre i limiti, si esaurisca nell’ambito operativo del solo organo amministrativo (art. 18).

E ciò, sotto certi profili, è anche comprensibile. Le attività compiute dal personale dei servizi, oltre al resto, sono volte alla ricerca e al trattamento di informazioni di interesse nazionale e si basano su metodi non convenzionali, nient’affatto comuni a quelli di altre amministrazioni, la cui legittimità si fonda su interessi fondamentali dello Stato.

Di guisa che «la legittimità dei fini viene a prevalere sulla legalità dei mezzi»¹⁷, essendo le attività dei servizi di informazione per la sicurezza inserite in un vero e proprio “cono d’ombra”¹⁸.

3. (Segue). *L’agente provocatore e l’agente infiltrato*

Nel glossario tradizionale della lingua italiana con il vocabolo «agente» si indica «chi è incaricato di svolgere funzioni o servizi per conto di altri». In quello stesso lemma è poi presente una sfumatura di significato: «agente provocatore». Espressione, quest’ultima, con la

¹⁷ F. COSSIGA, *Abecedario*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, 11.

¹⁸ A. GIANNULLI, *Come funzionano i servizi segreti. Dalla tradizione dello spionaggio alle guerre non convenzionali del prossimo futuro*, 2^a ed., Ponte alle Grazie, Milano, 2013, 335 ss.

quale si indica «chi, fingendo di essere d'accordo con altre persone, ne provoca un'azione delittuosa per farla cadere nelle mani della polizia»¹⁹.

Ma al di là di una definizione concettuale, mette conto qui di segnalare che già in epoca piuttosto risalente, la dottrina si era occupata anche di inquadrare la figura del c.d. agente provocatore sotto il profilo della di lui responsabilità penale, a titolo di compartecipazione morale nel reato di istigazione a delinquere²⁰.

La tematica *de qua*, per vero, fin dal periodo ottocentesco, ha suscitato il vivo interesse degli studiosi, essendo collocata in un'area colma di problematiche giuridiche ma anche culturali di importanza pregnante. La sua estensione riguardava non già e non solo la regolamentazione del rapporto tra garanzia di libertà e autodeterminazione della persona, ma anche tutti quegli aspetti connessi alla peculiare relazione esistente tra le esigenze di prevenzione e quelle di repressione dei reati²¹.

Per un lungo periodo gran parte della dottrina continuò a ritenere che l'agente *de quo* fosse punibile in qualità di compartecipe morale nel reato. Tale assunto traeva origine dalla considerazione che il crimine fosse stato intrapreso grazie al contributo morale dell'istigatore, la cui punibilità non è derivante dall'intimo scopo che anima le proprie azioni – considerato a tal fine irrilevante –, bensì dalla sua intenzione delittuosa²².

Secondo altra impostazione, invece, si è ritenuto di dover giustificare l'agente provocatore qualora lo stesso avesse agito in esecuzione della legge o per ordine dell'autorità, purché il processo esecutivo si arrestasse allo stadio del tentativo²³.

In ogni caso, secondo una più recente elaborazione dottrinale, con l'espressione agente provocatore si indica un soggetto, quasi sempre appartenente alle forze dell'ordine, che partecipa ad un fatto criminoso

¹⁹ Cfr. voce *agente*, e, nello stesso lemma, *a. provocatore*, lo Zingarelli 2013. *Vocabolario della lingua italiana* di N. Zingarelli, 12^a ed., 2013, 65. In ogni caso, si precisa come non sia presente alcuna normativa che si riferisca all'agente provocatore.

²⁰ Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, 8^a ed., Canovetti, Lucca, 1887, vol. II, 477.

²¹ In termini analoghi, v. G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Jovene, Napoli, 2011, 27.

²² L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, UTET, Torino, 1924, vol. I, 212.

²³ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1920, vol. II, 323.

al fine di raccoglierne le prove ed assicurare alla giustizia i responsabili²⁴.

In quest'ottica, l'agente provocatore, così considerato, non sarebbe punibile per mancanza di dolo tutte le volte in cui egli abbia agito col precipuo scopo di assicurare i colpevoli alla giustizia e non abbia accettato neppure il rischio della effettiva consumazione del reato²⁵.

Nel sistema penale, peraltro, alla figura dell'agente sotto copertura, *lato sensu* inteso, sono andate progressivamente affiancandosi, nel corso del tempo, ulteriori figure soggettive, modellate ed adattate ai diversi, possibili, scenari di queste attività investigative così peculiari, con espresse cause di non punibilità normativamente previste per i soggetti operanti.

Il che ha comportato, in alcuni casi, il sovrapporsi, se non il confondersi, della figura dell'agente infiltrato con quella dell'agente provocatore.

Nonostante in dottrina la distinzione concettuale tra le due figure sia stata, anche di recente, ben rimarcata – illustrandone soprattutto la diversità in termini operativi²⁶ –, non può sottacersi come nella prassi investigativa la nozione di agente provocatore abbia ottenuto un vistoso ampliamento, tanto da ricomprendere in essa anche le ulteriori figure

²⁴ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 534; cui *adde* F. RAMACCI, *Corso di diritto penale II, Reato e conseguenze giuridiche*, Giappichelli, Torino, 1993, 75; nonché C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano, 1991, 240 ss.

²⁵ H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, 622. In argomento, v. pure W. KÜPER, *Der «agent provocateur» im Strafrecht*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, 321.

²⁶ T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., 5; secondo l'A., peraltro, l'agente sotto copertura non può confondersi con l'agente provocatore, né in generale, né in specifico, quando ci si muova nell'ambito della corruzione. Secondo altra, e affine, prospettiva: «L'agente provocatore è figura ben diversa da quella dell'infiltrato che agisce "sotto copertura" in un'indagine giudiziaria relativa a un reato (ad esempio il traffico di droga) che è già stato ideato e sta per essere commesso. La differenza sta tutta qui: l'agente provocatore crea il reato attraverso una messa in scena, l'agente infiltrato si limita a disvelare un'intenzione criminosa già esistente», così, testualmente, L. CANTONE – G. L. GATTA, *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione. Lettera al Direttore del Corriere della Sera pubblicata il 21 febbraio 2018 (pag. 11)*, in *Dir. pen. contemp.*, 22 febbraio 2018. L'argomento *de quo* ha suscitato, peraltro, anche l'interesse di un noto *blog*, cfr. A. TISSONE, *Non confondere l'agente sotto copertura con l'agente provocatore*, in *HuffingtonPost*, 16 settembre 2018.

del “finto compratore” e della “falsa vittima”, nonché, per l'appunto, dello stesso “agente sotto copertura/infiltrato”.

Ciascuna delle categorie *de quibus* ha la funzione di realizzare specifiche esigenze investigative per indagini *undercover* riguardanti determinate tipologie criminose²⁷.

Del resto, l'ampiezza dello spettro operativo delle attività sotto copertura non lascia adito a dubbi circa una vera e propria sovrapposizione dei due ruoli, in quanto gli strumenti investigativi oggi concretamente utilizzabili dagli agenti infiltrati, *lato sensu* intesi, sono davvero eterogenei.

Inoltre, le disposizioni di recente inserimento, che sono specificamente indirizzate a contrastare il fenomeno corruttivo, consentono che l'agente corrisponda denaro, però entro i circoscritti limiti dell'«esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri».

Così invece non è per la disciplina che lo stesso comma 1 dell'art. 9 dedica alle operazioni *undercover* per tutte le altre tipologie di reato. Essa sembra maggiormente “duttile” per gli organi di polizia, riconoscendo loro ampie possibilità.

Anzi, quando la norma precisa al modo indicativo e al tempo presente²⁸, che gli agenti «ricevono» «denaro o altra utilità» riecheggia la previsione dell'art. 319 c.p. che descrive la condotta del corruttore.

Sembra allora che l'agente sotto copertura, nelle indagini relative a tutte le fattispecie di reato di cui all'art. 9, comma 1, che non riguardino il fenomeno corruttivo, a sua volta possa agire invece proprio come una sorta di “corruttore”.

Sia pure in via di principio, ed in distonia con il concreto dispiegarsi dello strumento di indagine nella prassi, si potrebbe però ritenere che né per le specifiche ipotesi segnatamente mirate al contrasto di fattispecie corruttive, né per tutte le altre ipotesi dettagliatamente previste dall'art. 9, comma 1, ci sarebbe spazio per una condotta di istigazione dell'agente sotto copertura²⁹.

²⁷ M. SCALICI, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in *Arch. pen.*, 2/2014, 1.

²⁸ Come è stato correttamente osservato «L'indicativo è il modo verbale della certezza e della obiettività e, in particolare, si utilizza il presente indicativo per descrivere un evento che si determina sempre, in modo naturale, indipendentemente dalle circostanze» (così, G. CAROFIGLIO, *L'arte del dubbio*, Sellerio, Palermo, 2007, 64 s.).

²⁹ Cfr. Cass., Sez. VI, 7 maggio 2015, G.D., n. 19122, cit.; Cass., Sez. III, 9 maggio 2013, Jendoubi e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 257675; Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli e altri, cit. V., tuttavia, Cass., Sez. VI, 7 novembre 2019, Benincasa, in

La disciplina, in punto, sembra essere piuttosto limpida, dice la norma: «al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti (...)».

4. *Le modalità di acquisizione degli elementi di prova*

Per quanto nelle attività *undercover* la polizia giudiziaria assuma un ruolo di rilievo nelle dinamiche di acquisizione degli elementi di prova, (o, in fase antecedente e in maniera più intensa, anche nella ricerca della stessa notizia di reato), occorre sempre tenere in debito conto che l'azione dell'organo amministrativo deve comunque costantemente coordinarsi con quella del *dominus* delle indagini preliminari, assumendo la prima rispetto alla seconda, quindi, i caratteri di relativa autonomia.

Peraltro, è noto il principio costituzionale secondo cui «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria» (art. 109 Cost.). Principio, questo, che trova poi specifica applicazione nel codice di procedura penale ove è espressamente prevista la subordinazione della polizia giudiziaria al pubblico ministero (ad esempio: artt. 55, comma 2, 59 e 327 c.p.p.).

Occorre però tenere in debito conto che «il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa» (art. 330 c.p.p.). Ciò invero rimarcherebbe una labile separazione tra la fase pre-procedimentale e la fase delle indagini preliminari³⁰.

Inoltre, già qualche tempo dopo l'emanazione del codice di procedura penale il legislatore ha comunque cercato di stemperare quel distinguo cronologico che vedeva l'organo investigativo impegnato

www.italgiure.giustizia.it/sncass/, n. 45434, che si presenta particolarmente interessante perché ritiene legittime alcune condotte di «agenti infiltrati o provocatori» che si concretizzano in «spunti» e «sollecitazioni istigatrici» nei riguardi degli indagati. In dottrina, v. L. PARLATO, *Effettività delle indagini ed "equità processuale". Il punto su investigazioni scientifiche sulla persona e operazioni sotto copertura*, in AA. VV., *Regole europee e processo penale*, (a cura di) A. GAITO e D. CHINNICI, 1^a ed., CEDAM, Padova, 2016, 89 ss. Si è già segnalato, su altro e speculare fronte, che l'art. 17 della citata l. 124/2007 prevede la scriminante per il personale dei servizi di informazione per la sicurezza, autorizzandoli invece espressamente a porre in essere delle condotte previste dalla legge come reato.

³⁰ Cfr. F. DE LEO, *Il pubblico ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, in *Cass. pen.*, 6/2005, 1441.

nella attività di prevenzione e l'organo inquirente entrare in scena solo per svolgere attività di repressione *post delictum*, cioè solo a seguito della ricezione della notizia di reato da parte della polizia giudiziaria³¹.

Rapportando queste considerazioni di ordine generale allo specifico segmento delle attività sotto copertura, si potrebbe sostenere che cercare una netta separazione tra le due fasi, proprio in quel contesto, parrebbe operazione ancor più evanescente.

Ciò non esclude però che l'attività dell'agente infiltrato, fin dal principio, debba comunque «svolgersi sotto il completo ed assoluto controllo» della magistratura inquirente³². Quanto appena affermato, trova riscontro testuale nel corpo dell'art. 9 della menzionata l. 146/2006. In esso è previsto, lo si è sopra accennato, che «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria» possono utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura anche per entrare in contatto con il circuito criminale, con lo specifico obbligo di informare «il pubblico ministero al più presto e comunque entro le quarantotto ore dall'inizio delle attività» (comma 2).

Così come mette conto qui di segnalare che l'organo di vertice della polizia giudiziaria «che dispone l'esecuzione delle operazioni» sotto copertura «deve dare preventiva comunicazione all'autorità giudiziaria competente per le indagini» (comma 4).

Può inoltre menzionarsi lo specifico caso delle esecuzioni di attività "antidroga" delle quali il pubblico ministero competente per le indagini deve essere immediatamente e dettagliatamente informato. L'organo inquirente, in questi casi, può anche conoscere il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile delle operazioni, nonché quelli di ausiliari e interposte persone impiegati. Specificandosi poi che il pubblico ministero «deve comunque essere informato senza ritardo», a cura degli organi di vertice della polizia giudiziaria, «nel corso dell'operazione, delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati della stessa» (ancora, comma 4).

Pertanto, le operazioni *undercover*, siano esse volte alla ricerca di elementi di prova oppure alla ricerca di ulteriori notizie di reato, non

³¹ G. MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2/1999, 100.

³² C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., 280; G. AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*. D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309: *profili penali, processuali e penitenziari*, UTET, Torino, 1991, 106.

dovrebbero mai costituire, per così dire, una sorta di “microcosmo” nel quale poter disattendere le norme del codice di rito, che presuppongono la direzione delle indagini in capo al requirente. E ciò – sia pure a fronte di perplessità manifestate in dottrina, attesa la peculiarità della materia³³ – si ricava non già e non solo da una lettura in chiave sistematica dell’argomento, ma anche da ulteriori, specifiche, disposizioni contenute nello “statuto” delle operazioni sotto copertura. Delle disposizioni *de quibus* si avrà modo di riferire nei successivi paragrafi.

Pare opportuno, inoltre, segnalare che per l’esecuzione delle operazioni volte alla ricerca degli elementi di prova gli organi inquirenti possono essere autorizzati all’attivazione di siti nelle reti, alla realizzazione e alla gestione di aree di comunicazione o allo scambio su reti o sistemi informatici³⁴.

5. *L’omissione o il ritardo degli atti di competenza della polizia giudiziaria*

³³ A. SUTERA SARDO, *Una nuova ipotesi di “acquisto simulato”*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2000, 1522; A. FALCONE, *L’agente sotto copertura*, Dike Giuridica, Roma, 2014, 75. Sulla autonomia di scelta, in capo alla polizia giudiziaria, nel procedere o meno ad “azioni simulate”, cfr. R. MINNA – A. SUTERA SARDO, *L’agente provocatore*, cit., 46.

³⁴ Questi ultimi particolari strumenti investigativi erano già disciplinati dall’art. 14, comma 2, della l. 269/1998 cit., per il contrasto a determinati delitti sessuali (v. *supra*, note 7 e 13). Successivamente, la l. 6 febbraio 2006, n. 38, ha previsto che dette attività si possano impiegare anche quando si procede per i delitti di cui all’articolo 600 *ter* («Pornografia minorile»), commi primo, secondo e terzo, c.p., commessi in relazione al materiale pornografico di cui all’art. 600 *quater*.1 («Pornografia virtuale») c.p. La disciplina in questione prevede una richiesta motivata, e quindi una stringente supervisione dell’autorità giudiziaria, sanzionabile a pena di nullità. Ma la dottrina non ha esitato a mettere in luce le criticità dell’utilizzo del materiale probatorio reperito durante l’attività captativa (cfr. C. MARINELLI, *L’attività dell’agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: “straripamenti” investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.*, 9/2005, 2683 ss.). Per una visione di ampio respiro sul versante della captazione del contenuto delle conversazioni e delle comunicazioni nel processo penale e sulla loro attitudine a comprimere i diritti fondamentali v., diffusamente, E. ANDOLINA, *L’acquisizione nel processo penale dei dati “esteriori” delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, CEDAM, Padova, 2018, 39 ss.; sullo speciale ordine di “congelamento dei dati” ad iniziativa delle forze di polizia, v. *ivi*, 174 ss.; nonché, della stessa A., *L’ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 935 ss.

Già previsti nell'ormai abrogato art. 98 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309³⁵, la cui disciplina è oggi inserita nella citata l. 146/2006, i differimenti di atti d'ufficio di competenza del pubblico ministero³⁶ e le omissioni o i ritardi di atti di competenza della polizia giudiziaria sono inquadrabili nell'alveo degli strumenti investigativi non convenzionali.

La loro peculiarità è quella di ottenere proficui risultati di indagine, che potrebbero invece essere compromessi se il compimento di un determinato atto non fosse, in qualche modo, procrastinato.

Si tratta di tecniche di investigazione che si caratterizzano per la loro natura, in un certo senso, "passiva" poiché esercitano un monitoraggio in tempo reale dell'attività criminosa in corso di esecuzione.

E ciò avviene sia per mezzo degli agenti infiltrati, sia per mezzo di tutti gli strumenti, per così dire, di *intelligence*³⁷ nella disponibilità degli stessi operatori.

³⁵ Nello specularare art. 14 della l. 269/1998 cit., è tuttora previsto che il pubblico ministero possa ritardare l'emissione o disporre che sia ritardata l'esecuzione dei provvedimenti di cattura, arresto e sequestro. È ivi previsto anche il c.d. "acquisto simulato" di materiale pedopornografico, azionabile da ufficiali di polizia giudiziaria (su cui *infra*, par. 7). Si ribadisce, in ogni caso, che le operazioni sotto copertura *ex art.* 9, l. 146/2006 cit., sono consentite per tutti i delitti riguardanti la libertà individuale (quindi anche per i delitti previsti dalla l. 269/1998). Sul raccordo interpretativo, v. L. RUSSO, *Le operazioni sotto copertura e le attività di contrasto in materia di delitti sessuali o per la tutela dei minori*, in *Giur. mer.*, 12/2008, 3349.

³⁶ Su cui *infra*, nel successivo paragrafo.

³⁷ In questi termini: F. GANDINI, *Lotta alla criminalità organizzata, le operazioni sotto copertura*, in *Dir. giust.*, 22 aprile 2006, 3. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alle intercettazioni di comunicazioni in *chat* protette tramite il servizio c.d. *pin to pin* gestito tramite *server* collocato in territorio estero, ma i cui dati siano stati registrati nel territorio nazionale, per mezzo di impianti installati presso la Procura della Repubblica. Sulla applicazione di questa modalità investigativa nell'ambito di indagini *undercover*, v. Cass., Sez., VI, 2 aprile 2019, Testa e altri, cit. Peraltro, il concetto di *intelligence* è qui però da intendersi *cum grano salis*. L'attività degli ufficiali di polizia giudiziaria "sotto copertura" è volta al reperimento di elementi di prova in un procedimento penale (senz'altro con tecnologie d'avanguardia, da qui l'uso improprio del termine), ma non coincide con quella dei c.d. "servizi segreti", ancorché pure loro agiscano "sotto copertura". Questi ultimi operano con gli strumenti consentiti dallo Stato per custodire e diffondere ai soggetti interessati, pubblici o privati, le informazioni rilevanti per la tutela della sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e delle imprese. Nonostante i servizi di informazione per la sicurezza si servano, anche essi, (o meglio: soprattutto essi), delle più moderne tecnologie, le loro origini storiche sono antichissime, addirittura risalenti alla Tarda Età del Bronzo. Su

Ai sensi dell'art. 9, comma 6, della legge in parola, quando è necessario acquisire rilevanti elementi probatori ovvero individuare o catturare i presunti responsabili dei delitti previsti dal comma 1³⁸, ovvero di alcuni specifici delitti riguardanti gli stupefacenti ivi richiamati³⁹, gli ufficiali di polizia giudiziaria, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, e, negli stessi casi, le autorità doganali, possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza, dandone immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero – e qui si percepisce ancor più intensamente l'autonomia decisionale dell'organo requirente e la sua supervisione su quello amministrativo –, che «può disporre diversamente».

L'organo amministrativo deve trasmettere allo stesso pubblico ministero motivato rapporto entro le successive quarantotto ore.

La norma *de qua* dispone, inoltre, che per le attività antidroga il medesimo immediato avviso debba pervenire alla Direzione centrale per i servizi antidroga per il necessario coordinamento anche in ambito internazionale.

In linea di massima, ufficiali e agenti di polizia giudiziaria dovrebbero trarre obbligatoriamente in arresto i soggetti colti nella flagranza dei delitti specificamente indicati nell'art. 380 c.p.p. Potrebbe però accadere che si stiano compiendo delle investigazioni sotto copertura, proprio per fattispecie delittuose parallelamente previste nella disciplina dello "statuto"; con l'eventualità che sorga l'esigenza di operare una sorta di «arresto differito» o comunque un «arresto fuori dai casi di flagranza», per non compromettere le indagini in corso. Tipologia di arresto, questa, ritenuta legittima e consentita dalla giurisprudenza alla luce della normativa speciale e derogatoria contenuta nella l. 146/2006⁴⁰. Ai fini della convalida dell'arresto in parola il giudice dovrebbe valutarne la legittimità avendo riguardo al

questo specifico tema, v. M. PALLAVIDINI, *Un'intelligence istituzionalizzata. Gli Ittiti*, in *Gnosis – Rivista italiana di intelligence*, 2/2014, 39 ss.

³⁸ Per la cui elencazione si rinvia *supra*, par. 2.

³⁹ Si tratta dei delitti di cui al d.P.R. 309/1990, cit., limitatamente ai casi previsti agli articoli 70, commi 4, 6 e 10, 73 e 74.

⁴⁰ Cfr. l'ordinanza di custodia cautelare per l'operazione *undercover* denominata "Gotham", condotta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Terni in coordinamento investigativo con la Direzione centrale per i servizi antidroga e la Direzione centrale anticrimine, per il contrasto ad una rete di spaccio di stupefacenti (29 indagati per 129 capi d'imputazione) – proc. pen. n. 3022/2018 R.G.N.R. mod. 21, *inedita*, 37 ss.

momento in cui se ne sono realizzati i presupposti. Segnatamente, al momento in cui l'arresto si sarebbe dovuto o potuto eseguire se non fosse intervenuto il decreto che ne ha autorizzato il ritardo⁴¹.

Pare quindi che nell'ambito delle operazioni sotto copertura operi una precisa scelta del legislatore. L'arresto fuori dai casi di flagranza è consentito qualora tale mezzo investigativo appaia indispensabile per l'acquisizione di elementi probatori in ordine ai fatti per cui si procede e per individuare tutti i soggetti coinvolti nell'attività delittuosa oggetto di indagine.

Tuttavia, ribadendo che il pubblico ministero ricevuto l'avviso di differimento da parte della polizia giudiziaria (o da parte delle autorità doganali) potrebbe disporre diversamente, non è da escludere che il requirente stesso impartisca all'organo amministrativo la direttiva di omettere un arresto, invece di ritardarlo, investendo poi direttamente il giudice che procede con una richiesta di applicazione di misure cautelari.

Detta modalità appare senz'altro più garantista, in quanto la privazione della libertà personale è solo eventuale e si verifica all'esito di un provvedimento giurisdizionale che riconosce l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari, evitando così che la libertà personale venga limitata con un atto della polizia giudiziaria, fuori dai casi di flagranza. Si potrebbe invero così scongiurare un potenzialmente "futile" passaggio carcerario, in quanto, all'esito del giudizio di convalida dell'arresto, il giudice potrebbe anche decidere di non convalidarlo o, comunque, di applicare misure non custodiali, in base ai principi di adeguatezza e proporzionalità che regolano la materia. Inoltre, con la richiesta ai sensi degli artt. 272 ss. c.p.p., effettuata dal pubblico ministero, il giudice del procedimento cautelare avrebbe la possibilità di vagliare il fenomeno oggetto di investigazione *undercover* nella sua interezza – non soltanto in via frammentaria – e, vertendosi quasi sempre nel contesto di reati plurisoggettivi, potrebbe ponderare compiutamente, tutte le posizioni degli indagati coinvolti nelle loro interconnessioni criminose.

⁴¹ In argomento, v. Cass., Sez., VI, 16 gennaio 2019, Danaj e altro, in www.italgiure.giustizia.it/sncass/, n. 7142; nonché Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2006, Pugliese, in *C.E.D. Cass.*, n. 236208. In ogni caso, v. artt. 380, comma 2, c.p.p. e 230, comma 1, coord. Per l'udienza di convalida dell'arresto fuori dai casi di flagranza: v. art. 391, comma 5, seconda parte, c.p.p.

6. (Segue). *Il differimento nell'esecuzione dei provvedimenti di competenza del pubblico ministero*

Nelle stesse ipotesi previste dal comma 6 dell'art. 9 della citata l. 146/2006, il successivo comma 7 prevede che il pubblico ministero possa, con decreto motivato, ritardare il compimento di alcuni atti che rientrano nella sua sfera di attribuzioni.

Segnatamente, il differimento può riguardare «l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura cautelare, del fermo dell'indiziato di delitto, dell'ordine di esecuzione di pene detentive o del sequestro».

Nei casi di urgenza, il ritardo dell'esecuzione dei provvedimenti *de quibus* può essere disposto anche oralmente, ma il relativo decreto deve essere emesso entro le successive quarantotto ore.

Il pubblico ministero «impartisce alla polizia giudiziaria le disposizioni necessarie al controllo degli sviluppi dell'attività criminosa».

Lo stesso pubblico ministero, ancora secondo la previsione del comma 7, avrà cura di comunicare i provvedimenti adottati all'autorità giudiziaria competente. Quest'ultima è da intendersi – in una prima ipotesi – come l'autorità del luogo in cui l'operazione deve concludersi. Così come è autorità giudiziaria competente anche quella del luogo attraverso il quale si prevede sia effettuato il transito (in uscita “dal territorio dello Stato” ovvero in entrata “nel territorio dello Stato”), delle cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere i delitti, nonché delle sostanze stupefacenti o psicotrope e dei c.d. “precursori di droghe”.

7. (Segue). *Le c.d. operazioni controllate*

Ulteriore e peculiare strumento investigativo, con il coinvolgimento dell'autorità giudicante, che per alcuni aspetti, attesa la sua connotazione, per così dire, “passiva”⁴² si ricollega alle omissioni e/o ai ritardi di atti di ufficio e che viene inserito a pieno titolo tra le

⁴² Consistente in una costante osservazione dell'attività illecita in atto, senza, quindi, che vi sia una partecipazione “attiva” degli agenti infiltrati all'evento, v. *supra*, par. 5.

tecniche speciali di investigazione⁴³, è quello delle c.d. operazioni controllate, previsto dal comma 6 *bis* del citato art. 9.

Il compimento di dette operazioni può essere richiesto dal pubblico ministero al giudice, che provvede con decreto motivato, nello specifico caso in cui si tratti di indagini riguardanti delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione, ai sensi dell'art. 630 c.p.

La richiesta del pubblico ministero può essere effettuata quando è necessario acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per individuare o per catturare i presunti responsabili di quelle fattispecie delittuose. In queste ipotesi avviene una vera e propria simulazione del pagamento del riscatto, che dovrebbe essere consegnato nelle mani dei sequestratori da parte degli agenti infiltrati. Nonostante la norma in questione sembri essere mirata alla mera realizzazione di esigenze investigative, appare possibile sostenere che la finalità di questa specifica operazione controllata sia, in ogni caso, la tutela della libertà personale e dell'incolumità del soggetto passivo del reato di sequestro di persona.

Quanto al contenuto della richiesta rivolta al giudice, mette conto di riferire che il requirente può segnatamente domandare «che sia autorizzata la disposizione di beni, denaro o altra utilità per l'esecuzione di operazioni controllate per il pagamento del riscatto, indicandone le modalità». Il giudice dovrebbe quindi emanare un decreto a contenuto "complesso" in cui da un lato autorizza il pubblico ministero al compimento dell'atto e, sotto altro profilo, dispone le specifiche modalità della stessa operazione controllata.

Pare intravedersi un certo parallelismo con la disciplina delle intercettazioni in cui è prevista una analoga autorizzazione "preventiva" che il pubblico ministero chiede al giudice per il

⁴³ A livello sovranazionale è previsto che se «consentito dai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico interno, ciascuno Stato Parte (...) adotta le misure necessarie a consentire l'appropriato impiego della consegna controllata e, laddove ritenuto opportuno, l'impiego di altre tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le operazioni sotto copertura da parte delle autorità competenti sul suo territorio allo scopo di combattere efficacemente la criminalità organizzata». Cfr. art. 20, comma 1, Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, Palermo, 12 - 15 dicembre 2000. In argomento, v. pure gli spunti contenuti in Cass., Sez. IV, 11 ottobre 2019, Mandolesi, cit.

compimento di quella attività captativa. In quel contesto normativo è però contemplata una deroga non presente nell'ambito delle consegne controllate per il pagamento del riscatto: nei casi di urgenza, prima dell'autorizzazione del giudice, il pubblico ministero potrebbe adottare un decreto motivato che dispone l'intercettazione, che deve essere comunicato immediatamente o comunque entro le ventiquattro ore all'organo giudicante (art. 267, comma 2, c.p.p.⁴⁴). Sarebbe auspicabile, *de jure condendo*, che il legislatore consentisse espressamente una simile deroga nella disciplina del menzionato art. 9, comma 6 *bis*, della l. 146/2006. Proprio perché nelle consegne controllate, in quanto strumento investigativo speciale delle operazioni sotto copertura – che per loro natura sono basate sulla prontezza delle decisioni da assumere – il rischio del ritardo, quale causa del grave pregiudizio per le indagini, è ancor più preponderante.

Del resto, le consegne controllate non sono circoscritte al solo, pur delicato, ambito del pagamento del riscatto nelle ipotesi di sequestro di persona a scopo di estorsione. Basti pensare agli acquisti simulati di sostanze stupefacenti o psicotrope, la cui disciplina originariamente contenuta nell'art. 97 del d.P.R. 309/1990, è poi confluita, con l. 13 agosto 2010, n. 136, nello "statuto".

Occorre, inoltre, menzionare l'art. 14, l. 3 agosto 1998, n. 269, che per molti aspetti si affianca alla disciplina "generale" delle operazioni sotto copertura⁴⁵. In esso è prevista la possibilità per gli «ufficiali di polizia giudiziaria» delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, ovvero di quelle istituite per il contrasto ai delitti di criminalità organizzata, di procedere nell'ambito delle operazioni disposte dal questore o dal responsabile di livello almeno provinciale dell'organismo di appartenenza e previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, all'acquisto simulato di materiale pornografico e alle relative attività di intermediazione (comma 1). L'atto di indagine in questione, quale forma di consegna

⁴⁴ La disposizione di cui al comma 2 dell'art. 267 c.p.p. è rimasta invariata nonostante la materia delle intercettazioni sia stata oggetto di un recente intervento novellistico, il quale, oltre al resto, ha invece interessato altri commi di quello stesso articolo. Si tratta della l. 28 febbraio 2020, n. 7, rubricata «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni», in *Gazz. Uff. – Serie Gen.*, 28 febbraio 2020, n. 50.

⁴⁵ Cfr. *supra*, note 7 e 13.

controllata, può essere autorizzato nei procedimenti per il contrasto ai delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile e iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile. La norma in parola è stata emanata in un periodo storico in cui, senza dubbio alcuno, le abilità investigative (già sotto un profilo tecnologico) non erano paragonabili a quelle contemporanee, perseguendo il lodevole intento di essere stata concepita in chiave di tutela per determinate categorie di soggetti vulnerabili, quali persone offese di specifiche fattispecie delittuose a caratura sessuale.

Giova però rammentare che tali delitti, secondo l'inciso dell'art. 9, comma 1, lett. a) della l. 146/2006, rientrano comunque nel ventaglio delle tipologie di reato per le quali possono effettuarsi operazioni *undercover*: sono ivi previsti tutti i delitti contro la personalità individuale, quindi anche i delitti *lato sensu* sessuali. Ben potendo così gli operatori sotto copertura esercitare attività di contrasto verso i delitti a sfondo sessuale indicati nella l. 269/1998 non solo tramite le tecniche investigative previste nella stessa ma anche tramite la gamma più eterogenea di strumenti di indagine consentiti dalla disciplina contenuta nello "statuto"⁴⁶.

Sezione II L'utilizzo processuale delle attività "sotto copertura"

8. La verbalizzazione delle attività di indagine compiute

Si è già accennato che l'art. 9, comma 1 *bis*, dello "statuto" prevede che le attività sotto copertura debbano avvenire «in attuazione di

⁴⁶ Il legislatore ha peraltro inteso disciplinare alcuni aspetti delle operazioni sotto copertura nel solo "statuto". Si pensi all'art. 14, comma 4, l. 269/1998 – abrogato, appunto, dalla l. 146/2006 – il quale prevedeva che i beni o i materiali sequestrati a seguito dell'applicazione di quella stessa legge potessero essere utilizzati a richiesta della polizia giudiziaria ma solo per le attività di contrasto ai delitti sessuali ivi indicati. Nell'art. 9 della l. 146/2006 sono ora contenute due disposizioni di analogo tenore letterale. In una è previsto – in via generale – che l'autorità giudiziaria possa affidare il materiale o i beni sequestrati in custodia giudiziale, con facoltà d'uso, agli organi di polizia giudiziaria che ne facciano richiesta (comma 9). Nell'altra è previsto che i beni informatici o telematici confiscati in quanto utilizzati per la commissione di delitti contro la personalità individuale vengano assegnati agli organi di polizia giudiziaria che ne abbiano avuto l'uso ai sensi del comma 9 (comma 9 *bis*).

operazioni autorizzate e documentate»⁴⁷, ai fini dell'applicazione della causa di giustificazione per gli agenti coinvolti.

Inoltre, le «comunicazioni» che riguardano tutte le operazioni sotto copertura in senso lato, quelle che riguardano le omissioni e/o i ritardi nel compimento di atti di competenza dell'organo amministrativo, quelle che riguardano le c.d. operazioni controllate (commi 4, 6 e 6 *bis* della citata l. 146/2006) nonché i provvedimenti di differimento adottati dal pubblico ministero (ai sensi del comma 7), sono senza ritardo trasmesse, a cura del medesimo pubblico ministero, al procuratore generale presso la Corte d'appello. Per i delitti indicati all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., la «comunicazione» è trasmessa al procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo (comma 8).

In specie, si è pure visto che nei casi di ritardo o differimento di atti di loro competenza, «gli ufficiali di polizia giudiziaria» debbano dare «immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero», trasmettendo, però, a quest'ultimo «motivato rapporto entro le successive quarantotto ore».

Nel silenzio della legislazione speciale occorrerebbe chiedersi quale tipo di atto, in concreto, debba essere redatto dagli organi di polizia giudiziaria.

Per quanto specificamente qui di interesse, l'art. 357, comma 1, c.p.p. prevede che la polizia giudiziaria annoti, secondo le modalità ritenute idonee ai fini delle indagini, anche sommariamente, «tutte le attività svolte», anche quelle dirette alla individuazione delle fonti di prova.

E l'art. 115, comma 1 *bis*, disp. att., dal suo canto, prevede che le annotazioni in questione, quando riguardino operazioni sotto copertura contengano «le generalità di copertura utilizzate nell'operazione».

Pertanto, pare possibile affermare che qualunque tipo di attività espletata durante le indagini preliminari, anche quella che potrebbe sembrare di minima importanza, dovrebbe comunque essere verbalizzata tramite «annotazioni». Si pensi agli «atti a contenuto semplice o di limitata rilevanza» (cfr. art. 373, comma 3 e, comunque, la disciplina di cui all'art. 357, comma 1, c.p.p.).

Questi atti dovranno poi essere trasmessi dalla polizia giudiziaria al pubblico ministero per il di più a praticarsi.

⁴⁷ V. *supra*, par. 2.

La tematica della verbalizzazione degli atti della polizia giudiziaria – specie nel delicato settore delle investigazioni *undercover* – non dovrebbe essere trascurata.

Se si concorda con l'assunto che le attività sotto copertura possono essere finalizzate anche alla acquisizione della notizia di reato⁴⁸, pare implicitamente riconoscersi una qualche funzione di "polizia amministrativa" e non solo "giudiziaria" agli agenti infiltrati durante l'espletamento delle attività *de quibus*.

Ci si potrebbe pure chiedere, sotto altro verso, se durante le attività a carattere "preventivo" dovessero emergere «indizi di reato», per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale, gli agenti sotto copertura debbano applicare il codice di procedura penale, ricoprendo le vesti di polizia giudiziaria (art. 220 coord.).

Senza poi tralasciare che la qualifica di "polizia di sicurezza" imporrebbe anche agli agenti sotto copertura di redigere la c.d. «relazione di servizio» (prevista dagli artt. 36 e 37 del r.d. 31 agosto 1907, n. 690).

Si tratta di un atto che ha rilevanza interna nel corpo di appartenenza, destinato al dirigente dell'ufficio, al quale viene riferito tutto quanto è emerso durante il servizio. L'atto dovrebbe svolgere quindi una funzione tipica di pubblica sicurezza. Ma nella prassi, avallata da taluna giurisprudenza, fino ad un recente passato, si era consolidata la tendenza a inviare l'atto in questione anche al pubblico ministero. Tale atto poi, veniva considerato irripetibile e confluiva nel fascicolo per il dibattimento⁴⁹, ai sensi dell'art. 431, comma 1, lett. b), c.p.p.

Sul punto è in seguito intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite⁵⁰, la quale ha chiarito che per stabilire il carattere "non ripetibile" dell'atto occorre valutarne il contenuto.

La relazione di servizio è "atto ripetibile" quando rappresenta una mera attività di constatazione e osservazione che è riproducibile genuinamente mediante la narrazione del verbalizzante. In questa categoria, rientrerebbero, ad esempio, quelle relazioni di servizio che

⁴⁸ Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli e altri, cit.

⁴⁹ Così, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 20ª ed., Giuffrè, Milano, 2019, 549.

⁵⁰ Cass. Sez. Un., 18 dicembre 2006, in *Guida dir.*, 2/2007, 78 ss.

sono volte a descrivere un pedinamento, la presenza di persone in un luogo, la stessa notizia di reato.

La relazione di servizio è invece atto “non ripetibile” quando rappresenta fatti, persone o cose che sono soggette a mutamento o quando le circostanze riferite non sono riproducibili mediante la narrazione ad opera del verbalizzante. Una relazione di tal contenuto potrà poi confluire nel fascicolo per il dibattimento soltanto se in possesso di tutti i requisiti, richiesti a pena di nullità, per il verbale *ex art. 142 c.p.p.*

In quest’ultima categoria invece rientrano, a titolo esemplificativo, quelle relazioni di servizio che rappresentano l’arresto di uno spacciatore, descrivendo il quantitativo di sostanze stupefacenti sequestrate; oppure i rilievi fotografici, audiovisivi o fonografici⁵¹.

9. (Segue). *L’utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall’indagato (o da altre persone) all’agente “sotto copertura”*

Con riferimento a quelle relazioni di servizio che possono contenere rilievi audiovisivi o fonografici, perplessità sono state espresse in dottrina, che ha ben evidenziato come il contenuto di esse (che confluirebbe nel fascicolo per il dibattimento) possa riguardare dichiarazioni dell’indagato assunte in violazione delle regole di acquisizione probatoria⁵².

Pertanto, il documento fonografico o audiovisivo sarebbe pienamente utilizzabile nella misura in cui sia garantito il rispetto delle garanzie difensive della persona sottoposta alle indagini o dell’imputato. Non sarebbe però utilizzabile come prova nel dibattimento quella registrazione fonografica o audiovisiva effettuata clandestinamente da personale della polizia giudiziaria e rappresentativa di colloqui intercorsi tra la stessa polizia giudiziaria ed altri soggetti (quali confidenti o persone informate dei fatti o indagati), perché in netto contrasto con specifici divieti probatori.

L’argomento *de quo* era, peraltro, stato oggetto di una serie di contrasti tra diverse Sezioni della Suprema Corte. Contrasti, questi, che

⁵¹ V. ancora P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 549.

⁵² G. CAROFIGLIO – A. SUSCA, *La testimonianza dell’ufficiale e dell’agente di polizia giudiziaria*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2005, 150.

sia pure definiti, a posteriori, come «non massicci e radicali, forse perché le soluzioni di volta in volta fornite non sempre sono riconducibili ad un medesimo principio, ma risentono piuttosto del condizionamento riveniente dalla contingenza del singolo caso concreto»⁵³, meritavano comunque un intervento risolutivo.

Le Sezioni Unite, investite della questione dalla sesta sezione della Cassazione, hanno invero avuto modo di chiarire che la registrazione effettuata dalla polizia giudiziaria di dichiarazioni, conversazioni, colloqui non è utilizzabile processualmente tutte le volte che violi il divieto di testimonianza posto dagli artt. 62 e 195, comma 4, c.p.p., relativo alla ricezione di dichiarazioni indizianti rese, senza il rispetto delle garanzie difensive, dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato (art. 63 c.p.p.), nonché concernente le dichiarazioni dei c.d. "confidenti" della polizia e dei servizi di sicurezza (art. 203 c.p.p.). Ciò, in quanto, sempre secondo le Sezioni Unite, la spendibilità processuale delle registrazioni clandestine si basa sulla pertinenza del documento fonico alla rappresentazione di notizie (aventi ad oggetto il contenuto del colloquio) che ben possano essere introdotte nel processo attraverso la testimonianza del partecipe implicato nella registrazione⁵⁴.

Tali atti, quindi, pur non essendo utilizzabili in dibattimento, saranno tutt'al più inquadrabili nel contesto delle dichiarazioni indizianti e potranno senz'altro costituire spunto per ulteriori indagini, i cui esiti investigativi saranno invece pienamente utilizzabili⁵⁵.

10. La veste processuale dell'agente "sotto copertura"

Si è già fatto cenno⁵⁶, all'eventualità che durante la formazione del fascicolo per il dibattimento, una determinata relazione di servizio possa essere valutata dal giudice quale "atto ripetibile" e quindi non rientrare nella categoria degli atti che tassativamente devono essere

⁵³ Cass. Sez. Un., 24 settembre 2003, Torcasio e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 225469.

⁵⁴ Ancora, Cass. Sez. Un., 24 settembre 2003, Torcasio e altro, cit.

⁵⁵ In argomento, E. ANDOLINA, *sub* art. 63, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, (a cura di) G. ILLUMINATI e L. GIULIANI, 3^a ed., CEDAM, Padova, 2020, 227.

⁵⁶ V. *supra*, par. 8.

«raccolti» in quel fascicolo, ai sensi dell'art. 431, comma 1, lett. b), c.p.p.⁵⁷.

Posto che la formazione del fascicolo per il dibattimento avviene nel contraddittorio tra le parti, se queste ultime non raggiungono una scelta concorde, che si concretizzi nell'acquisizione di un atto⁵⁸ "ripetibile", l'atto stesso potrebbe non confluire in quel fascicolo.

In questa evenienza, non parrebbe peregrino chiedersi se l'agente sotto copertura possa essere chiamato a rendere la propria deposizione in dibattimento, sui fatti appresi durante le indagini, assumendo quindi la veste di testimone.

Pertanto, non appare molto convincente la tesi secondo cui la testimonianza dell'agente dovrebbe essere ancorata ad una sua iscrizione nominale nel registro delle notizie di reato, per il rispetto di un preciso obbligo del pubblico ministero⁵⁹.

Ragioni di segno contrario possono cogliersi da una lettura complessiva della disciplina delle investigazioni sotto copertura.

Se un agente, durante l'attività *undercover*, ha rispettato le prescrizioni contenute nell'art. 9 della menzionata l. 146/2006 non sarebbe a questi attribuibile alcun reato suscettibile di iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., per la presenza della speciale causa di non punibilità che si affianca a quella di cui all'art. 51 c.p., entrambe previste dalla norma.

Del resto, non apparirebbe davvero consono, già sotto un profilo umano⁶⁰, attribuire la veste di persona sottoposta alle indagini proprio a chi, magari in gran parte, in quel procedimento – sotto la costante supervisione del magistrato requirente, ha fornito il proprio contributo all'attività investigativa.

E ciò non apparirebbe di certo giustificabile neppure considerando l'iscrizione nel registro delle notizie di reato come un mero espediente.

⁵⁷ Sulla tassatività dell'elencazione degli atti da inserire nel fascicolo del dibattimento, v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 657 s.

⁵⁸ Cfr. G. GARUTI, in AA.VV., *Procedura penale*, (a cura di) O. DOMINIONI e altri, 7^a ed., Giappichelli, Torino, 2019, 511 ss.

⁵⁹ Descrive questo dibattito: GIUS. AMATO, *Le operazioni simulate. Se l'agente provocatore entra nel processo*, in *Gnosis – Rivista italiana di intelligence*, 2/2007, 1.

⁶⁰ La mente torna a quanto egregiamente sostenuto oltre 250 anni fa: «non tremi ad ogni proposizione che sostenga gl'interessi dell'umanità», così, testualmente, C. BECCARIA, *A chi legge*, in *Dei delitti e delle pene*, (a cura di) F. VENTURI, Einaudi, Torino, 2014, 6.

Sul piano prettamente processuale poi, in simili circostanze, una testimonianza dell'agente *undercover* difficilmente potrebbe essere ammessa, in quanto opererebbe l'incompatibilità prevista dall'art. 197, comma 1, lett. *a*), c.p.p., salvo che non sia stata pronunciata sentenza irrevocabile nei di lui confronti⁶¹.

Si creerebbe così un meccanismo fin troppo articolato e forse contrario allo spirito della norma. Non si ritiene quindi che l'ingresso sulla scena processuale dell'agente sotto copertura possa avvenire in qualità di imputato da escutere con l'esame in dibattimento.

Diverso discorso, in punto, potrebbe essere effettuato con riguardo alla possibilità che un agente sotto copertura possa assumere la qualifica di "mero" testimone.

Molto più opportunamente, si potrebbe focalizzare l'attenzione sulla connotazione potenzialmente "ibrida" dell'agente sotto copertura, potendo egli rivestire la duplice, ma alternativa, qualifica di polizia amministrativa oppure di polizia giudiziaria. Ciò, invero, potrebbe avere inevitabili implicazioni sulla possibilità che questi possa rendere la propria testimonianza all'interno del processo.

Occorre, in ogni caso, avere riguardo al contenuto della testimonianza che l'agente dovrebbe rendere.

In primo luogo, qualora l'agente sotto copertura avesse compiuto atti di polizia giudiziaria non potrebbe rendere testimonianza sulle dichiarazioni rese dall'indagato o dall'imputato, stante l'esplicito divieto previsto dall'art. 62 c.p.p.⁶².

Su altro fronte, è noto, come l'art. 195, comma 4 c.p.p., preveda che ufficiali e agenti di polizia giudiziaria non possano deporre sul contenuto di dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità previste dagli artt. 351 c.p.p. (sommarie informazioni da persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini) e 357, comma 2, lett. *a*) e lett. *b*) c.p.p. (denunce, querele, istanze presentate oralmente, sommarie informazioni rese e dichiarazioni spontanee ricevute dall'indagato).

Sul punto è peraltro intervenuta la Corte costituzionale, la quale ha utilizzato la tipica formula della sentenza interpretativa di

⁶¹ Cfr. Cass., Sez. I, 18 ottobre 2005, Sberna, in *C.E.D. Cass.*, n. 232448.

⁶² Sulla possibilità che l'agente provocatore, in quanto organo amministrativo, possa rendere testimonianza su quanto appreso da parte dell'imputato, v. E. ANDOLINA, *sub* art. 62, in *AA.VV.*, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 222.

accoglimento per censurare il principio di diritto – formatosi in giurisprudenza di legittimità – secondo cui le dichiarazioni di testimoni ricevute e non verbalizzate da parte di ufficiali di polizia giudiziaria potevano essere oggetto di testimonianza indiretta⁶³.

Secondo il Giudice delle leggi è irragionevole e, nel contempo, indirettamente lesivo del diritto di difesa e dei principi del giusto processo ritenere che la testimonianza *de relato* possa essere utilizzata qualora si riferisca a dichiarazioni rese con modalità non rispettose delle disposizioni degli artt. 351 e 357, comma 2, lett. a) e lett. b), c.p.p., pur sussistendo le condizioni per la loro applicazione, mentre non lo sia qualora la dichiarazione sia stata ritualmente assunta e verbalizzata.

Così operando, secondo la Corte, «[s]i finirebbe per dare rilievo processuale – anche decisivo – (...) ad atti processuali compiuti eludendo obblighi di legge, mentre sarebbero in parte inutilizzabili quelli posti in essere rispettandoli».

Occorrerebbe allora trovare una strada percorribile per consentire la testimonianza dell'agente sotto copertura.

Una soluzione potrebbe essere riscontrabile nell'orientamento che considera ammissibile la testimonianza dell'agente sotto copertura, anche su quanto appreso dall'imputato o da altre persone nel corso dell'investigazione, che nell'ambito dell'operazione svolta, si sia limitato a ricoprire il ruolo di mero soggetto "partecipante all'azione"⁶⁴.

Così argomentando, al contrario, non sarebbe ammissibile la testimonianza dell'agente sotto copertura che in quella specifica indagine abbia ricoperto le vesti di ufficiale di polizia giudiziaria, con i poteri autoritativi e certificatori connessi a quella qualifica.

Seguendo questa impostazione potrebbe così essere consentito all'agente sotto copertura di riferire in dibattimento sia sulle

⁶³ Secondo la Consulta l'art. 195, comma 4, c.p.p., è da ritenersi costituzionalmente illegittimo «ove interpretato nel senso che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b), cod. proc. pen., e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate». Così, Corte cost., 29 luglio 2008, n. 305, in *Guida dir.*, 38/2008, 87.

⁶⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 10 marzo 2017, M. L., cit.; Cass., Sez. III, 9 maggio 2013, Jendoubi e altro, cit.; Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli e altri, cit.; Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2006, Ani ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 235590; Cass., Sez. IV, 30 novembre 2004, Meta, *ivi*, n. 230720; Cass., Sez. IV, 29 maggio 2001, Tomassini e altri, *ivi*, n. 220263.

dichiarazioni dell'indagato/imputato sia su quanto appreso dai soggetti diversi da quest'ultimo.

Discorso analogo potrebbe effettuarsi per il caso in cui una relazione di servizio, magari peculiare sotto il profilo contenutistico, venga, per così dire, "espunta" dal materiale conoscitivo del giudice; ben potendo, l'agente sotto copertura che l'aveva redatta (ed operante nelle vesti di polizia amministrativa), riferirne il contenuto, rendendo la propria testimonianza davanti all'organo giudicante.

11. (Segue). *La testimonianza dell'agente "sotto copertura": tra esigenze di tutela dell'identità del dichiarante e garanzie nella formazione della prova*

Come è noto, nell'istruzione dibattimentale, prima che l'esame abbia inizio, il presidente avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità, delle conseguenze penali previste dalla legge per i testimoni falsi o reticenti e, dopo averlo invitato a rendere la dichiarazione nella quale questi si impegna a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a sua conoscenza, lo invita a fornire le proprie generalità (art. 497, comma 2, c.p.p.).

Tuttavia, per determinati soggetti che devono rendere la propria testimonianza è prevista una particolarità proprio con riguardo alle loro generalità.

Ed invero, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza, gli ausiliari, nonché le interposte persone, chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento, in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'art. 9, l. 146/2006, e della l. 124/2007, quando sono invitati a fornire le proprie generalità, indicano quelle di copertura utilizzate nel corso delle attività medesime (art. 497, comma 2 *bis*, c.p.p.)⁶⁵.

La disciplina *de qua* si pone in coordinamento sistematico con quella di cui all'art. 147 *bis* disp. att. che prevede, dettagliatamente,

⁶⁵ Pare possibile, peraltro, segnalare che la disposizione appena menzionata non è prevista a pena di nullità (cfr. art 497, comma 3, c.p.p.). Infatti, la sola inosservanza delle disposizioni inerenti al comma 2 dell'art. 497 c.p.p., di cui si deve dar conto nel verbale *ex art.* 510, determina la nullità della testimonianza, cfr. L. SURACI, *L'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. II, (a cura di) A. MARANDOLA, UTET, Torino, 2015, 1171.

specifiche modalità di svolgimento dell'esame degli operatori sotto copertura⁶⁶, consentendo, oltre al resto, che il loro volto non sia reso visibile o che comunque l'esame possa avvenire a distanza mediante collegamento audiovisivo.

Questa forma di tutela appare, in un certo qual senso, ben comprensibile.

L'agente, *lato sensu* inteso, si è infiltrato nel tessuto di sodalizi criminali, finendo per compromettere la loro attività illecita. Le consorterie dedite a delinquere, per come tristemente noto, sono molto ben organizzate e potrebbero azionare dei meccanismi di ritorsione nei riguardi di chi materialmente ha proceduto all'operazione sotto copertura.

Il vantaggio dell'anonimato, poi, consentirebbe anche di poter proseguire ulteriori e parallele investigazioni ancora in corso, i cui esiti potrebbero invece essere compromessi qualora siano rese note le generalità – e, di certo, la fisionomia stessa – dell'agente infiltrato.

Pare quindi che si tratti di una precisa scelta del legislatore, che in ottica di bilanciamento tra contrapposti interessi ha inteso privilegiare – con la c.d. “testimonianza anonima” – la tutela dell'incolumità del dichiarante comprimendo, però, la piena attuazione del diritto di difesa⁶⁷.

Nell'ottica di rafforzamento della protezione dell'identità degli agenti *undercover*, il comma 11 dell'art. 9 della l. 146/2006 (così come modificato dalla citata l. 136/2010) prevede anche una disposizione di carattere sostanziale che punisce con la reclusione da due a sei anni, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque indebitamente riveli ovvero divulghi i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano le operazioni sotto copertura.

Talune perplessità potrebbero sorgere relativamente alla facoltà riservata al pubblico ministero precedente di conoscere il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile dell'operazione, nonché quelli degli eventuali ausiliari e interposte persone impiegati⁶⁸; mentre ciò sarebbe precluso al giudice e alle parti private. Queste peculiarità

⁶⁶ La norma riguarda anche altre peculiari categorie di testimoni: collaboratori di giustizia e imputati di reato connesso.

⁶⁷ Su questi profili, v. P. MOSCARINI, *sub* art. 497, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, (a cura di) A. GIARDA e G. SPANGHER, tomo II, 5^a ed., IPSOA, Assago, 2017, p. 2331.

⁶⁸ Lo si è già accennato *supra*, par. 4 – *ex* art. 9, comma 4, della citata l. 146/2006.

processuali, volte a proteggere l'identità dell'agente durante l'esame testimoniale, potrebbero collidere con specifiche garanzie di caratura costituzionale, quali il principio di parità tra accusa e difesa (art. 111, comma II, Cost.) ed il diritto dell'imputato di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico (art. 111, comma III, Cost.).

In ogni caso, la disciplina pare applicabile in ogni contesto in cui l'operatore sotto copertura sia chiamato a rendere dichiarazioni: «chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento», precisa la norma di cui all'art. 497, comma 2 *bis*, c.p.p.⁶⁹.

Ulteriori criticità sono poi riscontrabili nel fatto che "l'anonimato sostanziale"⁷⁰ del testimone potrebbe compromettere l'efficacia del controesame, impedendo al difensore di dimostrare la scarsa credibilità del dichiarante magari alla luce di eventuali legami personali o di ulteriori vicende che lo hanno visto coinvolto.

12. Le patologie connesse all'acquisizione degli elementi di prova

A questo punto, dopo aver analizzato alcuni tratti dell'utilizzo processuale dell'attività *undercover*, sia pur senza alcuna pretesa di esaustività, parrebbe interessante occuparsi di un ultimo profilo, che riguarda le problematiche connesse alle prove illegittimamente acquisite.

Secondo il principio di legalità della prova il giudice può basare la propria decisione soltanto su materiale conoscitivo raccolto nel rispetto delle regole di acquisizione probatoria. Qualora sussista una violazione del principio in questione conseguirà una "contromisura sanzionatoria" da parte dell'ordinamento: l'atto sarà considerato invalido nel suo contenuto probatorio e perciò solo non potrà essere in alcun modo utilizzato dal giudicante per decidere.

In argomento parrebbe opportuno prendere le mosse dall'art. 191, comma 1, c.p.p. il quale stabilisce che le prove acquisite in violazione

⁶⁹ Cfr. C. GABRIELLI, *sub* art. 497, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 2456.

⁷⁰ In quanto «(...) le generalità di copertura vengono comunque fornite», così, A. ZAPPULLA, *Modifiche alla disciplina in materia di operazioni sotto copertura*, in *Legisl. pen.*, 4/2010, 457.

dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. Tale tipo di inutilizzabilità può essere definito “generale” in quanto la previsione in parola ha delineato un regime normativo che esclude, appunto, in via generale, l’utilizzabilità delle prove acquisite in violazione di uno specifico divieto probatorio. Pertanto, anche quando le norme di parte speciale non prevedono espressamente alcuna sanzione, l’inutilizzabilità può desumersi dall’art. 191, comma 1, c.p.p. là dove siano configurabili veri e propri divieti probatori⁷¹.

Così come è dato riscontrare delle ipotesi di “inutilizzabilità speciale” previste, invece, da specifiche disposizioni del codice di rito⁷².

Inoltre, pare opportuno far cenno delle ipotesi di “inutilizzabilità assoluta” e di quelle di “inutilizzabilità relativa”.

Si ha “inutilizzabilità assoluta” quando l’atto è inservibile nei riguardi di qualsiasi soggetto ed in relazione a qualunque tipo di

⁷¹ Cfr. *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff. – Serie Gen.*, 24 ottobre 1988, n. 250, 61. I c.d. “divieti probatori” non sono soltanto quelli espressamente previsti dall’ordinamento processuale come accade, ad esempio, nei casi indicati dagli artt. 197 e 234 comma 3, c.p.p. – e cioè in materia di incompatibilità a testimoniare o in relazione all’impossibilità giuridica di acquisire atti il cui contenuto faccia riferimento alle “voci correnti nel pubblico” –, ma possono anche essere desumibili dall’ordinamento, e ciò accade tutte le volte in cui i divieti in materia probatoria non siano dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo o acquisitivo della prova (Cfr. Cass. Sez. I, 14 ottobre 2015, Binni, in www.itagiure.giustizia.it/sncass/, n. 5758; nonché Cass. Sez. Un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 11/1996, 3268).

⁷² A titolo esemplificativo potrebbe menzionarsi la disciplina contenuta nell’art. 240, comma 1, c.p.p., che prevede l’inutilizzabilità dei documenti che contengono dichiarazioni anonime, salvo che i documenti anonimi in questione costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall’imputato. Nella categoria delle “inutilizzabilità speciali” rientrerebbero anche gli specifici divieti di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni qualora: a) siano eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge; b) siano avvenute senza l’osservanza delle disposizioni previste dagli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, c.p.p.; c) riguardino persone tenute al segreto quando abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, della loro professione, o del loro ufficio, salvo che le persone in questione abbiano depresso proprio sui fatti coperti da segreto o li abbiano in altro modo divulgati (art. 271 c.p.p.). Peraltro, il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 ha inserito nel corpo dell’art. 271 c.p.p. un comma 1 *bis* secondo cui non sono, in ogni caso, utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all’inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo.

decisione⁷³. Sotto altro profilo, si è in presenza di una “inutilizzabilità relativa” qualora il regime giuridico operi con specifico riguardo a determinate categorie di soggetti oppure a determinate categorie di provvedimenti⁷⁴.

Ulteriore distinzione di particolare interesse è quella tra “inutilizzabilità fisiologica” e “inutilizzabilità patologica”.

Con l’espressione “inutilizzabilità fisiologica” si indica la “inidoneità” di un atto a contenuto cognitivo «a formare la prova dibattimentale» ovvero anche l’impossibilità di impiegare «un atto delle indagini preliminari in sede probatoria»⁷⁵. Essa è considerata il più importante “precipitato tecnico” del principio di separazione delle fasi processuali: gli atti pur validamente formati non possono essere utilizzati per la decisione finale perché acquisiti senza un pieno contraddittorio (art. 526, comma 1, c.p.p.)⁷⁶.

Per “patologica” si intende invece l’inutilizzabilità «attinente a un vizio intrinseco dell’atto». Si tratta quindi di quelle prove acquisite in violazione di divieti stabiliti dalla legge (art. 191 c.p.p.)⁷⁷.

Il fondamento della disciplina delle inutilizzabilità *ex art. 191 c.p.p.* non si basa soltanto su ragioni di matrice etica – quindi sulla volontà dell’ordinamento di impedire che atti illeciti assumano valore probatorio – quanto sulla salvaguardia dell’ordine politico-costituzionale, poiché l’effettività della tutela dei principi fondamentali che più facilmente vengono lesi in caso di assunzione di prova in

⁷³ Sul punto, v. C. CONTI, *L’inutilizzabilità*, in AA. VV., *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, (a cura di) A. MARANDOLA, UTET, Torino, 2015, 106 ss.

⁷⁴ Un caso di “inutilizzabilità relativa” di “tipo soggettivo” può riscontrarsi nell’art. 63 c.p.p. il quale sancisce che le dichiarazioni indizianti non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. Invece, è possibile riscontrare una ipotesi di “inutilizzabilità relativa” di “tipo oggettivo” nell’art. 360, comma 5, c.p.p. La disposizione *de qua* prevede l’inutilizzabilità dell’accertamento tecnico irripetibile in dibattimento – qualora il requirente, malgrado l’espressa riserva formulata dall’indagato di procedere con incidente probatorio e nei casi in cui tale differimento sia possibile, disponga ugualmente di procedere agli accertamenti –, mentre tale atto sarà, invece, utilizzabile nei procedimenti speciali quali il rito abbreviato e il patteggiamento (cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 215).

⁷⁵ D. CHINNICI, *L’inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2014, 892.

⁷⁶ C. CONTI, *L’inutilizzabilità*, cit., 100 ss.

⁷⁷ E. AMODIO, *Fascicolo processuale e inutilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, 172.

2/2020

violazione di un divieto, riposa nel negare ogni utilizzabilità a quanto venga così acquisito. Soltanto applicando il divieto di utilizzabilità si disincentiveranno quelle pratiche di acquisizione della prova con modalità illegali (e talora anche illecite), che violano i diritti costituzionali a cui presidio sono appunto posti i divieti rinvenibili nel codice di rito e nelle norme speciali⁷⁸.

Quanto appena affermato trova applicazione proprio nel contesto delle operazioni sotto copertura: l'art. 9 della l. 146/2006 delimitando l'attività degli agenti «al solo fine di ricercare elementi di prova» la inserisce nell'ambito delle indagini preliminari, con la conseguenza che essa dovrà quindi avvenire nel pieno rispetto delle regole di acquisizione degli elementi di prova previste in quella fase⁷⁹.

Occorrerebbe allora chiedersi se eventuali comportamenti istigatori dell'agente sotto copertura, posti in essere nei riguardi dell'indagato, durante la raccolta degli elementi di prova, possano o meno pregiudicare l'utilizzo processuale di quello specifico atto a contenuto probatorio. Quindi valutare se un atto assunto con queste modalità possa essere soggetto alla sanzione processuale dell'inutilizzabilità ("patologica") di cui all'art. 191, comma 1, c.p.p. per il suo vizio "intrinseco".

Sul punto, proprio di recente, è intervenuta la giurisprudenza di legittimità che ha ben chiarito come la condotta dell'agente possa incidere non già e non solo sulla di lui penale responsabilità ma anche sulla sorte legata all'utilizzo processuale del materiale probatorio acquisito tramite quello stesso contegno operativo.

E così, secondo la Corte, quando la condotta dell'agente provocatore non si inserisca con rilevanza causale nell'*iter criminis* ma intervenga in modo indiretto e marginale, è applicabile la scriminante dell'adempimento del dovere⁸⁰; qualora, invece, la condotta del provocatore assuma una rilevanza causale nel fatto commesso dal provocato, nel quale venga suscitato un intento delittuoso prima inesistente, la scriminante non trova applicazione e tale condotta rende l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai

⁷⁸ Cfr. G.i.p. presso Trib. Lecce, ord. 3 ottobre 2017, Y. N., in *Gazz. Uff., Serie Spec. – Corte cost.*, 7 febbraio 2018, n. 6.

⁷⁹ Sulle modalità di acquisizione degli elementi di prova, v. *supra*, par. 4.

⁸⁰ Cass., Sez. III, 9 maggio 2013, Jendoubi e altro, cit.

sensi dell'art. 6 C.E.D.U. producendo, quale ulteriore conseguenza, l'inutilizzabilità della prova acquisita⁸¹.

Argomentando in questi termini, parrebbe giuridicamente corretto quel contegno dell'agente sotto copertura che si sia limitato a disvelare un'intenzione criminosa già esistente nell'imputato – anche se allo stato latente – senza però averla in lui determinata in modo essenziale, fornendogli soltanto l'occasione per concretizzarla.

E così, avviandoci ormai alla conclusione, pare possibile sostenere che gli elementi di prova raccolti possano trovare ingresso nel dibattimento, e quindi essere utilizzati dal giudice per la decisione, soltanto qualora l'agente abbia assunto una posizione di minimo rilievo rispetto alla realizzazione dell'illecito, cioè non si sia spinto al punto da cagionare, con rilevanza causale, l'evento criminoso. Detto evento non sarà sollecitato dall'agente sotto copertura ma sarà, piuttosto, riconducibile, nell'ideazione e nella realizzazione, alla volontà del solo indagato.

⁸¹ Così, Cass., Sez. III, 15 dicembre 2017, De Benedectis, in www.italgiure.giustizia.it/sncass/, n. 56037; conformi: Cass., Sez. III, 7 febbraio 2014, in C.E.D. Cass., n. 260081, Cass., Sez. III, 9 maggio 2013, Jendoubi e altro, cit. nonché Cass., Sez. III, 10 gennaio 2013, L. G., in *Dir. pen. proc.*, 5/2013, 561 ss., con nota di B. PIATTOLI, *Agenti provocatori, indagini "undercover" e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione*. In argomento, v. pure Cass., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli e altri, cit. Sul versante della giurisprudenza sovranazionale v. Corte Edu, sent. 13 settembre 2016, Ibrahim e altri c. Regno Unito di Inghilterra, cit.; Corte Edu, sent. 9 giugno 1998, Teixeira De Castro c. Portogallo, cit.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

IVAN VALIA

La maternità surrogata alla prova dell'utilitarismo e della teoria della giustizia

ABSTRACT - Surrogacy, like other bioethical issues, hardly seems able to offer definitive proposals, especially considering the plurality of practical and moral profiles involved. Therefore, the purpose of this article is to evaluate the ethical sustainability of this practice in the context of two specific theories of philosophical debate: Utilitarianism, in Jeremy Bentham's version, and John Rawls's Theory of Justice. Through the breakdown into four distinct hypotheses, identified on the basis of their different degree of complexity, we will try to obtain more accurate moral outcomes compared to those we would get adopting a generalist method.

KEYWORDS - Surrogacy, Utilitarianism, Theory of justice, Ethical sustainability, Desire for parenthood.

2/2020

IVAN VALIA*

La maternità surrogata alla prova dell'utilitarismo e della teoria della giustizia**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Maternità surrogata e utilitarismo – 3. Maternità surrogata e teoria della giustizia – 4. Oltre il felicific calculus e il velo di ignoranza: riflessioni conclusive.

1. Premessa

Sotto l'etichetta "maternità surrogata" rientrano ipotesi che spesso sono molto differenti tra loro. Si pensi alle distinzioni che intercorrono tra maternità surrogata tradizionale e maternità surrogata gestazionale¹, o tra

* Assegnista di ricerca e docente di Filosofia politica presso l'Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Nella maternità surrogata tradizionale (che può essere definita anche parziale o genetica), la madre gestante (detta anche genetica, sostituta, biologica o vicaria) è l'unica madre naturale, che ha la relazione genetica col bambino. Essa ha fornito il proprio ovulo, che può essere fecondato: a) con il seme del genitore intenzionale; b) con il seme di un terzo donatore. Nel primo caso (a) il nascituro avrà, dunque, una correlazione genetica, oltre che con la madre surrogata, anche col genitore che ha fornito i gameti maschili. Nel secondo caso (b) non vi sarà alcun collegamento genetico coi genitori committenti, che intercorrerà, quindi, solo con la madre surrogata e col terzo donatore. Nella maternità surrogata gestazionale (che può essere definita anche assoluta, totale o utero in affitto) la madre gestante non è la madre biologica e non ha collegamento genetico col feto. L'ovulo, infatti, è della madre committente o della terza donatrice. Il seme può essere del genitore committente o di un terzo donatore. La distinzione non può certo dirsi esaustiva e costituisce una semplificazione tanto rispetto alla pluralità dei soggetti e relativi interessi coinvolti nella pratica, quanto rispetto alla qualificazione terminologica. Essa, tuttavia, può ritenersi sufficiente per lo scopo dell'indagine. Si pensi che possono esservi fino a sei adulti che reclamano sul bambino surrogato lo *status genitoriale*. Nel complesso quadro relazionale della pratica possono così esser comprese la madre genetica (donatrice), la madre gestazionale (surrogata) e la madre richiedente oltre che il padre genetico (donatore), il coniuge della madre gestazionale (presunzione di paternità) ed il padre richiedente. Cfr. R. LA RUSSA, A. CAMPOLONGO, R.V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. LXXXII, 2/2017, pp. 683-716. Per un'ulteriore specificazione dei numerosi legami che possono sorgere tra i soggetti coinvolti nella pratica, si rimanda a R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2/2016, pp. 1-6, in particolare p. 3, nonché a S. POZZOLO, *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in *Diritto e questioni pubbliche*, vol. XVI, 2/2016, pp. 53-65. Con specifico riguardo alla qualificazione terminologica si veda, S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre)*.

la forma onerosa e quella gratuita², o ancora alle differenze che intercorrono tra le varie discipline nazionali, soprattutto in relazione al diverso modo di concepire le categorie degli aventi diritto: ordinamenti che la consentono anche ai single, altri che la vietano alle coppie omosessuali, altri ancora che la permettono solamente ai residenti³. Tali differenze creano uno scenario altamente complesso, tanto sul piano normativo, quanto su quello morale, sociale e culturale. Analizzare tutti i profili coinvolti appare alquanto velleitario, così come velleitario sarebbe il tentativo di offrire soluzioni morali definitive⁴.

L'intento del presente contributo è certamente più modesto, ma non per questo privo di ostacoli. S'intende collaudare la "tenuta" etica della pratica in parola attraverso la sua scomposizione in quattro distinte ipotesi, graduate in base al rispettivo tasso di complessità (maternità surrogata

Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista, in BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto, 2/2016, pp. 93-110, in particolare p. 94, nota 1 e L. D'AVACK, La maternità surrogata: un divieto inefficace, in Diritto di famiglia e delle persone, vol. XLVI, 1/2017, pp. 139-160.

² Sulla diversità di significato che la pratica potrebbe avere a seconda che si tratti di maternità a titolo oneroso o gratuito si veda, tra gli altri, R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, cit., in particolare p. 4.

³ La vastità del tema impedisce che in questa sede si possa approfondire la questione del ricorso alla maternità surrogata da parte dei single o delle coppie omosessuali. Per entrambe le fattispecie possono sorgere consistenti dilemmi in riferimento all'ampio contenuto del principio di "vita familiare" sancito dall'art. 8 Cedu e che arriverebbe a ricomprendere nella nozione tanto i primi, quanto le seconde. Tale principio rimanda al più vasto tema dell'interesse del minore e della sua tutela. La Corte Europea dei diritti dell'uomo ritiene che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione e delle relazioni genitoriali createsi avrebbe ricadute inevitabili proprio sulla vita familiare dei minori e, dunque, sui loro preminenti interessi. Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sezione V, *Mennesson c. Francia*, ric. n. 65192/11 del 26 giugno 2014. Più specificatamente, sul fatto che il nucleo familiare possa essere rappresentato anche da una coppia omosessuale si veda Tribunale di Roma, sentenza n. 299 del 30 luglio 2014. Sulla possibilità di trascrizione dell'atto di nascita di bambini nati all'estero da madre surrogata e padre single, si veda Tribunale di Napoli, Sezione I, 1° luglio 2011. Sulla disomogeneità della disciplina a livello internazionale si vedano, tra gli altri, B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2016, pp. 39-71 e L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3/2015, pp. 7-28.

⁴ Una lettura "etica" della maternità surrogata costituisce un'impresa discorsivamente, se non impossibile, quantomeno altamente problematica. Fa riferimento alla categoria del "discorsivamente impossibile" Robert Alexy allorquando, in relazione alla moralità di talune pratiche, asserisce che si dovrebbe avere l'obbligo morale di controllare non solo ciò che si dice, ma anche ciò che si pensa. Non mi pare che la maternità surrogata rientri nell'ambito dell'impensabile morale, nonostante sollevi dubbi e dilemmi di non poco conto. Cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

semplice, intermedia, complessa-1 e complessa-2), ciò al fine di analizzarle alla luce di due classiche teorie del dibattito filosofico morale: l'utilitarismo, nella versione di Jeremy Bentham, e la teoria della giustizia di John Rawls. Senza alcun intento filologico, delle due teorie utilizzeremo solo la loro idea portante, il loro principio ispiratore, che diventerà ai nostri fini una sorta di *philosophical tool*, uno strumento di collaudo filosofico per saggiare la tenuta morale delle fattispecie che prenderemo in considerazione. Per cui, dapprima assumendo una prospettiva utilitarista si misurerà il grado di felicità dei soggetti a vario titolo coinvolti, per poi, attraverso lo strumento della "posizione originaria", tentare di comprendere come gli esseri razionali sottoposti al velo di ignoranza immaginato da Rawls giudicherebbero la pratica.

L'indagine, così concepita, si concentrerà in modo particolare su alcuni elementi salienti, sugli elementi che più di altri sembrano caratterizzare la maternità surrogata nel suo svolgimento tipico. Così, oltre ai *soggetti* coinvolti, si considereranno le *procedure* necessarie per la sua realizzazione e le possibili ed eventuali *circostanze esterne di condizionamento*.

In particolare, l'ipotesi *semplice* appare quella maggiormente idonea per effettuare un primo collaudo teorico. Considerando che si intende verificare la moralità della pratica attraverso vari *step*, il punto di partenza non poteva che essere una versione massimamente semplificata, nell'ambito della quale poter considerare agevolmente le azioni poste in essere dai soggetti cui normalmente ci si riferisce quando si discute di maternità surrogata (madre surrogante e genitori intenzionali) ed eventualmente gli effetti che le stesse producono sul nascituro.

È del tutto evidente che tale prima versione costituisce poco più che un caso di scuola, dato che la maternità surrogata, di norma, incide su un contesto di relazioni ben più articolato, che comprende numerosi altri protagonisti.

Proprio al fine di non trascurare gli effetti che la pratica potrebbe avere su altri soggetti coinvolti, nella versione *intermedia* viene introdotto un nuovo soggetto, ossia l'altro figlio della gestante. La condizione di un soggetto che non ha un ruolo nel processo decisionale, che dalla realizzazione della pratica subisce effetti solo in via indiretta e che, dunque, appare particolarmente vulnerabile, sembra essere particolarmente emblematica della complessità relazionale tipica della pratica.

Infine, nelle due ipotesi *complesse*, svincolando definitivamente la *surrogacy* dalla iniziale dimensione idealtipica e, dunque, col proposito di avvicinarla ulteriormente ad un piano che sia maggiormente aderente alla

realtà, si considerano due versioni che, di fatto, sembrano essere tra le più critiche per la vita stessa della surrogante: una condizione di sua totale indigenza (ipotesi *complessa-1*) ed un problema per la sua salute che emerge durante la gravidanza (ipotesi *complessa-2*).

Le due ipotesi, ciascuna con le peculiarità di cui si renderà conto più in avanti, hanno il merito di far emergere alcuni tra i più consistenti dilemmi morali legati alla surrogazione di maternità, in particolar modo per ciò che attiene alla possibile mercificazione del corpo della donna.

L'analisi delle quattro diverse fattispecie, il riferimento agli elementi caratterizzanti ed i risultati morali ottenuti ci forniranno una solida base a partire dalla quale sarà possibile trarre delle conclusioni di certo più accurate rispetto a quelle cui perverremmo utilizzando un metodo generalista e non curante delle varie differenze considerate.

2. Maternità surrogata e utilitarismo

Com'è noto, per l'utilitarismo, in particolare nella formulazione offerta da Jeremy Bentham, un'azione può dirsi morale nel momento in cui si mostra capace di produrre la maggior felicità per il maggior numero di persone⁵. In altri termini, l'utilitarismo pretende di accertare empiricamente lo status morale di un'azione verificando il grado di felicità che la stessa è capace di determinare. In questo paragrafo, come anticipato, s'intende applicare questa classica idea a quattro versioni di maternità surrogata, partendo da quella *semplice*, ossia da una versione in cui figurano solo i pochi elementi essenziali indispensabili per configurare il concetto minimo della pratica. Senza riferimento alcuno alle circostanze esterne e ai vari

⁵ Secondo il filosofo inglese gli uomini tendono a massimizzare il proprio bene individuale attraverso la ricerca del piacere e del proprio utile. Un'azione sarà giusta se sarà diretta al perseguimento di quel bene, per cui essa non potrà dirsi morale o immorale in sé, ma per le conseguenze che essa determina. Per misurare il livello di piacere connesso all'azione Bentham ricorre allo strumento del *felicific calculus*, costituito da sette fattori: intensità, durata, certezza (o incertezza), vicinanza (o lontananza), fecondità, purezza ed estensione. La teorizzazione del metodo benthamiano è contenuta in *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), considerata la sua più importante opera. Per un approfondimento sulla "massimizzazione dell'utilità" e più in generale sull'utilitarismo si veda, tra gli altri, A. PORCIELLO, *Il positivismo giuridico inglese ottocentesco: Jeremy Bentham e John Austin*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino, 2010.

2/2020

fattori di condizionamento, emotivi o economici, che di norma accompagnano i soggetti in carne ed ossa nelle loro scelte procreative.

Il quadro che emerge alla luce dell'operazione di semplificazione appena presentata consente di raggruppare gli elementi essenziali in sole due categorie.

1) *Soggetti*: i soggetti coinvolti in questa prima ipotesi sono la madre surrogante, i genitori intenzionali⁶ ed il nascituro.

2) *Procedure (mediche e giuridiche)*: le procedure attraverso le quali si realizza la maternità surrogata sono la fecondazione della madre surrogante, la creazione di un rapporto contrattuale (gratuito o oneroso) tra madre surrogante e genitori intenzionali e la cessione del bambino.

In uno scenario così concepito, l'utilitarista, nella forma semplificata qui proposta, sembra in grado di pervenire ad una risposta alquanto precisa: per determinare lo status di moralità della maternità surrogata è, infatti, sufficiente che egli osservi i comportamenti dei protagonisti della vicenda procreativa, così da misurare il grado di felicità che potrebbero trarre dalla sua realizzazione. E com'è facile intuire, dall'angolo visuale squisitamente quantitativo prescelto dall'utilitarista, la pratica apparirà già a primo acchito moralmente ineccepibile, perché capace di realizzare a pieno la massima felicità di tutti i soggetti qui considerati. In particolare, il grado di felicità della madre surrogante in questo scenario subisce un incremento rispetto a quello antecedente alla pratica procreativa: nel caso di surrogazione a titolo gratuito, in quanto, spinta dallo spirito di solidarietà⁷, trarrà giovamento dal fatto di poter contribuire all'alleviamento delle sofferenze di soggetti che si assume abbiano problemi di fertilità⁸, in special modo quando ad essa legati da un rapporto di

⁶ Ai fini del calcolo della massimizzazione della felicità la coppia è da intendersi quale unità, anche tenendo in considerazione il fatto che nella pratica il genitore intenzionale può anche essere un single.

⁷ Secondo alcuni la maternità surrogata a titolo gratuito si configurerebbe come un vero e proprio "dono". In argomento si vedano le interessanti riflessioni di Susanna Pozzolo in S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, cit., in particolare p. 98.

⁸ D'altronde, secondo Bentham, l'obiettivo dell'uomo è sempre la ricerca del piacere, per cui anche un'azione apparentemente altruistica non è mai totalmente disinteressata: essa nasconde in realtà la realizzazione di un proprio desiderio. Scrive infatti il filosofo inglese: «il piacere che io sento alla prospettiva di procurare il piacere ad un amico è il piacere di chi, se non di me stesso?». J. BENTHAM, *Deontology, together with a table of the springs of action and the article on utilitarianism in The collected works of Jeremy Bentham*, Clarendon Press, Oxford 1983, trad. italiana di S. Cremaschi, La nuova Italia, Firenze, 2000, p. 23.

parentela (è molto comune, ad esempio, la surrogazione tra sorelle⁹); nel caso di surrogazione a titolo oneroso, per il ritorno economico che ha spinto la gestante a divenire protagonista della pratica. In questo caso, dunque, la distinzione tra gratuità e onerosità della pratica non pare incidere sulla sua legittimità morale.

Discorso simile l'utilitarista farebbe, e a maggior ragione, con riferimento ai genitori intenzionali; è proprio la felicità, infatti, l'obiettivo finale che essi intendono raggiungere e che costituisce, al contempo, la premessa che li spinge ad iniziare un percorso di *surrogacy*. Il fatto stesso che le innovazioni tecnologiche abbiano fornito agli individui la possibilità di superare un proprio limite fisico, nel caso di specie la sterilità, certamente può produrre gioia e piacere, così come gioia e piacere può produrre la semplice idea di poter generare quel figlio che la natura aveva negato loro.

Sulla felicità del nascituro è superfluo porsi domande, visto che la condizione della sua esistenza dipende proprio dalla realizzazione di quella pratica¹⁰.

Insomma, sembra che la versione *semplice* della surrogazione soddisfi a pieno i criteri quantitativi impiegati dall'utilitarismo: in quest'ottica, rileva esclusivamente la quantità di felicità che le persone coinvolte riescono ad ottenere. Costi quel che costi!

Dobbiamo quindi concludere che in questa versione la maternità surrogata, secondo una prospettiva utilitarista, è una pratica moralmente sostenibile.

La seconda versione di maternità surrogata che si intende sottoporre al vaglio dell'utilitarista è quella che abbiamo definito *intermedia*: si tratta di una forma ancora piuttosto elementare che, però, rispetto alla precedente, presenta un elemento di novità, la presenza di un secondo figlio minore della gestante. Ciò contribuisce a perfezionare la definizione di maternità surrogata, che nella realtà si presenta per lo più come una complessa pratica relazionale, che coinvolge una pluralità di persone ed interessi.

⁹ Le cliniche di fertilità promuovono sovente la pratica tra familiari attraverso una immagine estremamente positiva. Una tale rappresentazione è facilmente ravvisabile sul sito www.surrogate.com. In particolare si faccia riferimento al seguente link: <https://surrogate.com/surrogates/how-to-find-intended-parents/being-a-surrogate-for-a-friend-or-family-member/>.

¹⁰ Tale circostanza non muterà nelle due ipotesi successive per cui, d'ora in poi, e col solo scopo di proseguire nell'operazione sin qui descritta, si eviterà di interrogarsi sulla "felicità" in senso utilitaristico del nascituro.

2/2020

Gli elementi essenziali sono raggruppabili nelle medesime categorie individuate nella precedente ipotesi.

1) *Soggetti*: ai tre soggetti coinvolti in modo diretto (madre surrogante, genitori intenzionali, nascituro), si aggiunge, come anticipato, un altro figlio (minore) della gestante, il quale come si vedrà subisce effetti in via indiretta.

2) *Procedure (mediche e giuridiche)*: restano invariate ed anche in questo caso continua a non rilevare la distinzione gratuità/onerosità della pratica.

L'unica modifica apportata, per quanto apparentemente di poco conto, appare in grado, però, di incrinare alcune delle certezze dell'utilitarista. Agli agevoli calcoli che egli aveva già effettuato nella prima ipotesi, e che di fatto non avevano creato complicazione alcuna, se ne aggiungono adesso di nuovi e di più incerti. Adesso sono vari gli scenari che l'utilitarista deve prendere in considerazione: la realizzazione della pratica potrebbe lasciare il figlio minore indifferente; potrebbe aumentare il suo stato di felicità, visto che dopo che la madre avrà ceduto il neonato, sarà lui l'unico oggetto delle attenzioni e delle cure dei genitori; oppure, cosa che ragionevolmente non si può escludere a priori, la realizzazione della pratica potrebbe renderlo infelice per la "perdita" di un fratello che per nove mesi ha visto crescere nella pancia di sua madre¹¹.

Ciò detto, e nonostante gli "strumenti di calcolo" dell'utilitarista non siano così affidabili da misurare con precisione la condizione emotiva del nuovo soggetto interessato, essi appaiono però ancora in grado di restituire un risultato finale abbastanza affidabile. Ed in effetti, ai fini del calcolo di massimizzazione della felicità, l'ipotetica massima infelicità del minore non scalfisce la condizione di felicità degli altri tre soggetti coinvolti (i due genitori intenzionali e la gestante)¹², ossia "il maggior numero" richiamato dalla formula utilitarista.

¹¹ Ricordiamo che ancora non rilevano in alcun modo condizionamenti esterni, che in questo caso sarebbero potuti derivare dalle influenze che normalmente provengono dal nucleo familiare. Fuori dal quadro utilitarista questo genere di pressioni potrebbe certamente costituire un problema morale. Si pensi al fatto che il nuovo minore, in ragione di quei condizionamenti, probabilmente verrebbe escluso dal processo decisionale. Questa sarebbe una questione di non poco conto, dal momento che in gioco vi sono beni decisivi per il significato che il minore attribuirà alle relazioni familiari e dunque per la definizione della sua stessa identità e dignità.

¹² Il risultato non muterebbe se nell'ambito dei soggetti indirettamente coinvolti venisse inserito, ad esempio, l'altro figlio minore del genitore intenzionale il cui ruolo, nel calcolo della massimizzazione della felicità, seppur da una prospettiva diversa, sarebbe pressappoco il medesimo di quello dell'altro figlio della gestante.

Anche nella sua versione *intermedia* l'utilitarista propenderebbe per la tenuta morale della maternità surrogata.

L'ipotesi *complessa-1* prevede la presenza di una *circostanza esterna di condizionamento*, costituita da una situazione di assoluta povertà della madre surrogante. Gli elementi ora a disposizione vengono così raggruppati in tre categorie.

1) *Soggetti*: sono i medesimi dell'ipotesi precedente.

2) *Procedure (mediche e giuridiche)*: non variano se non nella natura del rapporto contrattuale tra le parti che, affinché possa mettere meglio in luce la condizione della donna, deve essere oneroso.

3) *Circostanza esterna di condizionamento*: condizione di assoluta povertà della gestante.

In questo nuovo caso la donna ha la necessità di "affittare" il proprio utero in ragione della sua situazione di estrema povertà. Ebbene, in base ad altri approcci morali tale circostanza avrebbe enorme peso sulla valutazione della pratica e sulla sua tenuta etica, ma nel caso dell'utilitarista non incide in senso negativo sul giudizio finale. Egli si limiterà a considerare la circostanza per cui la donna, benché motivata da indigenza, ha di fatto migliorato la propria condizione, quantomeno dal punto di vista economico. Inoltre, egli non ha ragione di ritenere che il fattore esterno di condizionamento possa sortire effetti negativi sulla felicità degli altri soggetti coinvolti. In altri termini, i criteri quantitativi dell'utilitarista sembrano pienamente rispettati.

Pertanto, nell'ipotesi *complessa-1*, la pratica conserverebbe ancora la propria moralità.

La quarta ed ultima ipotesi, che abbiamo definito *complessa-2*, prevede un diverso fattore esterno di condizionamento rappresentato, nello specifico, da una grave patologia che la gestante sviluppa durante la gravidanza.

Gli elementi essenziali vengono nuovamente raggruppati in tre categorie.

1) *Soggetti*: sono i medesimi dell'ipotesi precedente.

2) *Procedure (mediche e giuridiche)*: restano anch'esse invariate (e torna a non rilevare la distinzione tra gratuità e onerosità della pratica).

3) *Circostanza esterna di condizionamento*: grave patologia che la gestante sviluppa durante la gravidanza.

2/2020

Ebbene, seguendo il consueto schema, l'utilitarista noterebbe prontamente un mutamento di atteggiamento da parte dei soggetti coinvolti. Fatta eccezione per l'altro minore, la cui posizione continuerebbe ad essere ininfluenza, ai tre genitori non basterebbe più la sola osservanza delle procedure previste, proprio per l'intervento di un elemento tanto inatteso quanto drammatico, in grado di condizionare pesantemente il loro status emotivo. Una cosa, infatti, è mettere in conto prima della gravidanza i rischi che ad essa sono normalmente connessi, altro è fronteggiare un grave problema di salute che si presenti concretamente. Tra l'altro, la circostanza che il percorso procreativo si realizzi per mezzo di una surrogazione di maternità conferisce all'ipotesi in esame un significato del tutto singolare, anche dal punto di vista assunto dall'utilitarista. Per quanto riguarda la gestante, infatti, è ben diverso mettere a repentaglio la propria vita per un figlio "proprio", rispetto al dover correre lo stesso rischio per un figlio "altrui", o che comunque diventerà presto tale. Utilitaristicamente parlando, il beneficio ordinariamente connesso alla maternità surrogata, sia esso di natura economica o solidale, non pare possa minimamente compensare la perdita subita in termini di qualità di vita.

Verosimilmente, nel caso considerato, la gestante proverà dolore, forse addirittura pentimento per la scelta fatta. Ed anche i genitori intenzionali, pur conseguendo il risultato che si erano prefissati, difficilmente godranno della massima felicità raggiunta nelle prime due ipotesi. Essi, infatti, potrebbero sentirsi responsabili per il danno provocato alla "madre".

Da quanto detto, sembra che un fattore così determinante come la seria compromissione della salute che abbiamo ipotizzato incida in maniera decisiva sulla felicità del maggior numero dei soggetti coinvolti, i quali difficilmente ora potrebbero trarre beneficio dalla realizzazione della pratica. Alla luce dei rilievi effettuati l'utilitarista concluderebbe che la maternità surrogata, in quest'ultima variante, finisce per essere una pratica immorale.

In conclusione di questa prima parte, i risultati sin qui ottenuti, seppur parziali, sembrano dimostrare che per l'approccio utilitarista la maternità surrogata può essere considerata come una pratica moralmente sostenibile in tre delle quattro versioni esaminate. La distinzione tra forme gratuite e onerose è del tutto ininfluenza per il "calcolo morale" e rileva, tutt'al più, come forma di condizionamento per le riflessioni operate dalla surrogante nell'ipotesi *complessa-1*. Man mano che intervengono altri soggetti (come

accade nella versione *intermedia*) e fattori di condizionamento (come avviene nelle versioni *complesse*) la pratica presenta la sua tipica complessità, facilmente riscontrabile nella realtà quotidiana, e l'utilitarismo sembra perdere progressivamente le sue certezze, quasi a palesare una sua inidoneità nel contenere e decifrare i numerosi dilemmi morali che normalmente sorgono nelle questioni bioetiche e che suscitano consistenti interrogativi anche negli altri membri della comunità.

Fino a quando tali dilemmi sono suscettibili di una qualche forma di quantificazione (cosa che avviene fino alla terza ipotesi), l'utilitarismo, in linea coi suoi principali dettami, appare idoneo a determinare il grado di felicità e, quindi, di moralità della pratica. Paradossalmente, anche una scelta non libera, come quella che si realizza nella ipotesi *complessa-1* può generare una porzione di felicità. Ma quando gli interrogativi morali incidono in maniera profonda su beni difficilmente quantificabili, come la salute di uno dei soggetti coinvolti (cosa che avviene nella ipotesi *complessa-2*), anche l'utilitarista sembra costretto a cedere di fronte alla immoralità della pratica.

3. *Maternità surrogata e teoria della giustizia*

Com'è noto, nella prima parte di *Una teoria della giustizia*, John Rawls ha cercato di rintracciare le condizioni di imparzialità che dovrebbero accompagnare una scelta che possa dirsi equa e giusta e che nel loro insieme compongono quello che Rawls definisce "velo di ignoranza". Nello specifico, gli individui immaginati dal filosofo americano, spogliati della loro identità e dei loro valori, privati delle loro specifiche preferenze, non potendo più agire in ragione dei loro interessi, sono costretti a realizzare una scelta caratterizzata da giustizia e moralità in senso oggettivo, che conduce ai due principi di giustizia che costituiscono l'esito ultimo della posizione originaria¹³, i due principi cardine del liberalismo rawlsiano.

¹³ La dimensione ideale e pre-sociale costituita dalla posizione originaria è il luogo ideale perché si possano scegliere i principi fondamentali di giustizia. Grazie al velo di ignoranza gli individui sono privati di quelle conoscenze che condizionerebbero la loro scelta. All'interno della posizione originaria, infatti, "nessuno conosce il suo posto nella società, la sua posizione di classe o il suo status sociale, la parte che il caso gli assegna nella suddivisione delle doti naturali, la sua intelligenza, forza e simili". Rawls ipotizza che le parti contraenti non sanno «nulla delle proprie concezioni del bene e delle proprie particolari propensioni psicologiche. Questo assicura che nella scelta dei principi nessuno viene avvantaggiato o svantaggiato dal caso naturale o dalla contingenza delle circostanze

In questo paragrafo si intende sfruttare gli elementi portanti della concezione rawlsiana per tentare di comprendere come verrebbero percepite le quattro versioni della maternità surrogata da uno degli esseri razionali coperti dal velo di ignoranza.

Ebbene, il soggetto rawlsiano sa che i soggetti coinvolti nella pratica individuano nell'ambito procreativo uno dei luoghi in cui si possa concretizzare la loro specifica concezione del bene, al fine di realizzare il proprio "piano di vita"¹⁴. Quest'ultimo non si porrà in contrasto coi principi di giustizia rawlsiani e la maternità surrogata si configurerà come una pratica giusta, nel caso in cui essa costituisca effettivamente il mezzo per ridurre lo svantaggio naturale che i genitori intenzionali hanno rispetto alle coppie fertili: l'uguaglianza di *chances* rawlsiana, nel caso della maternità surrogata, deve configurarsi come uguaglianza di possibilità procreative.

Nella versione *semplice* della maternità surrogata i *soggetti* protagonisti, ricordiamolo, sono i genitori intenzionali, la madre surrogata e il nascituro. Le *pratiche mediche e giuridiche* necessarie per la realizzazione della pratica sono la fecondazione della madre surrogante, la creazione di

sociali. Poiché ognuno gode di un'identica condizione, e nessuno è in grado di proporre dei principi che favoriscano la sua particolare situazione, i principi di giustizia sono il risultato di un accordo o contrattazione equa». J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (5a ed.), Feltrinelli, Milano 2019, p. 33. I due principi di giustizia che «devono regolare l'assegnazione di diritti e doveri [...] e determinare la distribuzione appropriata dei vantaggi e degli oneri della vita sociale» stabiliscono che «ogni persona ha un eguale diritto al più esteso schema di eguali libertà fondamentali compatibilmente con un simile schema di libertà per gli altri» (principio di eguale libertà) e che «le ineguaglianze sociali ed economiche devono essere combinate in modo da essere (a) ragionevolmente previste a vantaggio di ciascuno; (b) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti» (principio di differenza, J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., pp. 70-76). Nella visione di "giustizia come equità" rawlsiana, in sostanza, la combinazione dei due principi comporta l'idea di una società in cui vengono assegnati i medesimi diritti e doveri fondamentali ed in cui le ineguaglianze possono essere sopportate se producono benefici compensativi soprattutto per i membri meno avvantaggiati (cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 35). Per un ulteriore approfondimento sulla teoria della giustizia e, più in generale, sul pensiero di John Rawls si veda, tra gli altri, S. MAFFETTONE, *Introduzione a Rawls*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

¹⁴ La condotta degli individui guidati da un piano razionale "dovrebbe essere il più coordinata possibile in modo da ottenere risultati che [...] siano i migliori dal punto di vista della giustizia sociale". J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 72. Un piano razionale di vita può essere compatibile, nella concezione rawlsiana, anche con la rinuncia ad alcune libertà fondamentali, purché gli individui siano «sufficientemente ricompensati dai vantaggi sociali ed economici che ne risulterebbero». J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 78.

un rapporto contrattuale (gratuito o oneroso) tra madre surrogante e genitori intenzionali, la cessione del bambino.

L'essere razionale rawlsiano (ERR) da una fattispecie così semplificata dedurrebbe sin da subito che la "lotteria della vita"¹⁵ ha riservato ad almeno uno dei genitori intenzionali uno svantaggio biologico. Proseguendo nell'analisi egli verificherebbe che le procedure mediche per la sua realizzazione ed il relativo inquadramento giuridico non presentano particolari problemi, proprio poiché essi insieme concorrono alla riduzione di quello svantaggio. L'ERR troverebbe tutt'al più immorale la procedura nel caso in cui i genitori intenzionali avessero avuto a disposizione altre possibilità procreative e non le avessero prese seriamente in considerazione. Ma, alla luce delle informazioni note, essi non hanno altre opzioni e strade da percorrere per soddisfare il loro desiderio di genitorialità e, dunque, per la realizzazione del loro piano di vita. D'altronde, in ragione del progresso scientifico in ambito biomedico gli individui sono in grado di definire sé stessi anche grazie al superamento di un limite biologico.

Anche la scelta della surrogante di mettere a disposizione le proprie capacità generative a favore di terzi pare non possa costituire un problema. Il beneficio che la gestante riceverebbe, anche nel caso in cui esso fosse di natura economica, non creerebbe danno ad alcuno, in quanto teso a soddisfare il legittimo desiderio dei genitori intenzionali.

Eguali considerazioni l'ERR effettuerebbe nei confronti del nascituro. Nel momento in cui avviene la sua cessione si concretizza in maniera definitiva la riduzione dello svantaggio inizialmente patito dai genitori intenzionali. Da questa prospettiva la maternità surrogata, condizione di esistenza del bambino, farebbe da contraltare all'arbitrarietà morale legata alla lotteria naturale della nascita.

In base alle informazioni che ha a disposizione nell'opzione *semplice*, l'ERR, coperto dal velo di ignoranza, semplicemente osservando le azioni e le procedure messe in campo dai protagonisti della particolare vicenda

¹⁵ Ricordiamo che per Rawls «la distribuzione iniziale dei beni è fortemente influenzata dalle contingenze naturali e sociali. Per esempio l'attuale distribuzione della ricchezza e del reddito è l'effetto cumulativo di precedenti distribuzioni dei beni naturali, cioè dei talenti naturali e delle abilità, a seconda che esse siano sviluppate o meno, e che il loro uso sia stato favorito o ostacolato nel tempo da circostanze sociali e da contingenze causali quali la sfortuna e la buona sorte. L'ingiustizia più evidente del sistema della libertà naturale sta intuitivamente nel fatto che esso permette che le quote distributive siano eccessivamente influenzate da tali fattori così arbitrari da un punto di vista morale [...]. [L]e quote distributive sono decise dall'esito della lotteria naturale e questo risultato è arbitrario da un punto di vista morale». J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., pp. 86-87.

2/2020

procreativa, riterrebbe la stessa perfettamente coerente con i principi di giustizia e, pertanto, giudicherebbe la maternità surrogata una pratica eticamente sostenibile.

Nella versione *intermedia* ai soggetti presenti nella prima ipotesi (genitori intenzionali, madre surrogante e nascituro), si aggiunge l'altro figlio minore della gestante. Le *procedure mediche e giuridiche* rimarrebbero immutate. Anche in questo caso, così come avvenuto per l'utilitarista, la circostanza, da sola, non sembra possa incidere in maniera decisiva sulle valutazioni finali dell'osservatore morale immaginato da Rawls. Le considerazioni che l'ERR aveva fatto nella versione *semplice* con riferimento ai genitori intenzionali, alla surrogante ed al nascituro resterebbero immutate, poiché la modifica sul piano soggettivo non pare in grado di condizionare il contesto relazionale complessivo. Egli riterrebbe infatti che l'altro minore sarebbe un mero osservatore di un altrui progetto procreativo la cui opportunità, ancora una volta, non può essere messa in discussione. Pertanto, anche nell'ipotesi *intermedia* la maternità surrogata potrebbe essere portata avanti senza particolari riserve, poiché sembra rispettare a pieno i principi scelti all'interno della posizione originaria.

Nella versione *complessa-1*, l'ERR è alle prese con un fattore di condizionamento esterno, costituito da una condizione di indigenza economica per la madre gestante.

Soggetti e procedure sono i medesimi della versione *intermedia*, per cui per essi valgono le medesime considerazioni fin qui condotte. La *circostanza esterna di condizionamento*, incidendo sulla qualità di vita della gestante, sembra in grado, da sola, di cambiare radicalmente lo scenario.

L'ERR, qualora verificasse l'esistenza di una radicale compressione della libertà di scelta della gestante, individuerrebbe nell'onerosità della pratica un serio problema. La donna, nel caso di specie, non agirebbe né per spirito altruistico né per un "lecito" vantaggio economico e la sua scelta procreativa, agli occhi di un essere razionale, risulterebbe illegittima quantomeno sotto tre distinti profili.

1) Anzitutto essa non si muoverebbe all'interno dello stesso quadro di opportunità e di libertà effettive dentro il quale invece opera chi sa di non essere «manifestatamente avvantaggiato o svantaggiato da contingenze sociali o naturali»¹⁶, come si presume possa essere la gestante dell'ipotesi *semplice*. L'ERR troverebbe conferma delle sue idee se, potendo liberarsi

¹⁶ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 39.

anche solo per un attimo dal velo di ignoranza, osservasse ciò che avviene soprattutto in alcuni paesi del sud del mondo, dove la maternità surrogata è considerata un business, una mera opportunità di guadagno, ed in cui la condizione di estrema povertà e vulnerabilità della donna mette effettivamente in discussione la stessa libertà della scelta, che difficilmente può essere definita a queste condizioni come realmente autonoma¹⁷. In ogni caso la condizione di assoluta povertà non assicurerebbe l'uguaglianza di *chances* e la maternità surrogata diverrebbe per l'ERR una scelta effettuata in contraddizione con i principi di giustizia.

2) In secondo luogo, benché la pratica generi un vantaggio per le coppie benestanti, essa sarebbe ciononostante illegittima poiché i genitori intenzionali, di fatto, starebbero comprando¹⁸ il corpo di una donna di una classe socio-economica più bassa. Anche questa circostanza trova conferme nella realtà: non sono rari i casi in cui la surrogazione di maternità è frutto di un accordo tra una coppia benestante che "appropria" della precaria condizione mentale e fisica di donne povere, attratte esclusivamente dalla possibilità di ricevere un compenso. L'elevato costo delle tecnologie della riproduzione genera uno «spartiacque fra donne del Nord e donne del Sud del mondo [...]: da una parte le non abbienti che vendono ovociti e

¹⁷ Sul punto Chiara Saraceno osserva che «[l]a storia e l'antropologia sono ricche di esempi in cui un uomo o una coppia, hanno prima indotto la gravidanza e poi si sono appropriati del bambino procreato da un'altra donna [...]. [L]a donna gestante o era una schiava o comunque era/è in posizione di forte subalternità [...]. È forte la preoccupazione per il possibile sfruttamento delle donne che si prestano a questa pratica e più in generale per il rischio di considerare ancora una volta il corpo della donna come strumento per realizzare desideri altrui. Si tratta di una preoccupazione che trova la sua conferma nelle condizioni in cui queste pratiche avvengono in alcuni paesi in via di sviluppo (l'India, la Cambogia, il Nepal, la Thailandia, alcuni paesi dell'Est europeo come l'Ukraina), ove la povertà e lo squilibrio economico e sociale tra i "committenti" e la donna che si presta a portare avanti una gestazione per loro conto è enorme e i controlli e l'isolamento cui le gestanti sono sottoposte spesso sono ampiamente fuori dei limiti della libertà». C. SARACENO, *Dilemmi intorno alla gestazione per altri*, in AA.VV., *Odissea Embrionale. Fecondazione in vitro, eterologa e surroga di gravidanza: problemi di salute, giuridici e sociali*, a cura di L. Corradi, Mimesis, Milano - Udine 2019, p. 20. Sull'argomento si veda anche A. PANDE, *Commercial Surrogacy in India: manufacturing a perfect mother-worker*, in *Signs*, vol. XXXV, 4/2010, pp. 969-992.

¹⁸ Le difficoltà di natura economica di donne che sono disposte a "vendere" il frutto della loro gravidanza, secondo alcuni avvicinerrebbe la pratica a nuove forme di schiavitù o di prostituzione. Sul punto si veda G. DUCHÉ, *Abolition de la GPA et de la prostitution, même combat contre le patriarcat*, consultabile al link <http://sisyphe.org/spip.php?article5252>.

2/2020

“affittano” l’utero, e dall’altra le benestanti che pagano, per problemi di salute, di infertilità o perché non vogliono sottoporsi a una gravidanza»¹⁹.

Le sempre più accentuate diseguaglianze tra ricchi e poveri, nel caso di specie, si trasformano in diseguaglianze dei corpi. Si è autorizzati a pensare che ci siano corpi di serie A e corpi di serie B.

3) L’ERR non avrebbe poi difficoltà a notare che le disparità di trattamento economico non vi sono solo tra genitori intenzionali e madri surroganti, ma anche all’interno delle stesse coppie, dato che la capacità eterogenerativa²⁰ è strettamente connessa alla propria capacità economica, tant’è che per le coppie prive di risorse finanziarie la possibilità di formare una famiglia con figli è fortemente compromessa²¹. Ancora una volta vi sarebbe un inaccettabile squilibrio rispetto alle opportunità di scelta.

In una prima versione *complessa*, la maternità surrogata risulterebbe, agli occhi dell’ERR, una pratica moralmente non sostenibile.

Nella quarta ed ultima versione della maternità surrogata, definita *complessa-2*, come già detto muta la *circostanza esterna di condizionamento*, rappresentata da una grave patologia per la gestante, occorsa durante la gravidanza. *Soggetti e procedure* sono i medesimi delle ipotesi già esaminate. Così come per il caso precedente, la condizione dei minori coinvolti pare non essere determinante ai fini di una valutazione complessiva.

L’ERR evidenzierrebbe sin da subito che portare avanti la maternità surrogata nel momento in cui si dovesse verificare un danno per la salute della donna sarebbe assolutamente irrazionale, dato che un tale pregiudizio in nessun modo potrebbe rientrare in un piano di vita soddisfacente.

Ricordiamo, inoltre, che la maternità surrogata è considerata accettabile dall’ERR nella misura in cui consenta di superare un limite fisico che, nel caso di specie, è rappresentato dalla sterilità. Sarebbe paradossale, così, consentire una pratica che per un verso è diretta a risolvere un problema legato alla salute di un soggetto (uno o entrambi i genitori intenzionali), per l’altro produce un danno, probabilmente maggiore, per un altro soggetto coinvolto nella pratica (la gestante).

¹⁹ L. CORRADI, *Nel ventre di un'altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive*, Castelveccchi, Roma, 2017, p. 23.

²⁰ Con tale locuzione intendo riferirmi alla possibilità di ricorrere alla messa a disposizione del corpo di un'altra donna a fini procreativi.

²¹ Cfr. L. D’AVACK, *La maternità surrogata: un divieto inefficace*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, cit., pp. 139-160.

Se l'ERR volesse allargare ulteriormente la prospettiva troverebbe ulteriori ragioni per giustificare l'inopportunità della maternità surrogata della versione *complessa-2*. In particolare, la patologia per la gestante, al di là dei rilievi sinora condotti, potrebbe costituire un problema anche per il sistema sanitario che dovrebbe trovare delle risorse per contrastare uno svantaggio determinato non più dalla lotteria naturale, bensì da una precisa opzione procreativa portata avanti irrazionalmente dai promotori della maternità surrogata. Nell'ottica distributivistica rawlsiana, fin qui descritta nei suoi caratteri essenziali, la circostanza costituirebbe un problema di non poco conto.

L'ERR, forse ancor di più che nella prima ipotesi *complessa*, dovrebbe concludere che nella versione *complessa-2* la maternità surrogata non dovrebbe essere portata a compimento.

Al termine di questa seconda parte dell'indagine, la maternità surrogata, secondo una lettura "razionale", appare come una pratica immorale in due ipotesi su quattro. La questione della distinzione tra forme gratuite e onerose acquisisce un significato morale nella terza ipotesi (*complessa-1*), tant'è che le seconde, in ragione della *circostanza di condizionamento* introdotta, non sono in grado di superare il test di moralità dell'ERR.

Più in generale, tanto l'ipotesi *semplice* quanto quella *intermedia*, anche a causa dei pochi elementi che le caratterizzano, non sembrano presentare particolari problemi, nonostante la prospettiva dalla quale le si analizzano sia rappresentata dalla dimensione decontestualizzata della posizione originaria. La pratica, al contrario, non appare più eticamente sostenibile nel momento in cui l'osservatore razionale rawlsiano verifichi l'esistenza di elementi in grado di comprimere in maniera consistente la libertà di scelta (ipotesi *complessa-1*) o che rappresentino una seria minaccia per uno dei beni fondamentali dei soggetti coinvolti (*complessa-2*). Sembra che tanto i limiti e le costrizioni di natura socio-economica (ipotesi *complessa-1*) quanto i gravi problemi legati alla salute (ipotesi *complessa-2*) impediscano una scelta puramente razionale.

4. Oltre il felicific calculus e il velo di ignoranza: riflessioni conclusive

Secondo le prospettive teoriche assunte, la maternità surrogata sembra non sollevare particolari problemi nel momento in cui sia frutto di

una scelta consapevole e non condizionata realizzata dai soggetti promotori del progetto procreativo (ipotesi *semplice* e *intermedia*). I due *philosophical tool* sono stati però in grado di svelare due importanti criticità “nascoste” dietro le circostanze di condizionamento utilizzate nelle ipotesi *complesse*:

1) la questione della mercificazione del corpo femminile (connessa alla condizione di povertà della donna emersa nell’ipotesi *complessa-1*)²²;

2) il tema della compressione della salute (correlato alla patologia occorsa alla gestante rilevata nell’ipotesi *complessa-2*).

Rispetto al primo punto, segnatamente dalla prospettiva dell’ERR, decisiva sembra essere stata la distinzione tra gratuità e onerosità della pratica, per cui solo nelle seconde si realizzerebbe una mercificazione del corpo femminile (ricordiamo che per l’utilitarista tale distinzione non è mai stata determinante). È dunque interessante comprendere se quella distinzione possa essere assunta come criterio distintivo fondamentale per rilevare la presenza della mercificazione o se già dentro le ipotesi gratuite, nonostante lo spirito di solidarietà che muoverebbe la surrogante, si possa rinvenire una qualche forma di “commercializzazione” del corpo della donna.

Si consideri anzitutto che nelle ipotesi di maternità surrogata gratuite vi può essere una dazione di denaro per la gestante, seppur sotto forma di rimborso²³, il che induce a riflettere su quale sia effettivamente il valore solidale della scelta. Quantificare il grado di altruismo di una qualunque scelta procreativa non è mai semplice. Anche nella nascita “naturale”, ad esempio, il nascituro può essere considerato uno strumento per il mero soddisfacimento di un interesse che non è (solamente) quello del bambino, ma (può essere in primo luogo quello) del genitore. Ed anche nel caso dell’adozione, che condivide con la maternità surrogata l’assenza della condivisione corporea della gestazione, non si può aprioristicamente escludere che ciò che muove principalmente l’individuo sia, prima di ogni altra cosa, la soddisfazione del proprio desiderio di genitorialità, che non è detto si accompagni costantemente al fine altruistico normalmente associato alla pratica adottiva. Anche il concetto di solidarietà, pertanto, in ragione della sua vaghezza ed indeterminatezza, non può costituire

²² Il problema della mercificazione del corpo della donna pone consistenti interrogativi sulla dignità della donna. La stessa Corte costituzionale ha ritenuto che la pratica «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 22 novembre 2017.

²³ Cfr. AA.VV., *Odissea Embrionale*, cit., in particolare pp. 97 e 149.

l'elemento di discriminazione fondamentale nella definizione della legittimità morale della pratica.

Il fatto che nelle ipotesi di maternità surrogata a titolo oneroso il prezzo dello scambio sia più facilmente visibile non esclude automaticamente che anche nell'altra ipotesi non ci sia un costo, di natura non patrimoniale, che rende non sostenibile l'equazione per cui non essendovi un prezzo non vi sarebbe una merce da vendere e dunque non si realizzerebbe una mercificazione. La presenza del denaro determina una degradazione del nato ad un prodotto, ad una sorta di oggetto con valore di scambio, il che favorisce l'indistinguibilità tra persona e cosa²⁴. Ma anche al di fuori di questa ipotesi, per quanto sopra esposto, non si può escludere che si possa verificare una qualche forma di mercificazione nel momento stesso in cui si pretenda di contrattualizzare beni e valori che, per definizione, non sono suscettibili di alcuna quantificazione, semplicemente perché trattasi di beni indisponibili che non possono essere in alcun modo minacciati.

Proseguendo, e senza più l'ausilio dei nostri *philosophical tool*, concluderemmo che nella realtà il grado di incidenza e influenza che la quantificazione economica delle capacità generative ha sulla compressione dei beni fondamentali in gioco costituirebbe un'aggravante. Infatti, è proprio la cessione onerosa delle capacità riproduttive che consente al Comitato Nazionale di Bioetica di equiparare la pratica alla compravendita di organi²⁵. La contrattualizzazione del corpo della donna a fini procreativi ingenera in definitiva consistenti dubbi, che certamente aumentano nei casi di maternità surrogata onerosa, ma che non possono essere aprioristicamente esclusi nelle ipotesi gratuite.

Nell'ipotesi *complessa-2*, tanto per l'utilitarista, quanto per l'ERR, a compromettere la non sostenibilità etica della pratica è stata invece la compressione della salute di uno dei soggetti coinvolti, e ciò a prescindere dalla gratuità o onerosità della pratica. In questa sede non è possibile dar conto di tutti i fattori di rischio per la salute legati alla surrogazione di

²⁴ Cfr. L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto inefficace*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, cit., pp. 139-160.

²⁵ Il Comitato Nazionale di Bioetica, nel 2016, ha avvicinato la maternità surrogata alla compravendita e al traffico illegale di organi richiamando, oltre che sue precedenti mozioni sul tema, anche l'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina (1997) secondi cui: "Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto". Comitato nazionale di Bioetica, *Mozione maternità surrogata a titolo oneroso*, 18 marzo 2016, consultabile al link http://bioetica.governo.it/media/1408/m17_2016_surroga_materna_it.pdf.

2/2020

maternità se non nella misura in cui essi siano rilevanti per la definizione del perimetro morale entro cui stiamo tentando di muoverci. Il dato che emerge in maniera piuttosto evidente è che la pratica in esame pare non si discosti in modo sostanziale dalle altre forme di riproduzione tecnologica che non contemplano l'“affitto” dell'utero di un'altra donna.

Ad esempio, è pur vero che le madri surroganti possono essere più facilmente soggette ad ipertensione (più del triplo) rispetto alle madri naturali per il fatto di aver ricevuto embrioni creati con gli ovuli di un'altra donna²⁶, ma la circostanza è condivisa con le madri non surroganti che, per ragioni di fertilità, utilizzano gli ovuli di una donatrice. O ancora tanto le surroganti quanto le donne che affrontano una fecondazione eterologa possono andare incontro a problemi di salute legati ai farmaci che vengono somministrati prima dell'impianto degli embrioni. Più in generale, l'impianto di diversi embrioni adottato in alcuni casi di fecondazione in vitro (FIV) che si rende necessario per aumentare le possibilità di una gravidanza, può determinare gravidanze multiple alle quali è normalmente associato un incremento del rischio di preeclampsia, emorragia postparto, isterectomia, diabete gestazionale, iperemesi e anemia²⁷.

Stesso discorso deve essere fatto per i rischi per la salute del bambino nato da una surrogazione di maternità, che sembrano essere i medesimi di chi nasca comunque da FIV. Secondo uno studio, i bambini nati da fecondazione in vitro, avrebbero maggiori probabilità di contrarre gravi patologie nel corso della vita, come cancro, malattie cardiache e metaboliche²⁸, mentre alcune ricerche, sebbene con risultati ancora non univoci e definitivi, hanno valutato la possibilità di una relazione tra FIV con iniezione intra-citoplasmatica di spermatozoi e difetti alla nascita²⁹.

Anche le conseguenze di ordine psicopatologico non sembrano conferire alla maternità surrogata una specialità rispetto ad altre forme di

²⁶ Cfr. AA. VV., *Odissea Embrionale*, cit., p. 40.

²⁷ In argomento si veda J. PARKINSON, C. TRAN, T. TAN, J. NELSON, J. BATZOFIN, P. SERAFINI, *Perinatal outcome after in-vitro fertilization-surrogacy*, in *Human Reproduction*, vol. XIV, 3/1999, pp. 671-676; J. KAPFHAMER, B. VAN VOORHIS, *Gestational surrogacy: a call for safer practice*, in *Fertility and Sterility*, vol. CVI, 2/2016, pp. 270-271 e J. ALEXANDER, L. LEVI, *Intracranial hypertension in a patient preparing for gestational surrogacy with leuprolide acetate and estrogen*, in *Journal of Neuro-Ophthalmology*, vol. XXXIII, 3/2013, pp. 310-311.

²⁸ Cfr. P. HUNTER, *The long-term health risks of ART*, in *Embo Reports*, vol. XVIII, 7/2017, pp. 1061-1064.

²⁹ Difetti del sistema nervoso, del sistema genito-urinario, dell'apparato digerente, del sistema muscolo-scheletrico. Cfr. J. WEN, J. JIANG, C. DING, J. DAI, Y. LIU, Y. XIA, J. LIU, Z. HU, *Birth defects in children conceived by in vitro fertilization and intracytoplasmic sperm injection: a meta-analysis*, in *Fertility and Sterility*, vol. XCVII, 6/2012, pp. 1331-1337.

procreazione medicalmente assistita, tanto per la madre, quanto per il nascituro.

Così, è possibile ipotizzare che la madre surrogante riceva pregiudizio dal distacco e abbandono di un figlio col quale si sono sviluppati lentamente sentimenti e generate irripetibili emozioni³⁰. O ancora non è da escludere che la surrogante viva uno stato di stress durante la gravidanza superiore rispetto alle altre madri anche a causa delle aspettative dei genitori intenzionali³¹. La maggiore esposizione a stress materno potrebbe determinare l'incremento del livello di alcuni ormoni dello stress (ACTH, CRH, prolattina e ossitocina) nella madre con riflessi sulla riduzione del flusso sanguigno uteroplacentare e conseguente IUGR (restrizione della crescita intrauterina). L'elevato livello ormonale di cui sopra, inoltre, contribuirebbe ad aborti spontanei, a malformazioni e preeclampsia³². Tuttavia, allo stato attuale, non si hanno elementi a sufficienza che consentano di porre una netta linea di demarcazione tra lo status psicologico delle madri surroganti e delle madri non surroganti, che potrebbero ricevere un uguale livello di stress³³.

Per ciò che concerne il figlio, per quanto non andrebbe trascurata la possibilità di un impatto, anche a lungo termine, di una dissociazione tra filiazione materna e gestazione sulla psiche dei nati per mezzo di *surrogacy*³⁴, la maggior parte degli studi mostrano che i bambini nati da madri surroganti non differiscono nei loro comportamenti da soggetti nati da gravidanze naturali. Essi «all'età di due anni, pare che non abbiano difficoltà nella loro integrazione sociale e nel loro sviluppo cognitivo ed

³⁰ Di contro, si potrebbe pensare che la madre intenzionale sviluppi un senso di inadeguatezza e inferiorità a causa della sua incapacità di portare una vita nel grembo.

³¹ In argomento si veda N. RUIZ-ROBLEDILLO, L. MOYA-ALBIOL, *Gestational surrogacy: psychosocial aspects*, in *Psychosocial Intervention*, vol. XXV, 3/2016, pp. 187-193.

³² In argomento si veda E.J.H. MULDER, P.G. ROBLES DE MEDINA, A.C. HUIZINK, B.R.H. VAN DEN BERGH, J.K. BUITELAAR, G.H.A. VISSER, *Prenatal maternal stress: effects on pregnancy and the (unborn) child*, in *Early Human Development*, vol. LXX 70, 1-2/2002, pp. 3-14.

³³ Cfr. M. SIMOPOULOU, K. SFAKIANOUDIS, P. TSILOULOU, A. RAPANI, G. ANIFANDIS, A. PANTOU, S. BOLARIS, P. BAKAS, E. DELIGEOROGLOU, K. PANTOS, M. KOUTSILIERIS, *Risks in surrogacy considering the embryo: from the preimplantation to the gestational and neonatal period*, in *BioMed Research International*, 2018, pp. 1-9, in particolare p. 7.

³⁴ Cfr. L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto inefficace*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, cit., pp. 139-160. In argomento si veda anche R. ELDMAN, *Surrogacy: the psychological issues*, in *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, vol. XXII, 2/2004, pp. 123-136, nonché L.C. HUFFMAN, R. DEL CARMEN, *Prenatal stress*, in AA.VV., *Childhood stress*, edited by L.E. Arnold, John Wiley & Sons, New York-Chichester-Brisbane-Toronto-Singapore 1990, pp. 142-171.

emotivo. Successivamente, all'età di tre, sette, e dieci anni, il loro benessere psicologico è risultato essere agli stessi livelli dei loro coetanei»³⁵.

In definitiva, al momento non si dispone di evidenze scientifiche sufficienti che permettano di ritenere che vi sia una differenza sostanziale o quanto meno statisticamente significativa nello sviluppo di patologie fisiche e psichiche tra la maternità surrogata ed altre forme di riproduzione tecnologica. Ciononostante, il dubbio per cui la *surrogacy* possa determinare peculiari complicanze di natura medica è un dato che deve far riflettere e che non possiamo archiviare frettolosamente, soprattutto nel momento in cui la compressione della salute di un soggetto terzo rischia di diventare uno dei prezzi da pagare per soddisfare l'altrui desiderio di genitorialità. Sebbene tale dubbio da solo non sembri essere in grado di orientare il nostro convincimento in ordine alla moralità della pratica, esso può assumere un peso diverso se considerato unitamente al problema della mercificazione del corpo della donna.

All'esito dell'indagine condotta, che per ragioni e limiti di carattere metodologico non ha potuto ricomprendere alcune problematiche³⁶, i dilemmi morali emersi possono in definitiva essere ridotti ad un unico e significativo interrogativo. Il desiderio di genitorialità, *primum movens* della pratica di *surrogacy*, ha la forza sufficiente per poter superare le due principali criticità emerse dalla presente analisi?

Per un verso, a certificare l'intensità del peso morale che accompagna la scelta dei genitori intenzionali è l'esistenza stessa della maternità surrogata: il desiderio di genitorialità, diretto com'è alla ricerca di nuove possibilità procreative, ha senza ombra di dubbio condizionato il progresso scientifico e favorito il proliferare di nuove tecnologie riproduttive. Ma riteniamo che sia vero anche il contrario, ossia che siano stati i nuovi scenari disegnati dalle inedite opzioni generative ad aver avuto un ruolo decisivo sull'ambizione riproduttiva degli individui. Dentro questa complessa ed articolata dinamica la maternità surrogata, attribuendo un nuovo

³⁵ M. SIMOPOULOU, K. SFAKIANOUDIS, P. TSILOULOU, A. RAPANI, G. ANIFANDIS, A. PANTOU, S. BOLARIS, P. BAKAS, E. DELIGEOROGLOU, K. PANTOS, M. KOUTSILIERIS, *Risks in surrogacy considering the embryo: from the preimplantation to the gestational and neonatal period*, cit., p. 7 (traduzione mia).

³⁶ Su tutti, si pensi al tema dell'interesse del minore, principio che ha trovato la sua solenne affermazione anzitutto all'interno della Convenzione sui diritti del fanciullo, (fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176) per cui «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

significato al rapporto tra sessualità e procreazione, ha avuto un ruolo performativo sugli intendimenti morali dei numerosi soggetti a vario titolo coinvolti nella pratica. Invero, il binomio aveva già subito una frattura con la rivoluzione culturale e sessuale degli anni '70, grazie alla quale si era lentamente instillata nella mente degli individui l'idea che si potesse liberamente parlare di una sessualità sganciata dal fenomeno riproduttivo. Questa frattura è stata portata a definitivo compimento dalle nuove forme di fecondazione assistita ed ora è pacificamente possibile sostenere il contrario e dunque disquisire di una riproduzione totalmente sganciata dalla pratica sessuale³⁷. Uno dei risultati più evidenti è la contemporanea ridefinizione delle ragioni istintuali dell'individuo, quasi che la sua stessa esistenza possa acquisire un senso pieno solo in ragione delle proprie possibilità e capacità riproduttive³⁸. Il desiderio alla riproduzione, così, spesso si è trasformato in ansia procreativa, governata dalle nuove tecnologie riproduttive da sfruttare, nel caso, anche in età più avanzata³⁹.

Il tortuoso percorso teso al superamento della sterilità difficilmente può essere compreso da chi non vive il problema in prima persona⁴⁰, per cui

³⁷ Cfr. M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4/2014, p. 616.

³⁸ In altri termini, l'individuo è alla ricerca di una espansione perpetua. Parla di "*perpetual expansion*" Daniela Danna, in E. BONINI, Z. BEREND, S. POZZOLO, L. CANTORE, D. DANNA, *Desires and rights. surrogacy at the crossroads of new ethical dilemmas? round table about GPA, second round*, in *AG AboutGender – International journal of gender studies*, vol. VI, 11/2017, pp. 389-409.

³⁹ Si consideri tuttavia che *«the risks of delayed parenthood involve a minority of cases, but are parents entitled to accept any risk on the behalf of their baby A complete information would make people cautious before deciding to postpone childbearing, though this is often an obliged rather than a free choice: the consumerist society pressure and the difficulty to find an employment have their heavy weight in this choice»*. C. BELLINI, *Neonatal risks from in vitro fertilization and delayed motherhood*, in *World Journal of Clinical Pediatrics*, vol. I, 4/2012, pp. 34-36, reperibile al link <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4145649/>.

⁴⁰ Mi permetto di prendere in prestito la locuzione "*hermeneutic point of view*" dal giurista inglese Herbert Hart, che la utilizza per riferirsi a chi, pur non essendo coinvolto direttamente in una pratica, finge di parteciparvi, proprio al fine di comprenderne meglio il senso ed il funzionamento. Tale prospettiva rappresenta una terza via rispetto alla nota distinzione tra "punto di vista esterno" e "punto di vista interno", che lo stesso Hart aveva realizzato. Una osservazione "esterna" della pratica consente semplicemente di valutare la regolarità della condotta, mentre chi partecipa da un punto di vista interno, non si limita ad osservarla, ma ne riconosce la regolarità e la accoglie come modello di comportamento. Cfr. H.L.A. HART, *The concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, trad. italiana di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965. Più specificatamente sul punto di vista ermeneutico si veda, tra gli altri, V. VILLA, *Hermeneutic point of view e analisi delle norme*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 59/1982.

2/2020

sarebbe inopportuno pensare che possano realizzarsi facilmente distinzioni tra desideri di genitorialità legittimi ed illegittimi. E per chi mai non potrebbe o vorrebbe vivere un'esperienza genitoriale l'unica soluzione possibile sarebbe assumere un punto di vista ermeneutico, provando cioè a fingere di partecipare alla pratica per comprenderne meglio il senso ed il funzionamento⁴¹: è questo lo spirito con il quale si è cercato di portare avanti gli esperimenti teorici utilizzati nel presente scritto. Da questa peculiare prospettiva il desiderio di genitorialità, soprattutto quando non venga degradato ad ansia riproduttiva, risulta essere un sentimento degno del massimo rispetto e che necessita di tutte le opportune tutele anche ricorrendo, ove necessario, alle innumerevoli possibilità procreative oggi messe a disposizione dal progresso tecnologico. Tuttavia, ci si auspica che ciò si possa realizzare senza passare dalla mercificazione del corpo della donna e avendo l'assoluta certezza che la pratica non favorisca la compressione della salute dei soggetti coinvolti. La maternità surrogata, alla luce delle riflessioni condotte, al momento non sembra che possa portarsi avanti senza che emergano quelle criticità. E se non si sgombera il campo da ogni dubbio il rischio concreto è che, per fini procreativi, si legittimi la violazione di valori fondamentali ontologicamente connessi alla dignità dell'individuo.

⁴¹ Il desiderio di genitorialità potrebbe essere qualificato come bene universalizzabile, alla maniera proposta dal filosofo Richard Mervin Hare. R.M. HARE, *Moral thinking: its levels, methods and point*, Oxford University Press, 1982.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

MARCO INFUSINO

Forma, formalismo e neoformalismo negoziale. Tra vecchi dogmi e nuove questioni

ABSTRACT - The paper, starting from the historical origins of the phenomenon of negotiating formalism, tries to offer a compass in order to orient us in the reconstruction of one of the most discussed and tormented problems in doctrine and jurisprudence and that still today holds table among the scholars of the civil law. The issue has returned to the news after the pronouncement of the United Sections of the Court of Cassation that, preferring a functional interpretation to the problem of form, have recognized the validity of investment contracts bearing only the client's signature. The work concludes by reflecting on some critical profiles of the reasoning developed by highest institution responsible for ensuring uniform interpretation of the law, trying to provide a solution that can guide the exegete in the future.

KEYWORDS - Negotiating formalism, structural interpretation, functional interpretation, single signature contract, form of protection, information overload.

MARCO INFUSINO*

**Forma, formalismo e neoformalismo negoziale.
Tra vecchi dogmi e nuove questioni****

SOMMARIO: 1. *Inquadramento e brevi cenni storici.* – 2. *Sulla natura giuridica della forma: tesi a confronto.* – 3. *Eccezionalità e regolarità delle norme statuenti forme vincolate: ricostruzione di un dibattito.* – 4. *Opzione di metodo e ricadute applicative: l'orientamento delle Sezioni Unite sul contratto monofirma* – 5. *Riflessioni finali.*

1. *Inquadramento e brevi cenni storici.*

Sulla disciplina della forma sono stati e continuano a essere versati fiumi d'inchiostro, soprattutto in ambito dottrinale, presentandosi l'argomento come uno degli istituti più controversi, per le molteplici e variegate ricostruzioni offerte nel tempo dagli interpreti, e al contempo affascinanti del diritto civile, in quanto consente di mettere in luce il modo in cui le parti scelgono di manifestare la propria volontà negoziale.

Trattasi, invero, di un tema assai spinoso, foriero di accesi contrasti interpretativi e continue oscillazioni ermeneutiche che hanno contribuito a sviluppare un dibattito tutt'altro che sopito e anzi rinfocolato dalla giurisprudenza degli ultimi anni orientata a superare la tradizionale lettura strutturale della forma contrattuale¹ in luogo della più flessibile e non dogmatica analisi teleologica o finalistica.

* Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Ci si riferisce alla celebre posizione ascrivibile al magistero di N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985, il quale, muovendo da un'analisi rigorosamente ancorata al dato descrittivo, pone in discussione il principio di libertà delle forme, fino a quel momento baluardo perlopiù incontrastato. In realtà, il principio *de quo* era già stato contestato da R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. VASSALLI, Utet, Torino, 1975 e, ancora prima, da A. ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, VII, 1965, 565-566. Ad ogni modo, per un'efficace ricostruzione del dibattito teorico che ne è scaturito si veda P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987, 42 ss.; ID., *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale ed autonomia*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, Napoli, 1988, 569 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., ESI, Napoli, 2006, 417 ss.; R. SACCO, *La forma*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, X ed., Utet, Torino, II, 1995, 265 ss.; U. BRECCIA, *La forma*, in C. GRANELLI (a cura di), *Formazione*, in *Tratt. contr.* Roppo, I, Milano, 2006, 509 ss.; A. LISERRE, *Forma degli atti (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, XIV, 1989; ID., *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 29; A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Utet, Torino, VIII, 1992; ID.,

La complessità della questione, del resto, è facilmente arguibile già da un punto di vista prettamente semasiologico² dove il sostantivo femminile «forma», che deriva sia dal latino *forma* che dal greco *μορφή* (*morphé*), nell'accezione comune del termine, rimanda a una molteplicità e varietà di significati tanto da assurgere a rango di parola *omnibus*, capace, cioè, di unire e contenere ambiti disciplinari tra loro diametralmente opposti.

Nel campo della geometria proiettiva, ad esempio, il lemma *de quo* fa riferimento ad alcune figure riconosciute come tali in base al numero dei parametri da cui dipendono e che possono essere composte da punti, rette o piani. In filosofia, e in particolare nel pensiero aristotelico³, la forma è

Forma negoziale tra polemiche e realtà, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Giuffrè, Milano, II, 1994, 795 ss.; E. MOSCATI, *La forma del contratto*, in *Dir. civ.* Lipari e Rescigno, coordinato da A. ZOPPINI, vol. III, *Obbligazioni*, tomo II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 372; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, vol. II, in *Tratt. contr.* Rescigno, Torino, 1999; B. GRASSO, *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, II, 1986; S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, 2004; G.B. FERRI, *Forma ed autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, I, 1987, 313 ss.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XVII, 1968, 994; N. IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, ESI, Napoli, 1988, 449 ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997; L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1 ss.; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997; T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998; G.F. MINNITI, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadrimestre*, 1993, 423; R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1986; P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, ESI, Napoli, 1988, 809 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *La forma dei contratti e i contratti sulle forme*, in *Riv. not.*, 1948, 19; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, tomo I, Padova, II, 1999, p. 224 ss.; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1986, 293 ss.

² Sulla polisemia del termine «forma» si veda T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, *op. cit.*, 11; G. COLACINO, *Fenomenologia dei vestimenta contrattuali: brevi note ricostruttive*, in *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, II, 2018, 151; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, *op. cit.*, 4, secondo cui il concetto giuridico di forma è «in larga misura tributario di altre esperienze e di altri sistemi di concetti»; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, II, 1953, 570, che rimarca la presenza, all'interno del nostro ordinamento giuridico, di non poche contraddizioni e ambiguità lessicali «ai margini tra la forma e talune altre esteriorità che seguono la manifestazione di volontà (trascrizioni, iscrizioni) o che, addirittura, la eseguono (consegna della cosa nel comodato)».

³ Per il filosofo greco il *sinolo* è «un'unione indissolubile di due elementi: la *forma* e la *materia*. Per forma Aristotele non intende l'aspetto esterno di una cosa, ma la sua natura propria, ossia la struttura che la rende quella che è. Ad esempio, negli esseri viventi la

l'elemento attivo e determinante del *sinolo*, ciò che costituisce la sostanzialità della sostanza, ciò che fa sì che un individuo sia quello che è (la sua essenza); in chiave medica, indica generalmente le modalità con cui specificate patologie insorgono e si sviluppano, mentre da un punto di vista sintattico-grammaticale allude a ogni aspetto morfologicamente determinato di un nome, di un aggettivo, di un pronome, della declinazione o coniugazione di verbi o sostantivi. In senso propriamente giuridico, e con particolare riguardo al settore dell'autonomia che è l'aspetto che qui interessa, si fa riferimento ai *vestimenta* di atti attraverso i quali si estrinseca l'intento negoziale indispensabile perché la collettività ne venga a conoscenza e l'ordinamento giuridico gli attribuisca rilevanza.

Ad ogni buon conto, per una corretta comprensione del fenomeno oggetto di studio si rivela quanto mai essenziale ripercorrere, seppur brevemente, l'evoluzione e lo sviluppo del formalismo, le cui radici storiche sono da farsi risalire all'epoca romana⁴, periodo in cui, in ossequio al principio poi trapiantato nelle XII Tavole «*uti lingua nuncupàssit, ita iùs esto*»⁵, gli effetti giuridici scaturenti dalla stipula di *negotia* erano

forma è la specie cui essi appartengono (tipo «l'umanità»). Per materia Aristotele intende il soggetto di cui una cosa è fatta, ossia il *quid* o il materiale recettivo che la compone e che funge da *sostrato* del suo divenire (ad es. il bronzo di cui è fatta la sfera)». Cfr. N. ABBAGNANO – G. FORNERO, *Filosofi e filosofie nella storia*, vol. I, Paravia, Torino, 1986, 182.

⁴ Sul formalismo del diritto romano si veda, per un quadro di sintesi, F. SCHULZ, *I principi nel diritto romano*, trad. it. a cura di V. ARANGIO RUIZ, Firenze, 1946, 68 ss.; A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 1994; R. ORESTANO, *Formalismo giuridico*, in *Enc. it.*, Roma, III, 1961, 658; ID., *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, Giappichelli, 1967; E. BETTI, *Diritto romano. Parte generale*, Padova, 1935, 233 ss.; G. ZARRO, *Formalismo e consensualismo: una lettura agli antipodi dell'esperienza romana*, in *Revista internacional de derecho romano y tradición romanística. Seminarios Complutenses de Derecho romano*, XXVII, 2014, 351-395; G. TARELLO, *Formalismo*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, VII, 1961, 573 ss.; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*, Catania, 2010, 275; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli, 2002, 357 ss.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, XII ed., Bari, 2008; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, *op. cit.*, 5, per il quale «quasi sempre le forme romane sono derivate dall'assunzione a criteri da osservare tassativamente, per realizzare il risultato desiderato, di comportamenti effettuati fino allora largamente e liberamente praticati, proprio in quanto adeguati al fine perseguito dall'agente, avuto riguardo al grado di strutturazione dei rapporti economico-sociali dell'epoca».

⁵ Cfr. Tab. 6.1 (– FIRA. 1.43).

subordinati alla pronuncia di *certa et sollemnia verba* e all'utilizzo di specifici e puntuali comportamenti⁶.

D'altronde, come significativamente testimoniato da autorevole dottrina, «in una società dominata – come la società romana delle origini – da quella che è stata definita un'oralità primaria quasi totale, non può, naturalmente, meravigliare che le forme imposte siano, negli atti di maggiore rilevanza (per l'importanza sociale degli effetti che ne conseguono), forme innanzitutto verbali. La scrittura è, in quella società, un fatto assolutamente eccezionale, che pochissimi sono in grado di adoperare»⁷.

Si pensi, allora, alla più arcaica *mancipatio*⁸, utilizzata per il trasferimento delle *res* oggetto di *dominium* (fondi, suoli, schiavi e animali), per il compimento di una *conventio in manum* della donna, per l'acquisto della potestà sui *filius familias* nonché per rendere possibile una successione a chi non potesse attendere i tempi per redigere *testamentum*, la cui

⁶ Efficace la ricostruzione storica che del fenomeno dà A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, III ed., Einaudi, Torino, 2005, 174, il quale evidenzia «il continuo prevalere dell'involucro verbale e gestuale che racchiudeva i comportamenti dei *patres* rispetto ai contenuti materiali di volta in volta espressi; l'attenzione quasi ossessiva alla simbologia del rito, della stereotipia, di fronte alla sostanza della relazione cui si riferivano». Nello stesso senso R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, op. cit., 189 ss., il quale discorre di «parola creatrice», che, «accanto o insieme a gesti e atti materiali», rappresenta «uno degli aspetti più certi dell'esperienza romana antica». Si veda, sul punto, anche M. BRETONI, *Storia del diritto romano*, op. cit., 89, che evidenzia un «uso performativo» del linguaggio a base della «rilevanza esaustiva» della forma, «tale da escludere il contenuto (volitivo o intenzionale)».

⁷ Così A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, op. cit., 52. Utili spunti ricostruttivi offrono anche le analisi di G. ZARRO, *Formalismo e consensualismo: una lettura agli antipodi dell'esperienza romana*, op. cit., 353; C. GIOFFREDI, *Religione e diritto nella più antica esperienza romana. Per la definizione del concetto di ius*, in *SDHI* 20, 1954, 280, secondo cui «poiché in ogni negozio giuridico si tratta (...) di volontà indirizzata a un fine, parole e gesto bene servono a darle certezza, a garantirla da contestazioni, a porla a base di ogni futura azione di tutela. Anzi ormai balza in prima linea l'espressione verbale e il gesto serve a sottolinearla e a rafforzarla»; O. ROBLEDI, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, II ed., Roma, 1979, 59, che rileva come «A causa di questo formalismo si comprende bene la necessità che vi fosse l'assistenza dei Pontefici in un primo tempo e successivamente dei giurisperiti laici per ogni tipo di negozio giuridico e in ogni azione giudiziaria; i singoli cittadini infatti, non potevano conoscere tutte le formalità necessarie per ogni tipo di negozio, sicché, onde evitare pericolo di nullità di un atto giuridico, occorreva ricorrere a quei tecnici del diritto».

⁸ Sulla *mancipatio* si veda Gai. 1.113, 119, 122; 3.167; Ulp. 19.3-6.



2/2020

attuazione esigea dell'espletamento di una solenne dichiarazione⁹ e di precisi gesti che avvenivano alla presenza di cinque testimoni e del c.d. *libripens*; alla *in iure cessio*¹⁰, strumento di matrice processuale attraverso cui acquirente e alienante fingevano una *litis contestatio* al fine di trasferire la proprietà di una cosa o di uno schiavo, che abbisognava dello scambio di specifiche battute dinanzi al magistrato, o, ancora, alla vicenda della *stipulatio*¹¹, versione più matura dell'antica *sponsio* afferente al campo delle obbligazioni, realizzata per mezzo di un accordo che prevedeva la necessaria formulazione di una domanda e del ricevimento di una congrua immediata risposta tramite il verbo formalmente vincolante («*Promittis? Promitto*») il cui effetto era di impegnare il promittente verso il creditore.

A ben guardare, minimo comune denominatore di tali categorie negoziali era l'esasperato esclusivismo di certe forme, la cui scrupolosa osservanza produceva il dispiegamento automatico degli effetti indipendentemente dall'esistenza o meno di un'effettiva volontà da parte dei suoi autori, oltre alla partecipazione di un elevato grado di astrattezza che provocava la relegazione della causa ai margini della negoziazione privata¹².

Questo rilievo consente di osservare come, anche da un punto di vista strettamente processuale, al soggetto in favore del quale il diritto sorgeva era conferito l'importante vantaggio di poterne affermare

⁹ Secondo le fonti gaiane, la formula riprodotta dal *mancipio accipiens* era «*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam*».

¹⁰ Sul negozio *de quo* si vedano le interessanti notazioni di J.G. WOLF, *La in iure cessio. Considerazioni su un negozio giuridico arcaico*, in *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, 61, 2013, 1-12; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palumbo, 1987, 68, in cui l'A. spiega come «di fronte alla *vindicatio* del primo litigante, l'avversario poteva (...) decidere di ritirarsi; e in tal caso si sarebbe avuta una *addictio* della cosa al primo litigante, da parte del magistrato; in sostanza, il secondo litigante avrebbe realizzato una *in iure cessio*, con il risultato d'una pronunzia magistratuale solenne della fondatezza del *meum esse* affermato dal *vindicans*».

¹¹ Sulla *stipulatio* si rinvia ai pregevoli contributi di G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Jovene, Napoli, 1989; G.G. ARCHI, *Studi sulla "stipulatio"*, Giuffrè, Milano, 1938; F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Giuffrè, Milano, 1971.

¹² Cfr. G. MELILLO, «*Contrahere*», «*pacisci*», «*transigere*». *Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, 85. Tale opinione non è, tuttavia, condivisa da A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, *op. cit.*, 11, il quale, invece, sostiene che le forme rituali «non eliminavano affatto (...) la rilevanza sostanziale della volontà neanche quanto all'incidenza dell'intento perseguito dai soggetti sull'efficacia del negozio». Secondo l'A., dunque, la rilevanza della volontà deve intendersi estesa anche alla sua «direzione causale». *Ivi*, 51.

l'esistenza in giudizio sulla base della sola forma predisposta, restando in tal modo a carico dell'avversario l'onere di provare che essa coprisse in realtà un accordo immeritevole di effetti, giacché privo di causa rilevante e lecita che lo giustificasse.

Fu soltanto con la nascita dei contratti tipici dello *ius gentium*¹³ che iniziarono a svilupparsi comportamenti negoziali in un certo qual senso «a schema libero», vale a dire non prettamente vincolati ai modi tradizionali, giungendo così a «intaccare sempre più profondamente lo scudo della forma portando a scoprire la sostanza viva del negozio»¹⁴. In altre parole, si passò gradualmente da un formalismo interno¹⁵, dominante le fasi più remote, a un formalismo esterno, dove, cioè, il radicato impiego di formule orali e l'esaltazione del principio di astrazione iniziarono man mano a rarefarsi per far posto alla *voluntas* in quanto tale e la forma, spogliata del suo retaggio simbolico, da requisito integratore del negozio cominciò ad atteggiarsi a strumento di riconoscibilità dell'*intentus* negoziale.

Il crescente processo di alfabetizzazione dei *cives* e le sempre più importune e incalzanti esigenze di garantire stabilità ai complessi rapporti economici e commerciali in via di sviluppo decretarono, soprattutto in epoca post-classica e giustiniana, la conclusiva scomparsa delle antiche

¹³ Il riferimento è all'*emptio-venditio*, ossia quell'accordo per effetto del quale il venditore si obbligava ad attribuire al compratore la definitiva disponibilità di un immobile o di una merce verso il corrispettivo di un *pretium*; alla *locatio-conductio*, vale a dire quel contratto consensuale bilaterale consistente nello scambio a titolo provvisorio di un bene o di un servizio contro un prezzo; alla *societas*, cioè quel contratto con il quale due o più persone s'impegnavano a conferire beni o proprie attività di lavoro per il conseguimento di un utile risultato economico; al *mandatum*, consistente nell'incarico che il mandante conferiva al mandatario di eseguire gratuitamente un'attività per un interesse del mandante o di altri.

¹⁴ Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, 83. *Contra* G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano. Parte generale*, Milano, I, 1952, 433, il quale, facendo riferimento alla produzione storiografica di Roma primitiva, osserva che «le fondamentali categorie dommatiche dei contratti reali e dei contratti formali (verbali o letterali) sono caratterizzate da una *struttura obbiettiva*, nella quale l'elemento reale e rispettivamente l'elemento formale adempiono ad una funzione necessaria che non potrebbe in nessun modo essere ricondotta al solo elemento soggettivo o consensuale».

¹⁵ Per una ricognizione esaustiva si veda L. MITTEIS, *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Doikeletians*, Leipzig, I, 1908, 255 ss.; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1894, 5 ss.; G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, II ed., Torino, 1967, 133 ss.

2/2020

strutture solenni¹⁶ e la conseguente inaugurazione di un sistema negoziale sostanzialmente eretto sulla libertà delle forme, con evidente sublimazione del ruolo del consenso causalmente giustificato¹⁷.

2. Sulla natura giuridica della forma: tesi a confronto.

Il definitivo superamento del formalismo antico e la piena affermazione del consensualismo moderno hanno progressivamente aperto la strada ad altri interrogativi legati al ruolo sempre più centrale e preminente che la volontà ha assunto nell'ambito dell'autonomia negoziale¹⁸. Sembra, quindi, opportuno, se non necessario, perlustrare le varie tesi dottrinarie sulla natura giuridica da attribuire alla forma¹⁹.

L'indagine sul carattere della veste formale s'inserisce, come risaputo, nel più ampio contesto di teoria generale del negozio e a contendersi il campo sono, da un lato, la teoria volontaristica²⁰ (nota anche

¹⁶ Cfr. A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, op. cit., 13, secondo cui un simile atteggiamento marcatamente antiformalistico, frutto di un sentimento di reazione al formalismo più duro, portò «a svilire il ruolo delle forme». Di talché è possibile affermare che il tramonto della simbologia e il consolidamento dell'uso della forma scritta, chiaramente preferita dalle codificazioni più evolute (compresa la nostra vigente civilistica), suggella, in definitiva, un vero e proprio spartiacque tra quello che si suole definire formalismo "moderno" e formalismo "antico" e dunque la dicotomia tra *scriptura* e *verba*. L'A., invero, in *Forma degli atti (dir. civ.)*, op. cit., 2, non esita a evidenziare la tendenza «sempre più accentuata, alla progressiva rarefazione dei simboli contenutistici per far posto a dispositivi formali a carattere eminentemente rappresentativo quali sono, in particolare, le varie procedure di documentazione oggi ricorrenti».

¹⁷ In proposito si veda L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Giuffrè, Milano, 2008, 6-7, ad avviso della quale «La inevitabile ricaduta delle prime enunciazioni del principio del nudo consenso fu (...) di ritenere irrilevanti le modalità attraverso cui la volontà fosse espressa all'esterno; e propriamente tale «irrilevanza» è ciò che può identificarsi come la prima embrionale – ed inconsapevole – elaborazione del principio di libertà della forma».

¹⁸ Per le particolari ragioni che spingono a utilizzare l'espressione «autonomia negoziale» in luogo delle più anguste formule «autonomia privata» e «autonomia contrattuale» si rinvia allo studio di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 314 ss.

¹⁹ Per un primo, generale, inquadramento delle posizioni correnti in dottrina si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, 18 ss.

²⁰ Cfr. F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, Torino, III, 1900; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1974; ID., *Atto o forma del negozio giuridico*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M.*

come «dogma della volontà») che si sviluppa nella più risalente concezione pandettistica di fine Ottocento, e, dall'altro lato, la teoria precettiva²¹ (o normativa), largamente accreditata nelle posizioni più avanzate.

Per la prima opinione la forma altro non è che manifestazione dell'interno volere, essenza stessa del negozio, vincolante – a pena di nullità – solo se rispondente all'effettiva volizione delle parti²². Si aderisce in questo modo a una concezione che potenzia oltremisura il dato soggettivistico, dove l'estrinsecazione della reale intenzione dei soggetti è *condicio sine qua non* della produzione degli effetti negoziali²³, rimanendo la stessa altrimenti rinchiusa «nel foro delle pulsioni psichiche interne»²⁴.

Giorgianni, ESI, Napoli, 1988, 727 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1948; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946; F. CALASSO, *Il negozio giuridico, op. cit.*, 345, il quale è giunto a reputare che il negozio giuridico vada inteso alla stregua di «una categoria logica, e cioè una sintesi, che o si accetta come tale o si respinge come tale»; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, I ed., Padova, XXVIII, 1947, secondo cui il negozio è «garanzia della libertà del cittadino».

²¹ Fatta propria da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. VASSALLI, Utet, Torino, 1952; ID., *Negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, XI, 1968; ID., *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giur. it.*, IV, 1947, 137 ss., alla quale aderiscono R. SCONAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1969; ID., *Dei contratti in generale (art. 1321-1352)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970, 7 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 43 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Milano, 2001, 38 ss.

²² Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile, op. cit.*, 135, il quale evidenzia che la forma «portando nel mondo esteriore la volontà del soggetto, la perfeziona, rendendola idonea a produrre gli effetti che si propone, ad assumere rilevanza giuridica»; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, II, 1938, 160, che parla della forma quale «vaso» della volontà, nel senso che «propriamente la volontà di per sé stessa deve essere considerata l'unico elemento importante ed efficace». In questi termini, F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale, op. cit.*, 342.

²³ In tale prospettiva, la volontà «viene concepita come un principio creativo, una potenza non solo concettuale, ma con reali risvolti attuosi, capace con la sua forza di creare rapporti giuridici, regolarli e deciderne il destino. (...) Così, da quest'angolo prediletto, può vedersi come la volontà precede non solo il negozio, ma l'ordinamento tutto, ponendosi come "signoria", progenitrice e progenie di quella *weltanschauung* (...) che proclamava l'esistenza di un diritto naturale dell'uomo. In questo senso, pertanto, l'idea giusnaturalista prima, contrattualista e illuminista poi, di autonomia e libertà, si estrinseca proprio nella volontà, che assume il ruolo di essenza in grado di modificare la realtà, potere di autodeterminazione del singolo nella collettività. Può evidenziarsi come, rispetto alla problematica di fondo della difficile relazione tra individuo e ordinamento, questa teoria si colloca manifestamente verso quelle posizioni che fanno precedere, appunto, l'uomo alla società. E' l'individuo, infatti, che ha conferito il potere regolativo

Tra i più convinti sostenitori di tale teoria si ricorda senz'altro il pensiero di chi²⁵, sul presupposto della connessione tra libertà e autonomia²⁶, reputi che «(...) l'uomo è arbitro di stabilire come intenda obbligarsi e cioè di limitare o ampliare a suo parere il vincolo cui vuole dare origine, purché rispetti l'ordine pubblico e il buon costume (...)»²⁷. Più nel dettaglio, «Or tutti sanno che gl'interessati possono con la loro manifestazione di volontà disporre unicamente dei loro diritti subbietivi, e nella realtà solo di questi dispongono (...). In realtà la funzione in parola è duplice: all'ordinamento, qualunque esso sia, bisogna sempre riferirsi per accertare se gli atti siano o non validi e in quali limiti lo siano; all'ordinamento statale si deve ricorrere in caso di inadempienza per imporre coattivamente il rispetto del vincolo sorto. La norma quindi costituisce il criterio di giudizio dell'azione e fornisce poi il mezzo di coazione. (...) Riconoscere a tutti gli uomini il diritto di legare *ex voluntate* sé agli altri e, se del caso, altri a sé, fa sorgere l'eventualità che tra loro si

all'ordinamento, ed è lo stesso individuo, secondo tale prospettiva, che può sottrarglielo, circoscrivendo i rispettivi campi d'azione». Lo segnala A. GHIRONI, *Il negozio giuridico. La dottrina tedesca*, in *Diritto&Scienza*, XI, 2012, 31.

²⁴ Così G. COLACINO, *Fenomenologia dei vestimenta contrattuali: brevi note ricostruttive*, op. cit., 152.

²⁵ Cfr. G. STOLFI, *Negozio giuridico*, in *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano, 1981, 787 ss.; ID., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Studi di diritto privato*, Milano, 1980, 372 ss.; ID., *Teoria del negozio giuridico*, op. cit., IX, secondo cui «se è vero che la realtà è diversità, non è men vero che il pensiero è unità. Pensare è lo stesso che ricollegare le varie norme ad alcuni principi o, meglio ancora, ad un principio solo che di quelle sia la giustificazione razionale». Tale principio «(è) quello che da secoli costituisce il segno di distinzione del diritto civile: il rispetto scrupoloso dell'autonomia della volontà individuale, intesa nel più ampio significato». Più nel dettaglio, «perché gli uomini possono vivere l'uno accanto all'altro, e quindi stringere i legami familiari che danno senso alla vita o scambiare i beni ed i servizi che permettono di viverla, senza sentirsi mai impacciati dalla coesistenza altrui, occorre che ognuno di loro possa agire come più gli sembri conveniente, quali ne siano lo stimolo o l'occasione (...). Nell'esplicare la propria attività se e come voglia, subendo i danni e godendo i vantaggi della determinazione presa, si compendia la libertà dell'uomo il quale può ed anzi dev'essere arbitro di assumere gli impegni che gli convengono e di acquistare i diritti che crede (...)».

²⁶ *Ivi*, XIII, «La libertà individuale è il presupposto di ogni azione umana, nel senso che permette al singolo di decidere se intenda o non dare vita ad un rapporto qualsiasi obbedendo alle esigenze di cui egli solo è giudice, e nello stesso tempo costituisce il limite all'azione perché il singolo impegna e può impegnare unicamente se stesso e in conseguenza il suo patrimonio soltanto. Decidere quindi se rimanere liberi da vincoli o se invece porli in essere, è la prima ed essenziale caratteristica dell'autonomia della volontà».

²⁷ *Ivi*, XIV.

disputi sulla esistenza e sull'ambito dei reciproci diritti. Tali controversie non si possono dirimere senza rifarsi ad una volontà superiore a quella degli'interessati. A tal fine si fa capo all'ordinamento: dato il rapporto che la formazione di un atto qualsiasi fa nascere tra la volontà e la norma, intesa la prima come la causa e la seconda come il riconoscimento dell'effetto voluto, il termine di confronto necessario tra quello che è stato e quello che sarebbe dovuto essere è costituito dall'ordinamento»²⁸.

È, tuttavia, evidente che una simile impostazione, dove la «signoria»²⁹ della volontà fa da padrona, seppur formulata con magistrale raffinatezza, non sfugge da una serie di limiti e fragilità ben evidenziate da illuminata dottrina³⁰, cui va certamente riconosciuto il merito di avere sferrato il decisivo attacco al volontarismo più radicale³¹.

²⁸ *Ivi*, XVII-XVIII. In particolare, pag. 5-6: «La manifestazione (di volontà) mira a produrre un dato effetto. Ciò vuol dire che la volontà dev'essere intenzionalmente diretta a produrre l'effetto perseguito dal dichiarante (...). L'effetto dev'essere giuridico. L'intenzione dei singoli dev'essere infine diretta a dare vita non ad un rapporto purchessia ma ad un rapporto giuridico, tale cioè che sia tutelato dal diritto: nella specie, dal diritto statale (...). Parlo dunque di effetto giuridico, in antitesi ad effetto pratico o empirico, per indicare che il primo dev'essere protetto dalla norma e il secondo prescinde dalla norma (...). Ancora, «(...) Nessun negozio si potrebbe (...) compiere se si richiedesse la previsione di tutte le ipotesi possibili e la conoscenza della soluzione di tutte le future controversie, perché nemmeno un giurista provetto può immaginare le prime e formulare con sicurezza le seconde, poche essendo le questioni che si risolvono allo stesso modo. L'interessante non è che i singoli sappiano o vogliano tutte le conseguenze dell'atto. L'importante è che essi abbiano "voluto", e cioè che fra il rimanere liberi e l'obbligarsi abbiano optato per questa seconda eventualità; non possono accampare illusioni od errori circa l'ambito del vincolo per sottrarsi alle conseguenze proprie dell'aver voluto, le quali, sono, se del caso, determinate dalla legge, dagli usi e dall'equità». In seguito, a pag. 205, l'A. puntualizza che «(...) le persone o fisiche o giuridiche sono libere di compiere tutto ciò che dalla legge non sia vietato direttamente o indirettamente. Dire questo è però lo stesso che riconoscere la impossibilità di accingersi finanche al tentativo di delineare una teoria generale del contenuto (permesso) del negozio giuridico: del resto, siccome il diritto privato mira a tracciare i limiti entro cui deve esplicarsi la libera attività degli uomini, non tanto interessa descrivere ciò che si può fare quanto è necessario stabilire ciò che è vietato».

²⁹ Cfr. M.C. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto, op. cit.*, 25.

³⁰ Si allude chiaramente al pensiero di Emilio Betti, del quale è celebre la disputa con lo Stolfi. Per un approfondimento sul confronto teorico si veda G.B. FERRI, *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 726 ss.; ID., *Le anamorfose del diritto civile. Saggi*, Padova, 1994, 125 ss.; ID., *Il negozio giuridico e le idee di Luigi Cariota Ferrara*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1995, 693 ss.; M. PENNALISTICO, *Idola negotii?*, in *Diritto&Cultura*, II, 1993, 175; P. BARCELLONA, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli, 1987, 324 ss.; N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 41 ss.; M. GRONDONA, *Il contratto, l'ordinamento giuridico e la*

Spostando, infatti, i termini del discorso dal piano squisitamente spirituale e metafisico a quello più propriamente materiale e percepibile, si è smentita l'opinione di chi si sia «(...) mostrato disposto a bruciare incensi ad una nuova deità (che poi è un vecchissimo idolo): l'individuo con la I maiuscola. Orbene, a noi pare che un culto simile, quando sia preso sul serio, meni dritto dritto all'anarchia nel campo del diritto privato; e questo non ci sembra un risultato augurabile. Noi spiriti liberi possiamo bensì riconoscere che la tendenza anarchica afferma un'esigenza di giustizia che perennemente si rinnova di contro alle risorgenti svariate organizzazioni conservatrici del privilegio (...). Ma non possiamo francamente ravvisare nella sovranità dell'individuo l'ideale positivo di un ordine nuovo del diritto privato, né tanto meno un canone plausibile d'interpretazione di un codice civile destinato a una società moderna»³².

A una visione ovattata d'individualismo si è allora contrapposto il valore del solidarismo, precisando come «in realtà l'autonomia privata non si esaurisca in un fatto psicologico individuale come la volontà, ma attenga alla vita di relazione e configuri un fenomeno sociale»³³, sicché «è agevole intendere come anche il negozio giuridico debba soddisfare quell'esigenza di riconoscibilità che domina tutta la vita sociale, essere cioè un fatto socialmente riconoscibile»³⁴. Ciò che davvero rileva, dunque,

*polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2010, 12, che, tuttavia, puntualizza che «presentare la polemica unicamente come scontro tra due costruzioni tecnico-giuridiche opposte del negozio (volontà *versus* dichiarazione) è fuorviante e riduttivo. Certo, il ruolo della volontà, all'interno del negozio, ricopre un ruolo centrale nella polemica, ma non è fine a se stesso, non è cioè rilevante esclusivamente dal punto di vista tecnico – appunto, quale elemento essenziale del negozio –; piuttosto, esso va considerato quale veicolo di raccordo tra i valori espressi dall'ordinamento ed i valori espressi dai privati che agiscono negozialmente».*

³¹ Lo rileva R. SCONAMIGLIO, *Dei contratti in generale (art. 1321-1352)*, *op. cit.*, 9.

³² Così E. BETTI, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, *op. cit.*, 144. Sul punto si veda anche l'opinione di A. GHIRONI, *Il negozio giuridico. La dottrina tedesca*, *op. cit.*, 39, secondo cui in questo modo «Viene sconfessato proprio il liquido amniotico in cui il negozio è stato cullato e nutrito dalle origini, l'Individuo e la sua autonomia, letti come nuovi ed antichissimi culti pagani che distorcono lo sguardo dell'intelletto dai reali processi fenomenici e giuridici in cui si muove il negozio stesso. Viene respinto il culto dell'individuo, (...), e viene altresì respinta ogni forma di atomismo sociale».

³³ Cfr. E. BETTI, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, *op. cit.*, 138-139.

³⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, *op. cit.*, 51. Dello stesso autore si veda anche *Negozio giuridico*, *op. cit.*, p. 618, in cui egli dichiara «Chi volontariamente compie un atto di autonomia privata rendendosi conto del significato che esso ha secondo le vedute sociali, riconosce, per ciò stesso, di regola, come l'esperienza insegna il valore

non è tanto la volontà che alberga nell'intimo dell'animo umano quanto piuttosto l'atto regolamentare, il precetto, la dichiarazione normativa che la racchiude e la rende visibile al mondo esterno³⁵.

In questo rinnovato ordine d'idee, la forma si mescola con il contenuto e, in un'ottica di unità del negozio, diviene manifestazione necessariamente esteriore della volontà che è trasposta nell'autoregolamento d'interessi e che quindi impegna sulla base di quanto espresso a prescindere da ciò che realmente si è voluto³⁶.

Enfatizzando l'aspetto oggettivistico si scorge, difatti, l'inutilità di cercare spasmodicamente un'eventuale asimmetria tra voluto e dichiarato, giacché la mancata corrispondenza tra volontà psichica e fenomenica, dove a risaltare è la pura e semplice dichiarazione, non priva l'atto della sua capacità negoziale³⁷.

impegnativo di quanto fa o dichiara. Tale valutazione è immanente alla coscienza del significato; e questo basta per la riferibilità del contenuto dell'atto al suo autore».

³⁵ Illuminanti, a questo proposito, le pagine di E. BETTI, *Negozio giuridico*, *op. cit.*, 214, ove si dichiara che «Il fondamento che rende ragione del vincolo, non è psicologico (se non si vuole ricorrere a una funzione), ma normativo»; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, *op. cit.*, 53, dove l'A. afferma che «(...) dichiarazione e comportamento sono statuizione ordinativa di una linea di condotta in confronto di altri, disposizione con cui il singolo detta regola ai propri rapporti con altri, e che ha pertanto una rilevanza essenzialmente sociale e un'efficacia operativa propria, non valevole in altra forma: efficacia che prima logicamente si esplica sul piano sociale e poi, mercé la sanzione del diritto, è destinata a prodursi anche sul piano giuridico».

³⁶ Cfr. R. SCONAMIGLIO, *Dei contratti in generale (art. 1321-1352)*, *op. cit.*, 400, in cui si afferma che il negozio non può «configurarsi adeguatamente sul piano della realtà sociale come di quella giuridica, se non si raggiunge un sufficiente grado d'oggettiva riconoscibilità nel mondo esterno. A quest'ultima stregua, poi, la forma non può considerarsi come un veicolo della volontà o un involucro del suo contenuto, e dunque un elemento a sé stante (del negozio), bensì ad esprimere la stessa nozione di negozio, riguardata sotto il profilo e nel momento, del resto ineliminabile, della sua esternazione: in piena coerenza con l'indirizzo fondamentale ed ineccepibile della logica, secondo cui forma e contenuto di un fenomeno costituiscono, piuttosto che elementi o parti, gli aspetti inseparabili della sua realtà unitaria». In senso conforme, G. OSTI, *Forma (negli atti)*, in *Diz. prat. dir. priv.*, Milano, III, 1923, 200-201, che, nel solco tracciato da Betti, nota che la volontà «non ha carattere di energia giuridicamente fattiva se non quando, traducendosi in attività fisica tale da poter essere per le vie dei sensi percepita, divenga idonea a costituire il termine di un rapporto tra il soggetto volente ed altri».

³⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, *op. cit.*, 19 ss., ove si afferma che «Secondo questa teoria ciò che costituisce il contratto non è la volontà ma la dichiarazione. E' la dichiarazione, così come essa può essere intesa secondo le circostanze, che rileva per il diritto, non la volontà psichica del dichiarante»; A. GHIRONI, *Il negozio giuridico. La dottrina tedesca*, *op. cit.*, 37, ad avviso del quale un simile argomentare evidenzia «il ruolo ordinatore del diritto, con il quale vengono debellati i risvolti negativi del tempo sui

La teorica del precetto, che comunque condivide con quella volontaristica la base concettuale della volontà come perno centrale del negozio³⁸, ha trovato, come del resto prevedibile, più difensori che da lungo tempo ormai aderiscono a tale opzione ermeneutica, considerandola, in chiave negoziale, quella che, oltre a essere in maggior misura aderente ai tempi moderni, assicura, da un punto di vista pratico, migliore certezza al traffico giuridico e alla circolazione dei beni in rispetto dei non sacrificabili principi di autoresponsabilità del dichiarante e ragionevole affidamento del destinatario³⁹.

3. Eccezionalità e regolarità delle norme statuenti forme vincolate: ricostruzione di un dibattito.

proponenti umani, contingenti per natura. Dunque il soggetto è libero di regolare i propri interessi nella maniera per esso più soddisfacente, ma, una volta incastonato l'interesse nel vincolo dichiarativo, l'interesse perde la sua rilevanza, dovendosi rispettare il *dictat* della dichiarazione. Tra volontà e dichiarazione, dunque, non c'è sopraffazione, bensì collaborazione, e condivisione di spazi d'azione: nella genetica strutturale dell'atto negoziale, l'una, nella regolamentazione degli esiti, l'altra»; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, op. cit., 54, secondo cui «il singolo deve non limitarsi a desiderare, a volere nella sfera interna della coscienza, ma piuttosto disporre, ossia attuare oggettivamente».

³⁸ Parla di una sorta di continuità tra le due dottrine P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, ed. a cura di G.P. CIRILLO, Milano, 2000, 235 ss.; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 91 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, op. cit., 41 ss., il quale ritiene che in entrambe le concezioni «si attribuisce all'autonomia privata (e al negozio che di essa è espressione) un valore di diversa originarietà e rilevanza, ma, in qualche modo, autonomo e originario rispetto all'ordinamento giuridico».

³⁹ Cfr., tra gli altri, V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit., 36 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 320 ss., che, sulla scia di tali cadenze argomentative, reputa che «Considerare il negozio come precetto, dichiarazione normativa, autoregolamento significa (...) riconoscere all'autonomia negoziale il ruolo di fonte di diritto, la quale, pur se concorrente con altre, è la più diretta e spontanea e, quindi, maggiormente vincolante anche sotto il profilo morale. La teoria precettiva, in questa chiave, è lo strumento migliore per salvaguardare il principio dell'autonomia negoziale che, nella sua formulazione, diventa valore». Sulla stessa lunghezza d'onda E. BETTI, *Negozio giuridico*, op. cit., 213, secondo cui «Al contenuto, cioè al precetto dell'autonomia privata, deve corrispondere nell'agente la coscienza del suo significato e valore impegnativo, cioè del significato e valore che a una dichiarazione o a un comportamento siffatti attribuiscono le vedute sociali nell'ambiente storicamente determinato in cui sono posti in essere. Qui sta anche il fondamento dell'autoresponsabilità che ne consegue».

Per un dibattito che si è chiuso con il benessere della maggioranza delle dottrine⁴⁰, se n'è aperto, negli ultimi decenni, uno tutto nuovo che ancora oggi, con diversità di accenti e sfumature, solleva non lievi dubbi esegetici dalla cui risoluzione discendono precisi sbocchi applicativi pieni di risvolti pratici. A innescare la disputa interpretativa è, in particolare, un celebre scritto degli anni Ottanta, il cui titolo è già di per sé abbastanza evocativo, in cui l'Autore si mostra intenzionato a disvelare il dogma, un «*idolum*» appunto, della libertà delle forme, operazione fino allora impensabile se considerati gli sforzi con cui si era inteso diroccare il formalismo più intransigente del diritto romano⁴¹.

Nel tentativo di ricostruire, senza pretese di esaustività, i tratti essenziali della questione, occorre prendere le mosse dal diffuso orientamento⁴² secondo cui il nostro sistema, analogamente a quanto

⁴⁰ È ormai pacificamente indiscusso in dottrina che la forma negoziale indichi «l'aspetto dell'atto», «lo speciale mezzo semantico; o speciale frasario», «il mezzo sociale attraverso il quale le parti manifestano il loro consenso». Rispettivamente cfr. F. DI GIOVANNI, *La forma*, op. cit., 767; R. SACCO, *La forma*, in R. SACCO – G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, II, 2004, 289; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, op. cit., 279.

⁴¹ Cfr. G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto romano*, Milano, 1952, 19, il quale osserva come, in realtà, «il formalismo moderno è diverso da quello di altri tempi, ma non diminuito, anzi in un certo senso aumentato». Nondimeno, come si avrà modo di osservare nelle pagine che seguono, «"il ritorno" al formalismo negoziale non deve (...) apparire come un singolare ritorno al passato, allo "spondeo" del diritto romano classico; e ciò non soltanto perché la forma espositiva non è ridotta alla sua espressione minimale, né perché si tratta di forma scritta invece che meramente orale. Ciò che allontana il formalismo "moderno" da quello "antico" è che il legislatore contemporaneo non ignora la teoria dei vizi della volontà o gli obblighi di informazione della controparte, ma al contrario li "sublima" nella forma, dando ad essi la massima protezione possibile. L'obiettivo della tutela dell'integrità della formazione della volontà contrattuale è perseguito attraverso la predeterminazione di *forma e contenuto* (...) del contratto. E ciò di fatto impedisce miscomprensioni, asimmetrie informative, vizi della volontà». Così R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 1996, 14-15,

⁴² Cfr., in questo senso, M.E. LA TORRE, *La forma dei negozi risolutivi*, in *Giust. civ.*, I, 1962, 154; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, III ed., Utet, Torino, IV, 1980, 191; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1972, 125; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, 17; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO (e continuato da L. MENGONI), Milano, III, 1988, 115; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, IX, 1961, 839 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO (e continuato da L. MENGONI), Milano, XXI, 1987, 362; L.



2/2020

accade in altri ordinamenti⁴³, sarebbe incardinato sul principio in forza del quale le parti, nell'esteriorizzazione di attività negoziali, sono libere di scegliere la forma che più le aggrada, opzione che parrebbe confermata, oltre che dal più ampio principio di autonomia privata *ex art. 1322 c.c.*, dal combinato disposto degli artt. 1325, che annovera tra i requisiti essenziali del negozio l'obbligo di rispettare la forma (c.d. «*ad substantiam*») soltanto quando questa è prescritta dalle legge sotto pena di nullità, e 1350 c.c., che enumera specificatamente gli atti che devono farsi per iscritto.

Più nel dettaglio, dalla lettura incrociata delle citate norme, ne deriverebbe il logico corollario di dover considerare l'imposizione di determinati oneri formali come del tutto eccezionale e tassativa⁴⁴, giacché, al netto della libertà della forma quale regola per la generalità dei negozi, condizionante la manifestazione di autonomia delle parti, e, come tale, insuscettibile non solo di applicazione analogica ma, a giudizio di accreditata dottrina⁴⁵ e di autorevole filone giurisprudenziale⁴⁶, anche

BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, in *Diritto civile. Fatti e atti giuridici*, Torino, I, 1987, 628; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1976, 195 ss.; T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, *op. cit.*, 20 ss., A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, *op. cit.*, 443; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, *op. cit.*, 17; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, *op. cit.*, 275 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, *op. cit.*, 135 ss.; B. GRASSO, *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, *op. cit.*, 52; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, *op. cit.*, 988 ss.; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, *op. cit.*, 204 ss., a parere del quale «in ordine alla forma, (l'ordinamento) ne ha imposto l'onere, ma alleviandolo con la norma implicitamente ammissiva della libertà della stessa forma».

⁴³ Per un'indagine comparatistica in punto di libertà delle forme si vedano le opere di K. ZWEIGERT – H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti* (trad. it. di Cigna), Milano, 1995 e G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I. *Lineamenti generali*, Giuffrè, Milano, 1995.

⁴⁴ Significativo è da questo angolo visuale il pensiero di B. GRASSO, *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, *op. cit.*, 52 ss., il quale sostiene che l'art. 1325 c.c., letto congiuntamente con l'art. 1350 c.c., esprimerebbe due norme: «1) quella che prevede quale 'requisito' del contratto la forma, quando questa è prevista sotto pena di nullità; 2) quella che, non prevedendo il 'requisito' della forma, (implicitamente) lo 'esclude' in tutti gli altri casi», sicché la norma *sub 2*), riferendosi «alla "generalità" dei contratti (mentre invece l'altra riguarda soltanto quelli in cui la forma è disciplinata sotto pena di nullità e perciò contiene certamente una previsione più limitata rispetto alla prima), rappresenta la regola»; mentre la norma *sub 1*) rappresenta «l'eccezione, risultando altresì la sua natura "derogatoria" dalla circostanza che essa comprende un ulteriore e "specificativo" elemento rispetto a quelli che ha in comune con la fattispecie dell'altra norma più ampia e generale, alla quale è perciò subordinata».

⁴⁵ Si veda, tra gli altri, G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, *op. cit.*, 191; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, *op. cit.*, 17; M. GIORGIANNI, *Forma*

d'interpretazione estensiva, «che costituisce – qui come, purtroppo, in altri casi – un comodo scudo per eludere il divieto dell'art. 14 disp. prel.»⁴⁷.

Dello stesso avviso è anche chi, pur approvando in buona sostanza la validità del principio di libertà delle forme, fa un passo avanti affermando che un siffatto assioma troverebbe superiore giustificazione nel testo della Costituzione e, segnatamente, negli artt. 41 e 3, comma 2, che, esaminati congiuntamente, esprimerebbero «il fulcro del propugnato sistema della forma»⁴⁸. Tale proposta ricostruttiva, quindi, seguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata, pone l'accento sulla necessità di slegare gli atti giuridici privati dalle stringenti corde formalistiche che, riducendo, di fatto, la libera iniziativa economica (specie a discapito dei soggetti più deboli), si risolverebbero in un «vietto rigorismo»⁴⁹.

degli atti, op. cit., 994, secondo il quale «la disciplina della forma *ad substantiam* costituisce una deroga penetrante – non solo al principio della libertà di forma, che nell'ordinamento è certo presente – ma alla stessa autonomia privata, posto che la forma non solo condiziona il sorgere dell'atto, ma viene altresì ad impedire che le parti possano eseguirlo, confermarlo ovvero accertarlo. Il sistema dovrebbe essere perciò inteso come veramente eccezionale, cosicché non dovrebbe indulgersi alla tendenza di estenderlo al di là dei casi effettivamente disciplinati».

⁴⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 22 marzo 1995, n. 3318, in *Foro it.*, 1995, I, 1138, ove si è statuito che «le norme che prevedono che determinati contratti o atti debbano essere realizzati con determinate forme sono di stretta interpretazione, insuscettibili, cioè, di applicazione analogica».

⁴⁷ A tale conclusione perviene M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, op. cit., 1003.

⁴⁸ A sostenerlo è O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, op. cit., 198 ss. L'A, in particolare, ritiene che la «forma degli atti giuridici privati deve essere, normalmente, libera sia per favorire l'iniziativa economica privata sia per non creare ostacoli di ordine economico, che limitino di fatto la libertà e l'uguaglianza», sicché le prescrizioni legali sulla forma vincolata sarebbero da ammettersi soltanto «quando gli atti di autonomia contrastano con l'utilità sociale (art. 41, 3° comma, cost.)» e da individuarsi esclusivamente come mezzi di tutela di «interessi generali» o «fini sociali». Cfr., a questo proposito, anche V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 420 ss.

⁴⁹ Cfr. O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, op. cit., 230. Scetticismo, al riguardo, manifesta P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, op. cit., 34 ss.; ID., *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale ed autonomia*, op. cit., 93 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 420 ss., il quale, pur apprezzando gli sforzi che sono stati compiuti nella prospettiva di un accorto riferimento al quadro costituzionale, avanza tre osservazioni critiche. La prima obiezione muove da un presupposto di fondo: la predetta teoria sopravvaluta oltremisura la matrice liberistica della Costituzione focalizzando l'interesse solo sui traffici economici e sui principi a essi sottesi, con conseguente disseminazione dei principi personalistici e solidaristici che costituiscono i fondamentali valori ordinatori dell'attuale realtà sociale e giuridica. A ciò si aggiunge che l'autonomia negoziale non

2/2020

A scalfire l'intangibilità della pretesa natura eccezionale delle prescrizioni sulle forme legali è, come detto, la posizione assunta da nota dottrina⁵⁰, la quale, distaccandosi dalla crociata antiformalistica e osservando il fenomeno dei *vestimenta* negoziali sotto il profilo strutturale, rovescia l'argomentazione tradizionale ritenendo che proprio dall'analisi dell'art. 1325 c.c. (unica norma in materia di forma presente nello *ius positum*) si estrarrebbe non una regola dalla quale desumere il generale principio di libertà delle forme, ma soltanto l'individuazione della sanzione invalidante gli atti che non rispettino la forma prevista *ad substantiam*, sicché, mancando nel nostro ordinamento una norma regolare che espliciti l'autonomia delle parti nella scelta delle forme negoziali, non potrebbe valutarsi come eccezionale la norma che richiede forme peculiari

trova fondamento esclusivamente nell'art. 41 Cost., ma «ha fondamenti diversificati in funzione dei valori e degli interessi da realizzare». Cfr. P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, 395. La seconda obiezione, invece, riguarda il fatto che l'autonomia negoziale non può essere considerata come valore in sé, in quanto si evidenzia che l'atto d'iniziativa può essere positivamente valutato dal legislatore soltanto se finalizzato a realizzare concretamente un interesse socialmente apprezzabile e giuridicamente meritevole di tutela. Ciò vuol dire che la forma legale dell'atto giuridico non rappresenterebbe un limite esterno eccezionalmente tassativo, quanto piuttosto un limite interno che va valutato nel caso concreto nell'ambito dell'operazione svolta. Sul punto si rinvia a P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, op. cit., 35. La terza obiezione, infine, si fa forte della considerazione per cui le prescrizioni sulle forme legali possono assolvere anche una diversa funzione di garanzia, di tutela e promozione di interessi e valori rilevanti tanto quanto la generica libertà. In particolare, si è detto che «la tutela riguarda non tanto il cittadino quale consumatore (come pure è giusto sotto certi profili) ma il cittadino in quanto tale, a prescindere dal suo ruolo di produttore o di consumatore: è la prospettiva produttivistica, in quanto senso negativa, che deve essere superata, in modo da dare prevalenza alla prospettiva esistenziale dell'uomo e dei suoi diritti. Chi si sforza in ogni modo di tutelare il consumatore nei confronti del produttore, che a sua volta è consumatore nei confronti di altro produttore, entra in un circolo vizioso, e finisce con lo sposare una concezione meramente economicistica del fenomeno che si deve invece prospettare in ben altre dimensioni». Cfr. P. PERLINGIERI, *Economia in bilico tra pubblico e privato: una formula in crisi?*, in *Dir. impr.*, 1982, 231.

⁵⁰ Il rinvio è a N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, op. cit., 19 ss. Tra i sostenitori di questa linea di pensiero, F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, op. cit., 307 ss.; D. MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contr.*, 1996, 420; U. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 73, secondo cui «se le norme che prescrivono il requisito di forma fossero di carattere eccezionale, non si spiegherebbe perché l'art. 1325 abbia elencato la forma tra i requisiti del contratto».

per la stipulazione di specificati atti⁵¹. In base a tale prospettiva, «non si danno dunque due norme sulla forma – l’una regolare, l’altra eccezionale –; ma una sola norma, la quale, in sé considerata, non è né regolare né eccezionale. Mancando il termine di raffronto, la norma non può assumere alcuna qualifica di relazione: non si paragona alle altre, e così rimane una tra le norme dell’ordinamento»⁵².

In altre parole, non esistendo due norme che intrattengono tra di loro un rapporto di regola ed eccezione, la disposizione normativa sulla forma di cui all’art. 1325 c.c. sarebbe «unica ed esclusiva»⁵³ e, «al pari di ogni

⁵¹ Cfr. N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, op. cit., 20 ss. In particolare, secondo tale impostazione concettuale, dalla lettura dell’art. 1325 c.c. si ricaverebbero due norme: «L’una descrive una fattispecie debole, risultante dalla combinazione di tre requisiti (accordo, causa, oggetto); l’altra una fattispecie forte, risultante dalla combinazione di quattro requisiti (accordo, causa, oggetto, forma)», quando la forma «è prescritta dalla legge a pena di nullità». Secondo l’A., quindi, l’interprete dovrebbe «limitarsi a verificare se vi sia stato l’accordo tra le parti, mentre la modalità attraverso cui si sia realizzata la reciproca manifestazione del consenso è irrilevante, cioè non è un problema che tocca il tema della forma». Ancora, l’«energia causale e produttiva (della fattispecie debole) non altro esige che i requisiti, elencati nell’art. 1325, nn. 1), 2), 3), cod. civ. L’accordo è bensì unità di forma e contenuto; ma la forma è tutta risolta ed implicita nel requisito dell’accordo, e, dal punto di vista normativo, non assume alcuna rilevanza», sicché «né libertà né illibertà: piuttosto irrilevanza del problema di forma». La norma in esame, tuttavia, pone non pochi dubbi esegetici. Sul punto si rinvia a L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, op. cit., 4, a parere della quale «(...) né lo scarno enunciato nell’articolo 1325 c.c. è in grado di reggere, da solo, qualsivoglia discorso che avvalori o smentisca la persistenza (o, meglio sarebbe, l’esistenza) di un principio di libertà di forma nel nostro ordinamento; né il requisito di forma del contratto può essere compiutamente inteso con esclusivo rimando a quella centralità del modello della fattispecie e conseguente rilevanza strutturale del *vestmentum* che pure parrebbe decisivo scorrendo l’elenco di cui all’art. 1350 c.c.». Pertanto, «E’ plausibile l’opinione che vuole una sola norma sulla forma consistente in ciò che è testualmente previsto al n. 4 dell’art. 1325 c.c.; ma altrettanto plausibile è l’opinione opposta secondo cui l’art. 1325 c.c. espliciterebbe l’eccezione mentre la regola è assunta per implicita». *Ivi*, 17.

⁵² Così N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, op. cit., 20. Egli, in definitiva, a pag. 22, osserva che «Nella descrizione legislativa della fattispecie debole (accordo-causa-oggetto), non c’è una norma sulla libertà di forma, ma pura assenza di una norma sulla forma (*tabula absentiae*)». Analoga percezione si coglie in R. GUASTINI, *Intema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, op. cit., 541, che concorda con Irti circa la non formulazione del principio da parte del legislatore, evidenziando che «altro è constatare l’assenza di norme che richiedano una determinata forma per ogni tipo di contratto, altro è inferire da ciò la presenza di una norma che qualifichi come libera la forma del contratto in generale. Il *non sequitur* è evidente».

⁵³ Cfr. N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, op. cit., 20.

altra, suscettibile di applicazione analogica»⁵⁴, derivandone sotto tale angolo visuale che «il formalismo si viene mostrando, non limitato ed eccezionale, ma dilatato ed espansivo»⁵⁵.

L'impostazione testé illustrata, per quanto suggestiva e interessante possa apparire⁵⁶, non è, tuttavia, andata esente da critiche metodologiche: si allude, cioè, al pensiero di quella ermeneutica⁵⁷, che, sul postulato della

⁵⁴ Condivide tale assunto G.B. FERRI, *Forma ed autonomia negoziale*, op. cit., 323, ad avviso del quale «Le forme legalmente vincolate nei confronti del caso concreto per il quale sono previste, costituiscono la regola di quello specifico contratto. Così, ad esempio, la forma scritta per i contratti che trasferiscono la proprietà dei beni immobili (art. 1350, n. 1., c.c.) è la regola di quei contratti. Se questo è vero, nulla sembra vietare la possibilità, in linea di principio, di far ricorso all'applicazione analogica di forme legali».

⁵⁵ Ivi, p. 23; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, op. cit., XX, ove si sostiene che «Sciolto da ombre giusnaturalistiche e ricondotto sul terreno del diritto positivo, il requisito della forma ci appare come una semplice scelta del legislatore che, in singoli casi, aggiunge un elemento alla struttura del contratto. Non antitesi con la libertà naturale (...) né eccezioni a regole formali; ma soltanto norma di struttura e di combinazione degli elementi della fattispecie. I contratti, per i quali il legislatore non prescrive requisiti di forma, non sono né più liberi né meno solenni, ma soltanto contratti con struttura semplice e a un numero inferiore di addendi». Per una visione opposta si veda A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, op. cit., 206-207, secondo cui l'adesione alla soluzione analogica «colpirebbe al cuore la certezza del diritto», giacché, «la somiglianza di un contratto atipico con un contratto tipico per cui è richiesta una forma determinata, non può giustificare l'analogia, data la prevalenza del principio di libertà delle forme rispetto alle norme che esigono forme determinate». Similmente, G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, 362, il quale rileva che «la regola della libertà di forma è ormai un cardine del moderno diritto e non fa bisogno di enunciarla in modo espresso perché implicitamente, ma certamente, risulta dalle moltissime applicazioni che di essa si hanno nei codici. I codici, quindi, debbono limitarsi alle eccezioni, prescrivendo le formalità per i casi in cui si ritenga che i negozi debbano essere formali».

⁵⁶ Sotto questo profilo, R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Giuffrè, Milano, 2011, 8, evidenzia come «lo studio di Irti ha avuto il merito fondamentale di avere aperto il dibattito e (...) di aver provocato, come reazione, il ritorno di una tendenza (di origini risalenti) ad analizzare la forma sotto l'aspetto teleologico piuttosto che strutturale. E, soprattutto, ha avuto il merito di aver posto in dubbio l'assunto secondo cui le norme che prescrivono forme legali abbiano natura eccezionale».

⁵⁷ Altra, infatti, la chiave di lettura che emerge dalle parole di P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, op. cit., 39 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 427, per il quale «Per interpretare (...) la norma sulla forma è necessario individuarne la storia e la funzione. La forma è inseparabile dal contenuto e lo stesso negozio non è relegabile al piano della struttura, della fattispecie e dei suoi requisiti meccanicisticamente descritti, ma è da considerare quale ordinamento del caso concreto, valore da integrare e confrontare con il sistema dell'ordinamento, come una parte al tutto in stretta indissolubilità logica e storica». Come nota A. PALAZZO, *Forma negoziale tra polemiche e realtà*, op. cit., 799, il Perlingieri focalizza

«ragion sufficiente»⁵⁸ delle prescrizioni di forma, ritiene che la questione debba essere trattata non in termini strutturali quanto piuttosto con un approccio di tipo funzionale.

In particolare, secondo tale modello argomentativo, per comprendere quali norme statuenti forme negoziali debbano essere valutate come eccezionali (e, quindi, non passibili di estensione analogica) e quali, invece, debbano prevedersi di generale attuazione (e, perciò, suscettibili di analogia), sarebbe indispensabile esaminare la singola prescrizione di forma non in modo isolato rapportandola unicamente a un dato principio (quello di libertà delle forme), ma in relazione ai principi generali dell'ordinamento, specie quelli di rango costituzionale⁵⁹, nell'ottica di un più ampio contesto unitario, ovverosia nell'ambito di un sistema globalmente e storicamente considerato, nel quale ad assumere natura eccezionale sarebbero soltanto le previsioni normative derogatorie di tali regole generali⁶⁰.

l'attenzione sulle «interrelazioni tra gli interessi in gioco e gli elementi del negozio, e osserva come la forma legale affonda le sue radici sulla qualità dei soggetti o dell'oggetto del negozio o addirittura sulla funzione di essa». Parallelamente, l'A. esamina anche il pensiero del Ferri, evidenziando come lo stesso, pur accogliendo la tesi di Irti, analizza il problema sotto un altro profilo e «svolge il suo discorso ancorando l'indiscutibilità del principio della libertà della forma alla stessa fisiologia dell'autonomia privata. Se i privati hanno la libertà di scegliere il contenuto, devono pur avere la possibilità di scegliere il contenente più idoneo a realizzare gli interessi calati nella norma. Pertanto possono le stesse parti vincolare volontariamente un contenuto a una forma che la legge non richiede per quel contenuto». *Ivi*, p. 800.

⁵⁸ La nota espressione è tratta da P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, *op. cit.*, 43.

⁵⁹ Sulla costituzionalizzazione del diritto civile, oltre ai già citati studi perlingieriani, si veda anche N. LIPARI, *Una chiave di lettura*, in F. MACARIO e M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato*, Roma, 2017, 19 ss.

⁶⁰ Fondamentali, al riguardo, le considerazioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, *op. cit.*, 423 ss., ove si asserisce che «Eccezionale è la norma che si presenta tale nel contesto delle *regole generali* e delle *altre leggi*, cioè dell'intero ordinamento storicamente condizionato: non semplicemente una rigida contrapposizione tra una fattispecie normativa e un'altra, ma un confronto tra la singola previsione e l'ordinamento»; *ID.*, *Forme dei negozi e formalismo degli interpreti*, *op. cit.*, 42. A pag. 152, egli, poi, sottolinea l'insufficienza delle argomentazioni addotte a sostegno del rigido binomio regola-eccezione, in quanto entrambe paiono finalizzate a perseguire interessi meritevoli di tutela «secondo un giudizio costante di prevalenza e di soccombenza; nessuna delle due può dirsi rappresentare sempre e aprioristicamente come quella preferibile e privilegiata. (...) Sotto questo profilo, la rinascita del formalismo rappresenta un fenomeno non isolatamente comprensibile e valutabile di per sé positivamente o negativamente; esso va concepito

2/2020

In questa prospettiva, il disposto di cui all'art. 1325 c.c. rappresenterebbe soltanto «un frantume di norma che si integra e si colora di volta in volta dalla disciplina del singolo atto»⁶¹, vale a dire in riferimento al negozio concreto considerato nella sua unità e, quindi, in correlazione alle qualità dei soggetti contraenti, all'oggetto, al tipo di effetti e alle specifiche finalità che il negozio si propone di raggiungere⁶².

In tale orizzonte, in cui gioca un ruolo decisivo l'attività dell'interprete, chiamato a indagare «non tanto il come della previsione formale quanto il perché»⁶³, la forma andrebbe a combaciare perfettamente con il contenuto dell'atto, iscrivendosi in una «dimensione moderna, di tipo funzionale, attenta alla molteplicità di scopi che la stessa, di volta in volta, è preordinata a realizzare»⁶⁴.

quale una delle tecniche di cui si avvale il legislatore moderno pur se con finalità e modalità adeguate al mutare dei tempi». In questa prospettiva, particolarmente efficace è il pensiero di R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, op. cit., 7, secondo cui il principio di libertà delle forme «pur esistente, non può essere sopravvalutato. Esso può ben essere "degradato" a rango di una semplice regola, soggetta a una gran quantità di eccezioni (le quali, dunque, non vanno più considerate tali, ma mere deroghe), sempre più numerose e rilevanti, tanto da poter essere interpretate estensivamente o applicate analogicamente. Se non esiste più un principio che sancisce la libertà delle forme, bensì solo una regola, non esisteranno più nemmeno delle eccezioni, ma soltanto (numerose) deroghe». In questi termini anche F. DI GIOVANNI, *La forma*, op. cit., 786.

⁶¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, op. cit., 45.

⁶² Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 425, secondo cui «La forma può essere collegata ad uno o più di tali profili, cumulativamente o alternativamente, secondo la *ratio* della norma che la statuisce». Conforme, sul punto, C. SANTAGATA, *Del mandato*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1985, 269, il quale osserva che «il criterio sottostante la previsione normativa di forme solenni non è dotato di uniformità: accanto a norme che fondano l'onere formale in correlazione agli effetti che il negozio è idoneo a produrre (artt. 1350, 2556), si riscontra la concorrenza di altri criteri aventi fondamento diverso; infatti, oltre a norme che impongono una *ratio* formale (artt. 1351, 1392), vi sono ipotesi in cui la previsione di forma solenne non è correlata al tipo di effetti, bensì alla peculiare causa o tipo di contratto, senza che, nell'ambito di tali previsioni, possa individuarsi una *ratio* costante (diverso è, infatti, il fondamento sottostante alla previsione della forma solenne per la donazione, rispetto a quello che motiva l'esigenza della costituzione per atto pubblico della società per azioni)».

⁶³ Sono parole di G.B. FERRI, *Forma ed autonomia negoziale*, op. cit., 324.

⁶⁴ Lo afferma S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, op. cit., 112. Analogamente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 427, per il quale «La libertà della forma assume un carattere non soltanto negativo, ma di interesse positivo da concretare in negozi o clausole negoziali tendenti a regolamentare la forma. Questa diventa funzione negoziale

Per ragioni di completezza, va, infine, segnalato l'atteggiamento ondivago della giurisprudenza che, sebbene in più occasioni si sia affannata nel ribadire la valenza di regola generale per il principio di libertà delle forme, ha, poi, gradualmente ammesso in numerose pronunce⁶⁵ l'interpretazione estensiva delle prescrizioni formali, con evidente arretramento di un principio ormai relativizzato se non addirittura «disapplicato attraverso l'interpretazione razionale e teleologica della norma che introduce il requisito formale»⁶⁶.

4. Opzione di metodo e ricadute applicative: l'orientamento delle Sezioni Unite sul contratto monofirma.

Il dibattito appena descritto, lungi dal configurarsi come una mera pratica concettuale, è oggi più che mai vivo e fonte di ulteriori sviluppi se considerato non tanto in riferimento all'operatività di un principio pressoché mitigato nella prassi, quanto invece con riguardo al metodo di

e come tale sottoposta al controllo di meritevolezza (art. 1322 c.c.). L'accordo sulla forma non è dunque un nudo patto, arbitrario e neutrale».

⁶⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, a Cass., 30 maggio 1978, n. 2747, in *Rep. foro it.*, voce *Comunione e condominio*, 1978, 124; Cass., 9 ottobre 1979, n. 5240, in *Rep. foro it.*, voce *Contratti in genere*, 1979, 111; Cass., 29 maggio 1980, n. 3538, in *Rep. foro it.*, voce *Vendita*, 1980, 123; Cass. 2 luglio 1990, n. 6765, in *Giur. it.*, 1990, I, 1688; Cass., 6 novembre 1991, n. 11840, in *Mass. giur. it.*, 1991; Cass., 11 aprile 1995, n. 4169, in *Giur. it.*, 1996, I, 806. In tempi (relativamente) più recenti si veda Cass., 2 aprile 1999, n. 3166, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 741; Cass., 22 maggio 1999, n. 5014, in *Giust. civ.*, 1999, I; Cass., Sez. Un., 30 dicembre 1999, n. 943, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 2652; Cass., Sez. Un., 7 marzo 2005, n. 4806, in *Foro it.*, 2006, 10, I, 2902.

⁶⁶ Secondo l'espressione utilizzata da A. LISERRE – A. JARACH, *Forma*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, tomo III, Torino, XIII, 1999, 399, n. 13, i quali, sul punto, riportano il pensiero di P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, *op. cit.*, 817, a giudizio del quale il principio di libertà delle forme «non comporta affatto la necessità di un'applicazione strettamente letterale delle singole prescrizioni di legge (...). Non vieterebbe quindi neppure un'interpretazione estensiva, impregiudicate le note difficoltà del regolamento di confini. Non vieta l'interpretazione razionale e finalistica, che consente di affermare soggetto al requisito formale anche il negozio, come il consenso contrario, non menzionato in modo esplicito nella disposizione che prescrive il requisito». In questi termini si era, in verità, già espresso A. ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, *op. cit.*, 565, per il quale «chi si affacci ad esaminare con la mente sgombra da pregiudizi di sorta la pratica delle prescrizioni normative, è portato a concludere che il principio della libertà delle forme è piuttosto un'affermazione teorica – allo stesso modo del principio del nudo consenso, del quale è filiazione diretta (...) – che non un criterio vivo ed operante negli ordinamenti positivi».

indagine (strutturale o funzionale) da adottare nell'approccio alla problematica della forma. Ne è conferma il rinnovato interesse della giurisprudenza che con un pronunciamento a Sezioni Unite⁶⁷, in cui la Suprema Corte è stata chiamata, nella sua più autorevole composizione, a dirimere la vicenda relativa al contratto d'intermediazione finanziaria c.d. monofirma, mostra di prediligere una lettura funzionale e assiologica della forma contrattuale.

Al fine di meglio comprendere la portata innovativa della sentenza, vale la pena rilevare la specificità della situazione da essa considerata: le Sezioni Unite si curano, infatti, di guardare a un fenomeno di crescente rilievo che, a causa dell'influsso del diritto comunitario⁶⁸, sta prendendo sempre più piede nella sfera dell'autonomia negoziale, specie nella contrattazione asimmetrica⁶⁹, e che va sotto il nome di «forma informativa», «forma *ad informationem*» o «forma di protezione»⁷⁰.

⁶⁷ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, I, 928, che si è pronunciata in merito all'ordinanza di rimessione disposta dalla I Sez. civile della Suprema Corte il 27 aprile 2017, n. 10447, in *Contr.*, 2017, 4, 393. Si schierano, in linea con la decisione assunta dalle Sezioni Unite, a favore di un'analisi teleologica della forma, inaugurata, come visto, dal magistero perlingieriano, L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, op. cit., 129 ss.; R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, op. cit., 107 ss.; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, op. cit., 122; R. SCONAMIGLIO, *Dei contratti in generale (art. 1321-1352)*, op. cit., 410; V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, op. cit., 425; E. TOSI, *Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzione delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, I, 2019, 197 ss. In senso critico, invece, D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contr.*, 2017, 393 ss.; M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, V, 2017, 554 ss.; S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 686; U. VIOLANTE, *L'art. 23 T.U.F., tra formalismo ed efficienza allocativa*, in *Contr.*, VI, 2018, 703 ss.

⁶⁸ In argomento si veda M. MESSINA, *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Torino, 2002, 113, che segnala «la tendenza comunitaria a riscrivere buona parte del diritto privato, specie per quanto riguarda la materia dei contratti, in modo che, attraverso le direttive oggetto di recepimento, i vari paesi membri addivengano ad una disciplina che si configuri il più possibile omogenea, almeno quanto ai segmenti normativi presi in considerazione ed alle materie selezionate».

⁶⁹ La nota teoria del «contratto asimmetrico» trova la sua genesi nel saggio di V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 769 ss. e, più in generale, nel volume *Il contratto del duemila*, di cui si veda la III ed., Giappichelli, Torino,

Trattasi, nello specifico, di una tendenza di settore che, collocandosi nella più ampia categoria del c.d. neoformalismo di matrice sovranazionale⁷¹, ha come obiettivo principale quello di garantire

2011, 91 ss. Da ultimo anche U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2018, 5 ss. e G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, 143, il quale osserva che «Ormai non si può più pretendere di ricondurre tutto a sistema, anche se non è necessario abbandonarsi a tentazioni nichilistiche. I codici di un tempo hanno vissuto in gloria, oggi si propone una nuova codificazione concepita come un nuovo modo di aggregare regole di autonomia privata. (...) La tripartizione classificatoria di contratti tra contraenti formalmente eguali, contratti tra imprese e contratti con i consumatori si arricchisce di una nuova categoria, il contratto asimmetrico, in cui l'asimmetria (informativa, di potere negoziale, di potere impositivo) non riguarda solo il consumatore ma anche la piccola impresa, e più in generale la parte esposta all'abuso di potere economico della controparte».

⁷⁰ In proposito G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 612, mette in evidenza come, in questo contesto, la forma «non è più fine a se stessa, come elemento costitutivo del contratto, ma rappresenta la chiave di volta utilizzata dal legislatore per rendere trasparente il rapporto sottostante. Sicché diviene indispensabile perché consente al giudice di valutare il contenuto del rapporto contrattuale, per cui può dirsi che nei contratti in cui si tutela lo *status* del contraente debole, la forma assume un ruolo rappresentativo di un contenuto (...) in grado di eliminare le asimmetrie informative tra i contraenti già nella fase di formazione del contratto, attraverso una predisposizione dettagliata del regolamento contrattuale e, quindi, di conseguenza assicurare una libera concorrenza attraverso il pieno dispiegarsi delle forze economiche sul mercato».

⁷¹ Per una panoramica complessiva del fenomeno si rinvia, oltre ai già menzionati contributi, agli studi di R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, op. cit., 32 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, op. cit., 57, la quale evidenzia come il formalismo comunitario «non mira a correggere il contenuto del contratto, ma soltanto ad assicurare che il confronto tra le diverse concrete opportunità di negoziazione sia trasparente», sicché esso è finalizzato «ad assicurare che la singola manifestazione di autonomia privata da un lato si collochi in un mercato trasparente, dall'altro contribuisca alla progressiva strutturazione di quest'ultimo»; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzioni del neoformalismo negoziale*, Giuffrè, Milano, 2012, 80, che constata come la normativa europea «rivela un formalismo inedito, oscillando tra moduli espressivi e contenutistici, funzionali ora alla tutela del contraente debole, ora alla sicurezza dei rapporti ed alla prevenzione del contenzioso, ora al rispetto di un *iter* procedimentale, che è metro di diligenza, a scanso di responsabilità (forma c.d. *ad regularitatem*)»; S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto: art. 1350*, in *Comm. cod. civ.*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER e continuato da F.D. BUSNELLI, Milano, 2003, 29, scrive che «in un caso la prescrizione di una determinata forma corrisponde alla finalità di tutela del contraente debole, in un altro assicura certezza dei rapporti contrattuali, in un altro ancora ha un compito certificativo dell'assolvimento di uno specifico iter procedimentale al quale la legge annette un'apposita rilevanza in relazione agli interessi privilegiati. In altre parole,

2/2020

maggiore tutela al contraente non professionale, in guisa che, come acutamente affermato da taluna esegesi, «forma e formalismo (...) assolv(a)no per il contratto la medesima funzione che per i prodotti alimentari assolve l'etichettatura»⁷², ovverosia un sufficiente grado di trasparenza del suo contenuto.

Ecco allora che il nuovo paradigma formale, staccandosi dalla classica visione codicistica della forma quale elemento architettonico del contratto previsto ai fini della validità, diviene, per un verso, «veicolo necessario di informazioni necessarie»⁷³, terreno elettivo per la somministrazione di dati utili e rilevanti che assicurino chiarezza e comprensibilità alla parte del rapporto ritenuta debole, e, per altro verso, meccanismo deputato a garantire un certo indice di trasparenza nell'operazione negoziale⁷⁴, con conseguente speciale nullità (relativa

il requisito formale, da "uno" (...) si scompone nelle "forme" dei diversi settori dell'intervento legislativo».

⁷² Così A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Tratt. dir. priv. europeo*, Padova, III, 2003, 50 ss., ove si considera perciò che «il formalismo negoziale costituisce lo strumento attraverso il quale si mira a dare trasparenza alla qualità del contratto (e) permette di realizzare il confezionamento del singolo contratto, assicurando che il testo stesso dell'atto di autonomia privata contenga un'uniforme griglia di clausole (che rappresenta) lo strumento strutturale attraverso il quale si assicura il corretto svolgimento dell'autonomia privata nella prospettiva del mercato, più in particolare, il corretto funzionamento della concorrenza tra i diversi assetti negoziali» e ciò per il convincimento in base al quale sussiste «una significativa imperfezione del mercato sotto forma di rilevante gap informativo tra le parti del contratto». *Ivi*, 53.

⁷³ La suggestiva formula si legge in G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1993, 710. In modo pienamente adesivo all'idea della forma quale "veicolo" dell'informazione dovuta alla categoria di soggetti deboli A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1993, 296; P. PERLINGIERI, *Considerazioni conclusive*, in G. FUCCILLO (a cura di), *Pubblicità, trasparenza e funzione notarile*, ESI, Napoli, 2000, 155 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, *op. cit.*, 427-428; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1997, 101; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 395 ss.

⁷⁴ In questo senso si esprime E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzioni del neoformalismo negoziale*, *op. cit.*, 86-87, il quale nota come «Un mercato protetto è un mercato in funzione dell'uomo e della sua libertà dal bisogno; su questo terreno la rivalutazione della forma (...) può esercitare un ruolo perequativo e dunque di riequilibrio di posizioni contrapposte». Inoltre, «Tale politica di salvaguardia non avvantaggia peraltro solo i soggetti delle relazioni commerciali, che dal mercato traggono mezzi di sostentamento e occasioni di affermazioni della propria personalità, bensì il mercato stesso, che, ricondotto nei limiti di una corretta competizione, viene stimolato e

protettiva) del contratto che eluda gli anzidetti canoni. Sicché, a pena d'invalidità, la necessaria cristallizzazione per iscritto di quel contenuto informativo minimo (c.d. «forma-modulo») che consenta al soggetto di autodeterminarsi in modo completo e consapevole nella vicenda contrattuale di cui è parte inferiore ed è proprio all'interno di questa cornice che si annida la questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite: chiarire, cioè, se la mancata sottoscrizione della banca al contratto-quadro d'intermediazione finanziaria pregiudichi in qualche modo il cliente⁷⁵ nella conoscenza delle condizioni contrattuali e renda perciò nullo il relativo negozio.

Ebbene i supremi giudici, rispondendo negativamente al quesito posto in scrutinio per mezzo di un procedimento d'interpretazione teleologica e assiologica dell'art. 23 T.U.F.⁷⁶, hanno statuito l'innovativo

si sviluppa in direzione solidale. Così il formalismo rappresenta, (...), la matrice ideologica di una legislazione che valorizza l'elemento formale del sinallagma contrattuale, elevandolo a momento di garanzia non solo delle istanze personalistiche ma anche del mercato». Analogamente, G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II ed., XXVI, Torino, 2006, 798, secondo cui forma e contenuto, nel diritto europeo, «vengono accomunate nell'unitario disegno di tutela che le forgia (...). La forma assolve a funzioni di certezza, trasparenza, pubblicità delle condizioni contrattuali; il contenuto eterodiretto garantisce un controllo *a priori* di tali condizioni, assicurando equità e giustizia nelle transazioni». Sui rapporti tra mercato e autonomia si rinvia alle riflessioni contenute in C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 417, ove si sottolinea che «il mercato però non è eteronomo rispetto al contratto: di questo è l'habitat, del quale l'equilibrio raggiunto dalle parti nel singolo contratto è l'espressione naturale quando il mercato sia concorrenziale. Esso è piuttosto presupposto e conseguenza dell'autonomia privata che si esercita con i contratti».

⁷⁵ A questo proposito, è bene porre l'accento sul fatto che, nella legislazione settoriale e, specialmente, nell'ambito dei contratti d'investimento, L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 687, segnala l'esigenza di impiegare, da un punto di vista definitorio, il termine "cliente" in luogo della frantumata nozione di "consumatore" che porta a «specificarsi e, contemporaneamente, dilatarsi, nella figura ora dell'assicurato, ora del cliente, ora dell'investitore, e così via». Così anche E. TOSI, *Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma; la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzione delle Sezioni Unite della Cassazione*, *op. cit.*, 200 e *ivi* ulteriore bibliografia.

⁷⁶ L'art. 23 T.U.F., il cui antecedente storico è da rinvenirsi nell'art. 6, n. 1, lett. c), L. n. 1/1991, prevede che «1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, è un esemplare è consegnato ai clienti. (...) Nei casi di inosservanza della forma scritta, il contratto è nullo. 2. E' nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del

principio di diritto in base al quale «Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

In particolare, si legge in motivazione, il vincolo di forma di cui alla riferita disposizione di legge va inteso «non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa». Più nel dettaglio, esso va interpretato «secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità. Ora, a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa, è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessiti ai fini della validità del contratto-quadro»⁷⁷.

corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto. 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente. 4. Le disposizioni del titolo VI, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento; al collocamento di prodotti finanziari; alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina degli articoli 25-bis e 25-ter ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito nonché ai servizi e conti di pagamento disciplinati dai capi I-bis, II, II-bis e II-ter del T.U. bancario si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario. (...) 5. Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile. 6. Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta». In materia è, altresì, rilevante il disposto *ex art.* 37, comma 1, Regolamento intermediari-Consob (adottato con delibera n. 30207 del 15 febbraio 2018), secondo cui «Gli intermediari forniscono i propri servizi di investimento, compresa la consulenza in materia di investimenti che preveda lo svolgimento di una valutazione periodica dell'adeguatezza degli strumenti finanziari o dei servizi raccomandati, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente».

⁷⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, *cit.*, che, nella valorizzazione di una lettura razionale e finalistica della norma in esame, reputa che «il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto

Secondo tale visione, pertanto, a rendere invalidante il negozio stipulato tra cliente e intermediario è non già la carenza di firma da parte di quest'ultimo, ben potendo il consenso della banca desumersi da una serie di condotte concludenti che non sciupano affatto l'adeguata informativa, ma solo ed esclusivamente, in ottica di *favor* e di protezione, la mancanza di sottoscrizione da parte del contraente debole, giacché in questo caso sintomo della scarsa conoscenza delle condizioni contrattuali. Anzi, come osservato da attenta dottrina, riflettendo in questi termini, «la sottoscrizione dell'intermediario bancario si collocherebbe, (...), al di là della ragion sufficiente di detta forma, in quanto è l'incompletezza

dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti sopra esemplificativamente indicati. Si impone a questo punto un'ulteriore osservazione: tradizionalmente, alla sottoscrizione del contratto si attribuiscono due funzioni, l'una rilevante sul piano della formazione del consenso delle parti, l'altra su quello dell'attribuibilità della scrittura, e l'art. 2702 c.c., rende chiaro come la sottoscrizione, quale elemento strutturale dell'atto, valga ad attestare la manifestazione per iscritto della volontà della parte e la riferibilità del contenuto dell'atto a chi l'ha sottoscritto. Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elemento costitutivo del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione. Né l'interpretazione qui seguita incide sulla doverosa, specifica ponderazione con cui l'investitore sceglie di concludere il contratto-quadro né porta a concludere per un singolare contratto "a forma scritta obbligatoria per una sola delle parti e con effetti obbligatori solo per l'altra parte che nulla ha invece sottoscritto", scenario che non tiene conto della precipua ricostruzione imposta dalla normativa e che omette integralmente di considerare che la nullità può essere fatta valere solo dall'investitore. (...) L'interpretazione seguita è altresì in linea con le disposizioni dell'ordinamento Europeo, che nell'art. 19, par. 7 della direttiva 2004/39/CE del Parlamento e del Consiglio del 21 aprile 2004 (Mifid 1), recepita dal d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, così come nell'art. 25, par. 5 della direttiva 2014/65/UE (Mifid 2), a cui è stata data attuazione con il d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, al fine di perseguire gli obiettivi di trasparenza e di tutela degli investitori, punta l'accento sulla registrazione del o dei documenti concordati, in tal modo evidenziandosi la necessità che risulti la verificabilità di quanto concordato. Né la conclusione muterebbe a ritenere ancora in vigore l'art. 39 della direttiva 2006/73/CE del 10/8/2006, con il riferimento all'accordo di base "scritto, su carta o su altro supporto durevole, con il cliente, in cui vengano fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente"».



2/2020

informativa, non la carenza di una sottoscrizione in più, a pregiudicare il cliente “nella sua completa e consapevole autodeterminazione”⁷⁸.

Le Sezioni Unite, infine, non mancano di precisare che la ricostruzione offerta, razionalmente diretta in una prospettiva di sistema che ottimizza l'emersione e l'affermazione di nuovi archetipi formali più versatili e aperti alle concrete esigenze del caso, è, altresì, ossequiosa del principio di proporzionalità⁷⁹, che «vale non ad imporre una equivalenza, ma a evitare una sproporzione eccessiva e ingiustificata»⁸⁰.

⁷⁸ Lo si legge in S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, op. cit., 679 ss. Scrupolosa esegesi, poi, cfr. D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, op. cit., 393 ss., già nel commentare la citata ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, ha evidenziato come le considerazioni svolte in merito ai contratti di investimento ex art. 23 T.U.F. possano, in virtù dell'identità di *ratio*, essere estese anche ai contratti bancari disciplinati dall'art. 117 T.U.B., a tenore del quale «1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. (...) 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo. 4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. 5. (abrogato). 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. 7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto».

⁷⁹ In argomento si veda diffusamente P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 343, secondo il quale «Nel sistema dell'ordinamento vigente la proporzionalità diventa principio, componente dell'ordine pubblico costituzionale, in quanto compatibile, anzi attuativo di principi costituzionali»; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 380 e ulteriore bibliografia *ivi* richiamata.

⁸⁰ *Ivi*, 386. L'A., poi, a pag. 388, si preoccupa di aggiungere che «Il principio di proporzionalità dovrebbe, inoltre, valere prescindendo sia dall'adempimento degli obblighi di informazione, trasparenza e parità di trattamento, sia da ogni considerazione relativa all'integrità del consenso e alla capacità di agire dei contraenti».

5. Riflessioni finali.

Avviandosi alle conclusioni, di fronte a un variegato e frammentato panorama giurisprudenziale nel quale si sono registrate diversità di vedute sulla validità del contratto monofirma⁸¹, la riferita sentenza delle Sezioni Unite spicca per il pregio, proprio per l'autorevolezza dell'organo emanante, di aver sedato fermenti e inquietudini ermeneutiche che per lungo tempo hanno animato gli impianti argomentativi posti a fondamento delle pronunce in materia. Non a caso, infatti, la carica innovativa dell'approdo cui è giunto il massimo organo nomofilattico ha ingenerato effetti calmieristici nella giurisprudenza successiva⁸² che ha nondimeno esteso, sul presupposto di una *aedem ratio*, i principi espressi in tema di contratti d'investimento alla disciplina dei rapporti bancari⁸³.

⁸¹ Un primo indirizzo riteneva sufficiente la sottoscrizione da parte del cliente, non esigendo quindi, ai fini della validità di un contratto disciplinante la prestazione di servizi d'investimento, la contestuale sottoscrizione da parte della banca. Si veda, in tal senso, Cass., Sez. VI, 7 settembre 2015, n. 17740, in *Rep. serv. inv.*, 3, 2015, 85 ss., per la quale «secondo un orientamento consolidato nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità, ribadito anche di recente proprio con riguardo al disposto di cui all'art. 23 T.U.F. (cfr. Cass. n. 4564/12; cfr. anche, *ex multis*: n. 2256/07; n. 7075/04), la parte che non ha materialmente sottoscritto il contratto per il quale sia richiesta dalla legge la forma scritta può validamente perfezionarlo, al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente sottoscrittore, sia producendolo in giudizio sia manifestando stragiudizialmente alla controparte per iscritto la volontà di avvalersi del contratto, sempreché tale conferma non sopraggiunga dopo che la controparte abbia già revocato il proprio assenso, ciò rendendo impossibile la formazione dell'accordo contrattuale». A tale arresto giurisprudenziale sono, tuttavia, seguite svariate pronunce di segno opposto che sancivano la nullità del contratto-quadro portante la sola firma del cliente. Cfr., per tutti, Cass., Sez. I, 24 marzo 2016, n. 5919, in *Corr. giur.*, 2016, 1114.

⁸² Cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 27 agosto 2019, n. 21750, in *www.dirittobancario.it*.

⁸³ Cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 4 giugno 2018, n. 14243, in *Giust. civ. mass.*, 2018, ove si è affermato che il «principio, reso in materia di contratti d'intermediazione finanziaria, non può non operare nella materia dei contratti bancari soggetti al Decreto legislativo n. 385 del 1993 (t.u.b.)», in quanto, «avendo riguardo a(lla) corrispondenza degli elementi normativi è possibile cogliere anche nei contratti bancari una scelta legislativa che è chiaramente orientata a favorire, attraverso la previsione del requisito formale, la più estesa ed approfondita conoscenza, da parte del cliente, del contenuto del regolamento contrattuale predisposto dalla controparte e a cui lo stesso si accinge ad aderire. Sicché pure in tema di contratti bancari pare spendibile la conclusione cui pervengono le Sezioni Unite allorché evidenziano come il dato della sottoscrizione dell'intermediario risulti "assorbito", quindi privo di rilievo, una volta che lo scopo perseguito dalla legge sia raggiunto attraverso la sottoscrizione del documento contrattuale da parte del cliente e la consegna, a quest'ultimo, di un esemplare del documento medesimo».

Tuttavia, anche il *decisum* in esame, a prudente avviso di chi scrive, ha i suoi limiti di spessore non trascurabile che non possono non far riflettere lo studioso e che prestano il fianco a più di un rilievo critico. Se, da un lato, infatti, all'importante voce giurisprudenziale va senz'altro riconosciuto il merito di avere spostato «l'attenzione dall'atto e dalla struttura del contratto, ovvero dal profilo statico, all'attività e al profilo funzionale del comportamento, ovvero al profilo dinamico e, di conseguenza, all'operazione economica, come tale valutabile solo in concreto, ribaltando la prospettiva metodologica dal piano strutturale a quello del risultato»⁸⁴, dall'altro lato, però, la soluzione adottata dai supremi giudici di legittimità desta qualche perplessità almeno per tre ordini di ragioni:

a) In primo luogo, non convince l'idea di elevare la forma informativa a *tertium genus* di forma solenne⁸⁵ «che rompe col modello di *vestmentum* del codice vigente»⁸⁶. Una simile traiettoria di pensiero sembra, infatti, non considerare che la forma protettiva, benché finalizzata a fornire al cliente il necessario *set* di dati dalla cui lettura e comprensione egli possa coscientemente vincolarsi, conserva comunque il suo carattere di requisito costitutivo del *pactum* negoziale, giacché la *ratio* cui risponde il vincolo di forma è non solo quella, individuale, di realizzare una riduzione del *gap* informativo, che designa classicamente i rapporti tra intermediario finanziario e cliente, ma anche quella, collettiva, di garantire il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati, che verrebbe, quindi, certamente pregiudicata dalla carenza di firma da parte della banca⁸⁷.

⁸⁴ Così L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, op. cit., 703 ss.

⁸⁵ In questi termini si è espresso, per primo, in dottrina L.V. MOSCARINI, *Diritti e obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Dir. priv. ed interessi pubblici*, Milano, I, 2001, 353. Analogamente, discorre di un peculiare terzo tipo di forma c.d. *ad transparentiam* M. PENNALISTICO, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in P. PERLINGIERI – E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli-Rende, I, 2004, 158.

⁸⁶ Cfr., per una più ampia prospettiva, S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, 776. In particolare, egli, a pag. 775, avverte, a scanso di inutili equivoci, «di non riservare l'appellativo di forma, cioè di *vestmentum*/requisito, a quel che forma negoziale *ad substantiam actus* non è».

⁸⁷ A sostegno di ciò, si veda D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, op. cit., 401. Sul versante giurisprudenziale, cfr. Trib. Catania, sentenza 13 febbraio 2009, in *www.ilcaso.it.*, là dove si afferma che «il dovere di dare una compiuta ed esaustiva informazione relativo al prodotto finanziario oggetto di attenzione e quello, correlato e consequenziale, inerente la valutazione di adeguatezza del prodotto stesso rispetto al profilo di rischio ascrivibile al cliente rappresentano lo strumento esplicito diretto a garantire, tramite la protezione immediata dell'investitore su base individuale, il risultato riflesso della efficienza del mercato, diversamente compromessa in presenza di una

L'aspetto maggiormente discutibile sembra, dunque, la sovrapposizione tra due piani che occorrerebbe tenere separati. La speciale «forma-modulo», prevista dal nuovo diritto dei contratti di stampo europeo a protezione di una peculiare classe di soggetti ritenuti in stato di debolezza, non andrebbe, cioè, assimilata alla tradizionale «formatto», fissata dalla vigente codicistica quale veste del consenso per la validità del contratto, dovendosi piuttosto intendere, come osservato da parte autorevole della dottrina, nel senso di un «sovrappiù assiologico connotante, nei rapporti asimmetrici, la funzione dello scritto informativo»⁸⁸.

b) In secondo luogo, muovere dalle finalità della previsione di legge nel sistema degli interessi coinvolti e, quindi, pretendere per una concezione della forma finalisticamente orientata non sembra autorizzi ad abusive torsioni del dato codicistico che disattivano il fondamentale ruolo precettivo della norma. L'argomento per cui la prova dell'accordo *inter partes* e la *traditio* al cliente di una copia del testo contrattuale valga, quale contegno concludente, a ritenere rispettata la prescrizione di forma pare, invero, produrre un indebito effetto *abrogans* dell'art. 23 T.U.F., che, nel richiedere, invece, la forma *ad substantiam*, esige la necessaria sottoscrizione bilaterale⁸⁹, non lasciando, quindi, spazio alcuno a criteri di imputazione alternativi, quali, appunto, condotte per *facta concludentia*.

inalterata sussistenza dell'asimmetria informativa che, per forza di cose, connota i rapporti tra intermediario e cliente (...). Riflessioni analoghe sono state fatte anche dalla Corte di Giustizia, sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, in *Racc.*, I, 4812.

⁸⁸ Così S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, op. cit., 776, il quale, altresì, aggiunge: «salvo (...) non si voglia riconoscere al lemma un valore meramente descrittivo, dovrà convenirsi sulla circostanza ch'esso rileva alla stregua di un appellativo pregnante se lo si riserva ai casi nei quali la documentalità è requisito, prescritto *ad substantiam* (...) o *ad probationem* (...) dell'intero contratto o di talune sue parti».

⁸⁹ Sul punto si veda U. VIOLANTE, *L'art. 23 T.U.F., tra formalismo ed efficienza allocativa*, op. cit., 703 ss., che, prendendo in esame la disciplina della subfornitura, così come quella in materia di agenzia o di assicurazione, nota che «quando il legislatore ha inteso ritenere ugualmente soddisfatto il vincolo di forma scritto stabilito a pena di nullità, anche se manchi la sottoscrizione di un contraente, l'ha stabilito espressamente». In senso analogo, cfr. M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, op. cit., 554 ss., la quale precisa che «Non si vuole negare che i contratti di protezione rispondano a dinamiche peculiari e nemmeno si intende disconoscere la vocazione precipuamente informativa che il formalismo verrebbe ad assumere in quel contesto. Quello che, tuttavia, non si comprende è come riesca anche solo a insinuarsi il dubbio che una disciplina volta a tutelare specificatamente e al massimo il contraente debole – nella specie il cliente – possa venire interpretata nel senso che le prescrizioni di

c) In terzo luogo, l'attribuzione di rilievo autonomo al precetto di forma *ad informationem* potrebbe creare non pochi problemi di disfunzione da «sovraccarico informativo»⁹⁰, dovuto a una ipertrofica erogazione di dati, generando, paradossalmente, l'effetto opposto di aumentare la distanza conoscitiva che separa il cliente dall'intermediario finanziario (e, quindi, abbassare lo *standard* protettivo) e ciò anche a causa dei *bias* cognitivi che moduli eccessivamente tecnici e settoriali potrebbero implicare⁹¹. D'altra parte, se è vero che la forma informativa «ben può

forma ivi contenute possano risultare di consistenza ridotta rispetto a quelle che il codice civile prevede per la contrattazione *inter partes*».

⁹⁰ Il contraente debole eccessivamente informato non riuscirebbe, difatti, a comprendere appieno la portata degli atti che sta ponendo in essere (soprattutto in settori come quello bancario e finanziario), venendosi, quindi, a creare il problema legato al c.d. *information overload*, poiché troppa informazione genera non informazione/disinformazione. Invero, come lucidamente sostenuto da A. ZOPPINI, *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, in G. MOLLO (a cura di), *Quaderni giuridici. Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per la Società e la Borsa*, Roma, 2015, 257, «Uno dei profili più rischiosi che il mercato finanziario conosca attiene al pericolo che la compiutezza informativa, da onere e “dogma” comportamentale, traligni in eccesso ed esuberano di informazioni. (...) L'eccesso informativo, pertanto, risulterebbe avere una funzione di disturbo poiché l'abbondanza di dati, nozioni e controindicazioni può allontanare l'investitore dal cogliere gli elementi essenziali dei prodotti finanziari, con eventuali ripercussioni negative sul piano economico. (...) La condotta sinora indicata conduce a una alterazione della percezione della realtà e, come tale, alimenta un tipico caso di disinformazione indotta». Perciò, conclude l'A., «L'eccesso porta con sé un momento di disordine: una vasta gamma di informazioni rapsodiche e disorganiche tende a favorire l'occultamento dei dati veramente essenziali e significativi». Dello stesso parere sono, tra i tanti, V. LEMMA, *Informazione finanziaria e tutela dei risparmiatori*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, 259 ss., secondo cui un simile scenario condurrebbe a «una realtà che allontana il momento cognitivo (che è alla base delle determinazioni relative alle scelte di investimento) dalla fase delle trattative commerciali e da quella contrattuale (e, quindi, dal singolo rapporto economico-giuridico di riferimento)» e M. MENICUCCI, *Finanza comportamentale e scenari probabilistici: brevi riflessioni sul KID*, in *Riv. dir. banc.*, III, 2018, 199, il quale rammenta che «Kruschke e Johansen (1999) mostrano, in particolare, che le informazioni entrano in competizione (*cue competition*) e quelle più evidenti (*salient*) dominano e distraggono l'attenzione da quelle rilevanti ai fini della decisione, (...)».

⁹¹ Una soluzione al problema del sovraccarico informativo potrebbe arrivare, almeno a giudizio di chi scrive, dall'utilizzo delle nuove tecnologie (algoritmo e intelligenza artificiale), il cui impiego potrebbe ridurre, in maniera decisiva, attraverso uno specifico procedimento di filtraggio e classificazione del flusso d'informazioni in ordine di rilevanza, il senso di confusione generato dal grande quantitativo di dati che supera la capacità del contraente inesperto di comprenderli e assorbirli in modo corretto, causandogli, ai fini di un processo decisionale consapevole, un rallentamento anziché un'accelerazione. In particolare, applicando appositi algoritmi di *machine learning* basati

consistere in un *quid aliud* rispetto alle prescrizioni di forma tradizionalmente poste *ad substantiam actus*», è altrettanto vero che essa «mai potrà divenire un *quid minus* e, paradossalmente, proprio in nome delle finalità tuzioristiche della disciplina che lo prevede»⁹².

Prendendo, pertanto, a prestito, sia pure con riferimento ad altro contesto, le parole di attenta dottrina secondo cui è il sistema «a somigliare sempre più ad un *puzzle* (...) le cui tessere, per farle combaciare, obbligano ad autentiche acrobazie interpretative»⁹³, si potrebbe, allora, dire che, in tale caos ermeneutico, la forma, quella *ad substantiam actus*, «appare l'estrema via di salvazione»⁹⁴, unico «salvagente» in grado di far rispettare

su tipici meccanismi di deduzione, inferenza, ragionamento logico e apprendimento esperienziale, si potrebbe stabilire se l'elaboratore elettronico sia in grado di riconoscere, semplificare e selezionare l'eccessiva mole di comunicazioni disponibili, arginando, così, le distorsioni conoscitive derivanti dall'incontinenza informativa e munendo l'individuo di un valido e concreto supporto nella valutazione delle *performance* decisionali. D'altro canto, le intersezioni emergenti tra *artificial intelligence and law* e, quindi, l'incursione delle nuove scienze tecnologiche nel mondo del diritto sono al centro del dibattito giuridico degli ultimi anni e la creazione di agenti razionali capaci di risolvere problemi e fornire delle prestazioni che, a prima vista, sembrerebbero essere di pertinenza esclusiva dell'intelletto umano, oltre alla dimensione giuridica, sta investendo trasversalmente e in maniera esponenziale – aprendo a scenari finora inediti e soddisfacendo anche le attese degli esperti – i più disparati settori disciplinari che vanno dalla medicina ai trasporti, dall'informatica alla genomica, dalla robotica alle neuroscienze. Sarà, quindi, compito del giurista moderno, chiamato a confrontarsi con nuovi e suggestivi strumenti di ricerca, cogliere la sfida e sfruttare l'opportunità offerta dalle progredite tecnologie digitali.

⁹² In questi termini si esprime M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, op. cit., 554 ss.

⁹³ Ad affermarlo è S. PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62, l. n. 211/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in S. PAGLIANTINI – G. D'AMICO (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto: saggi*, Giappichelli, Torino, 2013, 200.

⁹⁴ Secondo la celebre espressione coniata da N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, V ss., il quale, muovendo da una visione nichilistica del diritto, reputa che il formalismo «non indica un repertorio di concetti (...), un metodo a-storico (...) che scende sulle norme e tutte rischiera nella razionalità del sistema. E neppure designa un carattere o disposizione mentale del giurista», bensì si «delinea come corrispettivo dell'indifferenza contenutistica. Se nessuna norma è interdetta, se tutte giacciono nella stessa possibilità di essere o non essere, se le norme vigenti sono rose dal tarlo del nulla e ciascuna altra è in grado di tenerne il luogo, allora rimane soltanto la stabilità della forma». Ciò in quanto se «il diritto non ha punti di appoggio esterni, che siano al di fuori o al di sopra di esso (...) la forma (...) si offre come indispensabile e necessaria». La forma, allora, assume oggi «altro e diverso rilievo, poiché esprime l'essenza propria del diritto, il suo stare e definirsi nel nostro tempo. Ove la «forma» non prende significato dal contenuto, ma ha solo ed esclusivo significato nel suo funzionare (...) essa è l'equivalente

la *regula iuris* e di far prevedere con sufficiente grado di probabilità, in termini, cioè, di «calcolabilità giuridica», l'esito di una controversia, riducendo, quindi, al minimo ogni margine di operatività a principi e valori che non dovrebbero in alcun modo influenzare il lavoro dell'esegeta, chiamato a certificare in via esclusiva la forza centrale della legge. Tuttavia, alla luce del sopraggiunto e irrinunciabile quadro di legalità costituzionale in cui proprio quei valori e quei principi particolarmente meritevoli per l'ordinamento assumono un ruolo tutt'altro che neutro e indifferente per la complessa attività del giurista⁹⁵, un assunto di tal fatta appare quanto mai ancorato a una logica anacronistica.

La strada da percorrere per la ricerca della soluzione più congrua sembra, perciò, quella sì di preferire il momento assiologico quale tecnica centrale sulla quale fondarsi, ma, nel contempo, con il freno di impedire estese e disordinate attuazioni che generano dannosa incertezza. Sicché appare logico, in questo senso, domandare all'interprete lo sforzo, ferma restando la validità di un procedimento razionalmente conforme e pur sempre nell'orbita di una ricostruzione tendenzialmente unitaria della disciplina della forma contrattuale, di intercettare la giusta flessibilità da adeguare alla fattualità del caso concretamente considerato, un punto di equilibrio tra la necessità di assicurare la certezza del diritto oggettivo e l'esigenza di salvaguardare lo scopo pratico perseguito, si dà sottrarsi, nell'elasticità del rigore metodologico, a generalizzate e aprioristiche

del Nulla intorno al quale gira» e il «Nulla giuridico è insensatezza di contenuti che non muovono ad un unico scopo né si raccolgono verso un unico centro», sicché «il terribile e angoscioso nulla sospinge nel rifugio della forma, che ci trae fuori dal caos e ci protegge dalla stretta dei voleri. Il diritto, consegnatosi alla decisione degli uomini e smarrito nel tumulto delle volontà, trova un punto di appoggio nel funzionalismo della forma». Pertanto, scrive l'A., «nel naufragio dei tempi, il diritto ha afferrato il salvagente della forma».

⁹⁵ Illuminanti, sul punto, i rilievi formulati da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., 555, secondo cui «Ampie e approfondite analisi (...) confermano la fecondità di questa prospettiva, della quale tuttavia occorre avere maggiore consapevolezza, superando resistenze concettuali e atavici pregiudizi riconducibili più ad un tipo di cultura e formazione giuridica di stampo codicistico – tendente ad esaurire la legalità nel rispetto dei codici, ad attribuire a questi natura e funzione costituzionale, ad esaltare il meccanismo logico della sussunzione del fatto concreto in una ben precisa fattispecie astratta – che ad argomenti logico-normativi dedotti dal sistema vigente. Il rapporto diretto tra interprete e norma costituzionale tenta di evitare l'isolamento di quest'ultima dal restante sistema normativo, ribadendo l'unitarietà dell'ordinamento (...)».

operazioni ermeneutiche che sconfinano nel primato di un approccio marcatamente finalistico e al pericolo di abuso, come pare sia accaduto nell'attenzionata pronuncia, e, quindi, di esercizio controfunzionale⁹⁶, di un siffatto *modus interpretandi*.

⁹⁶ Cfr. P. PERLINGIERI – P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, II ed., ESI, Napoli, 2004, 143.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

VALERIA CICONTE

La farmacovigilanza: la normativa vigente

ABSTRACT - The Italian pharmacovigilance system only received a real discipline with Legislative Decree no. 219 of 24 April 2006 (the so-called Drug Code) adopted in implementation of Directive 2001/83/EC; subsequently amended by the Decree of the Ministry of Health of 30 April 2015, which states that the Italian pharmacovigilance system is «a control and reporting system used by the Marketing Authorisation Holder and Member States to carry out the functions and responsibilities identified in the legislation, aimed at monitoring the safety of authorised medicines and detecting any changes in their risk/benefit ratio». It is therefore an activity of public interest, aimed at the continuous monitoring of the so-called adverse reaction which today must be understood as «a noxious and unintended reaction resulting not only from the authorized use of a medicinal product under normal conditions of use but also from therapeutic errors and uses not in accordance with the indications contained in the marketing authorisation, including misuse and abuse of the medicinal product».

KEYWORDS - Pharmacovigilance, Drug code, EMA, AIFA, Decree of the Minister of Health of 30 April 2015, Adverse drug reactions.

VALERIA CICONTE*

La farmacovigilanza: la normativa vigente**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il sistema di farmacovigilanza in Italia – 3. Le Autorità regolatrici: AIFA ed EMA – 4. Analisi normativa: le modifiche introdotte dal D.M. 2015 – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La farmacovigilanza (FV) secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) è «la scienza e l'attività connesse all'identificazione, alla valutazione, alla comprensione e alla prevenzione degli effetti avversi o di altri problemi connessi all'utilizzo dei farmaci»¹.

Il contesto nazionale ed internazionale ha sviluppato sul tema FV una concreta sensibilità solo dopo il disastro del Talidomide². La vicenda ha messo in risalto la totale inefficacia dei sistemi di monitoraggio e valutazione dei farmaci, poiché è stato solo dopo quattro/cinque anni dalla sua commercializzazione che si sono compresi gli effetti teratogeni sul feto.

La vicenda non ha lasciato indifferente l'OMS, infatti ha fatto sì che quest'ultima inducesse i suoi Stati membri ad affrontare la tematica nel *World Health Assemblies* a partire dai primi incontri nel 1962.

Nel 1965 l'Assemblea, convinta della necessità di raccogliere e diffondere le informazioni inerenti alle reazioni avverse su scala internazionale, ha chiesto ai suoi membri di attivare delle reti nazionali di monitoraggio, in modo da poterle far confluire sotto la tutela dell'OMS in un sistema internazionale, come già accadeva negli Stati Uniti con il *post-marketing surveillance* tramite la *Food and Drug Administration (FDA)*³.

* Dottoranda di Ricerca in "Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo" presso l'Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

**Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ World Health Organization, *The importance of pharmacovigilance*, 2002, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42493>.

² Farmaco prodotto in Germania a partire dal 1957 e distribuito in Paesi anche extraeuropei, il Talidomide era prescritto alle donne in gravidanza come antiemetico e il suo assorbimento da parte del feto provocò la nascita di migliaia di bambini focomelici e micromelici, ovvero con arti solo in parte sviluppati; si v. R.H.B. MEYBOOM, A.C.G. HEBERTS, F.W.J. GRIBNAU, Y.A. HEKSTER, *Pharmacovigilance in Perspective*, in *Drug Saf.*, 1999, 439 ss.; L. BENCI, *La prescrizione e la somministrazione di farmaci. Responsabilità giuridica e deontologica*, ed. digitale, Luca Benci, 2014, 11 ss.

³ World Health Assembly, *Official records of the World Health Organization*, n. 143, 1965, 22 ss.

Dal progetto pilota ad oggi, l'OMS è riuscita a creare una banca dati internazionale in continuo aggiornamento, il cd. *VigiBase*[®], dove confluiscono le segnalazioni dei centoventi stati membri circa le reazioni avverse a farmaci ed a vaccini⁴.

La FV non è però una prerogativa esclusivamente internazionale in quanto rappresenta un tema centrale anche all'interno dell'Unione europea (Ue) e di conseguenza in Italia, per le sue ricadute sul sistema sanitario ed economico.

Infatti, secondo l'*European Medicines Agency*, di cui si parlerà più avanti, gli ADR (*Adverse Drug Reaction*) sono causa del 5% delle ospedalizzazioni, e si classificano all'interno dell'Ue al quinto posto tra le cause di morte più comuni, con circa 197 mila decessi l'anno⁵.

L'Italia, al momento dell'adesione al Programma internazionale dell'OMS nel 1975, non disponeva di un sistema di monitoraggio farmaceutico; vi erano solo alcune circolari emanate dal Ministero della sanità, contenenti solo un generico invito ai medici ospedalieri di segnalare al Ministero stesso gli effetti tossici legati alla somministrazione di prodotti farmaceutici, ma essendo prive di meccanismi sanzionatori caddero in disuso⁶.

La Food and Drug Administration viene fondata nel 1906 («Agenzia per gli alimenti e i medicinali», la cd. FDA) ed è l'ente governativo statunitense che si interessa della regolamentazione dei prodotti alimentari e farmaceutici, dipendente dal Dipartimento della salute e dei servizi umani degli Stati Uniti d'America. All'epoca del Talidomide la FDA esisteva già, infatti, grazie a Frances Oldham Kelsey medico e farmacologo, che lavorava nel settore delle richieste di licenza dei nuovi farmaci, si è impedita la commercializzazione negli USA del medicinale teratogeno. Il disastro della talidomide e l'impulso di questa scienziata canadese misero in moto anche la revisione dell'FDA e delle norme che regolavano la commercializzazione dei farmaci, inasprendo i controlli e gli studi necessari per immettere una nuova sostanza in commercio.

⁴ Per il funzionamento del *Vigibase*, v. M. LINDQUIST, *VigiBase, the Who Global Icsr Database System: Basic Facts*, in *Drug Info. Jour.*, vol. 42, 2008, 409 ss.

⁵ v. EMA, *Report on pharmacovigilance tasks from EU Member States and the European Medicines Agency*, 2015- 2018.

⁶ La prima circolare fu la n. 7 del 16 gennaio del 1965, a cui seguirono la n.123/1966 e la n. 98/1969.

Solo negli anni 80, dopo diversi interventi normativi non andati a buon fine⁷, viene emanato il decreto ministeriale 20 marzo 1980⁸, nel quale si impone ai titolari di autorizzazione alla produzione e commercializzazione di medicinali nazionali od esteri di inviare al Ministero della salute un rapporto periodico circa «la specificazione della natura e della frequenza degli eventuali effetti tossici e secondari, sia locali che generali, conseguenti o comunque correlabili con l'impiego del farmaco, di cui i responsabili dell'impresa fossero venuti a conoscenza per diretta comunicazione della classe medica o per il tramite degli informatori scientifici o in qualunque altro modo»⁹.

Per la prima volta viene inserita una sanzione per il mancato rispetto della prescrizione: la revoca dell'autorizzazione.

Il termine farmacovigilanza è stato introdotto formalmente nel nostro ordinamento con l'articolo 9 del D.l. 30 ottobre 1987, n. 443, dove si chiarisce che tutti i farmaci sarebbero stati sottoposti a tale attività di vigilanza¹⁰.

Si realizzava quindi un vero e proprio sistema di monitoraggio dei farmaci, dove, nella compilazione di rapporti circa gli effetti tossici e secondari derivanti dalla somministrazione dei medicinali, venivano coinvolte sia le Unità sanitarie locali che i medici. Da qui nasce come prassi la segnalazione spontanea circa le reazioni avverse ai farmaci, consuetudine che nel tempo subirà, come vedremo più avanti, profonde trasformazioni¹¹.

La normativa fin qui esposta verrà completamente stravolta in virtù delle successive e molteplici modifiche legislative; infatti, la farmacovigilanza in Italia è attualmente un sistema articolato e fortemente influenzato dai livelli superiori di regolazione soprattutto europei.

Da queste brevi considerazioni introduttive, pur emergendo con chiarezza il ruolo centrale ricoperto dalla farmacovigilanza, si registra,

⁷ L'art. 1 della legge 7 agosto 1973, n. 519 prevedeva che «l'accertamento della composizione e della innocuità dei prodotti farmaceutici di nuova istituzione prima della sperimentazione clinica sull'uomo»; o ancora la legge 883/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, poneva all'art. 2 «una disciplina della sperimentazione, produzione, immissione in commercio e distribuzione dei farmaci e dell'informazione scientifica sugli stessi, diretta ad assicurare l'efficacia terapeutica, la non nocività e la economicità del prodotto»; negli artt. 29 e ss. individuava i soggetti competenti a fornire al pubblico le suddette informazioni.

⁸ Abrogato dal d.P.R. 25 gennaio 1991, n.93.

⁹ Art. 2 del D.M. 20 marzo 1980; <https://www.fedaiisf.it/d-m-20-3-80/>.

¹⁰ L'art. 9 del d.l. 443/1987 ha ricevuto esecuzione con il d.P.R. 25 gennaio 1991, n. 93, quest'ultimo poi abrogato dal d.lgs. 8 aprile 2003, n. 95.

¹¹ G. MASSARI, *La sicurezza dei farmaci in Italia, tra vincoli sopranazionali e riparto interno di competenze*, in *Ist. Fed.*, 03, 2015, 150.

soprattutto in Italia, una sottostima del tema che determina, come vedremo di seguito, un regime frammentario e lacunoso.

Nel presente contributo si tenterà di ricostruire in modo chiaro e lineare la normativa vigente e le ultime novità in tema di ADRs, in modo da evidenziare le carenze di sistema che determinano non soltanto incertezza applicativa ma anche una gestione non razionale delle risorse in ambito sanitario.

2. *Il sistema di farmacovigilanza in Italia*

La vita di un medicinale è intimamente connessa alla sicurezza, ovvero alla sua non tossicità e tollerabilità¹².

La ricerca e lo sviluppo di un farmaco è un processo lento (anche di dodici - quindici anni), dispendioso (1-1.5 miliardi) ed articolato (interessando centinaia di professionisti di diversi campi) ed è costituito da fasi progressive: la ricerca (*Drug discovery*), la ricerca e sviluppo pre-clinica e la fase clinica¹³.

Quest'ultima si suddivide in quattro fasi¹⁴.

Tra queste, la cd. Farmacovigilanza rappresenta la fase IV: il farmaco è entrato in commercio, ma si continua a valutarne la sicurezza su una popolazione più ampia.

Sebbene AIFA (*Agenzia Italiana del Farmaco*) autorizzi l'immissione in commercio dei farmaci solo quando vengano considerati sicuri per l'uomo, vi sarà sempre una certa componente di rischio per il paziente. L'assunzione del farmaco infatti si caratterizza per la sua alea, nel senso che ogni soggetto, avendo un organismo diverso, potrà reagire ad esso in maniera differente, constatando appunto le ADRs; infatti, una terapia farmacologica è giustificata soltanto se i benefici attesi sono superiori ai potenziali rischi¹⁵.

¹² Per una puntuale ricostruzione circa la definizione giuridica di medicinale e i suoi corollari v. B. BERARDINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 109 ss.

¹³ F. COSTA, C. JOMMI, M. CAVAZZA, *Organizzazione e gestione delle sperimentazioni cliniche*, Milano, Egea, 2016, 17.

¹⁴ Si v. sul punto E. NOVELLINO (a cura di) *Il farmaco: ricerca, sviluppo e applicazione in terapia*, E. NOVELLINO, L. M. FUCCELLA, D. BARONE, V. IADEVAIA, R. COLONNA, *Storia, ricerca e sviluppo del farmaco*, Napoli: FedOAPress, 2019, 33 ss.; M. OLDANI, et al., *L'ABC della ricerca clinica. Istituto di Ricerche Farmacologiche Mario Negri*, Milano, Settembre 2008.

¹⁵ F. COSTA, C. JOMMI, M. CAVAZZA, *op. cit.*, 17.

Quando il farmaco inizia ad essere commercializzato, la FV ricopre un ruolo significativo, in quanto lo studio includerà tutti quei soggetti che assumendo la nuova molecola noteranno delle reazioni avverse non segnalate nel foglietto illustrativo; sarà possibile solo in questo frangente temporale studiarne le interazioni con altri farmaci o malattie dello stesso consumatore¹⁶.

Il sistema italiano di farmacovigilanza ha ricevuto una vera e propria disciplina solo con il Decreto Legislativo n. 219 del 24 aprile 2006 (cd. codice del farmaco) adottato in attuazione della direttiva 2001/83/CE¹⁷, e in seguito modificato dal Decreto del Ministero della Salute del 30 aprile 2015, secondo il quale la FV è «un sistema di controllo e di segnalazione usato dal titolare dell’Autorizzazione all’immissione in commercio (AIC) e dagli Stati membri per svolgere le funzioni e assolvere le responsabilità individuate nella normativa, volto a monitorare la sicurezza dei medicinali autorizzati e a rilevare eventuali cambiamenti del loro rapporto rischio/beneficio»¹⁸. Si tratta quindi di un’attività di pubblico interesse, finalizzata al monitoraggio continuo circa gli effetti *cd.* avversi dei farmaci¹⁹.

La farmacovigilanza ha quattro obiettivi principali:

1. individuare celermente nuove reazioni avverse;
2. stimare gli effetti positivi dell’utilizzo di un farmaco rispetto ad altri;
3. raccogliere maggiori informazioni su ADR sospette o già note;
4. incentivare qualitativamente le modalità di comunicazione delle informazioni sulle ADR in modo da perfezionare le terapie sui pazienti²⁰.

In base a quanto detto, si evince che il titolare dell’AIC occupa una posizione preminente in termini di farmacovigilanza. Questo «dovrebbe

¹⁶ E. NOVELLINO (a cura di) *op. cit.*, I. BOSCHI, V. CALDERAZZO, S. ROMANO, S. BONATO, S. DE TOMASI, *La Farmacovigilanza dei medicinali per uso umano. Il ruolo del titolare dell’Autorizzazione all’Immissione in Commercio*, 192 ss.

¹⁷ P. MINGHETTI, *La normativa del farmaco, Confronto tra il Decreto Legislativo 219/06, la nuova Farmacovigilanza e la Direttiva europea 2001/83/CE, Parte II, Tecniche nuove*, Milano, 2017; F. MERUSI, *Limiti alla concorrenza e Stati “recalcitranti”: il caso della direttiva “Codice del farmaco” non recepita dall’ordinamento italiano e del disegno di legge sugli emoderivati*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 1187 ss.; Il d.lgs. 219/2006 diede attuazione anche alla direttiva 2003/94/Ce, che stabiliva i principi e le linee direttrici delle buone prassi di fabbricazione relative ai medicinali per uso umano.

¹⁸ Art. 1, c. 2, punto e) del Decreto del Ministero della Salute del 30 aprile 2015.

¹⁹ Agenzia Italiana del Farmaco. La nuova normativa di farmacovigilanza.
<http://www.agenziafarmaco.gov.it>

²⁰ E. NOVELLINO (a cura di), *op. cit.*, S. CAMMARATA, G. CAPONE, V. ORLANDO, A. PISCITELLI, *La farmacovigilanza dei medicinali per uso umano. Il ruolo delle autorità regolatorie*, 211 ss.

avere la responsabilità di monitorare in modo continuo la sicurezza dei medicinali per uso umano per cui ha ricevuto autorizzazione, di informare le autorità di eventuali modifiche in grado di influire sull'autorizzazione all'immissione in commercio, precisando che devono essere comunicate tutte le informazioni disponibili, comprese quelle relative ad un uso diverso del medicinale rispetto a quello indicato nell'AIC»²¹.

Il titolare di AIC è sempre responsabile in materia di farmacovigilanza; annota tutte le sospette reazioni avverse e trasmette dei rapporti periodici sulla sicurezza dei farmaci alle autorità competenti²². Inoltre, prima di interfacciarsi con i consumatori per eventuali problematiche attinenti al farmaco per cui ha ricevuto l'autorizzazione, deve necessariamente comunicarle alle Autorità competenti; da ciò si evince l'importanza del titolare di AIC per garantire la sicurezza all'interno dell'ordinamento pubblico²³.

Al fine di poter dare una visione sistematica del sistema farmacovigilanza è necessario segnalare che «le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico pubblici e privati, i policlinici universitari pubblici e privati e le altre analoghe strutture sanitarie, devono nominare un responsabile di farmacovigilanza della struttura, che provvede a registrarsi alla rete nazionale di farmacovigilanza al fine dell'abilitazione necessaria per la gestione delle segnalazioni. Le strutture sanitarie private, diverse da quelle richiamate nel primo periodo, al fine di assolvere ai compiti di farmacovigilanza, fanno riferimento al responsabile di farmacovigilanza della azienda sanitaria locale competente per territorio»²⁴.

In conclusione, posto che la farmacovigilanza rappresenta lo studio che precede il rilascio dell'AIC, con il fine di controllare la sperimentazione del farmaco lontano dai laboratori di ricerca, è possibile che gli studi e le informazioni successive al rilascio del permesso determinino dei cambiamenti; l'obiettivo della farmacovigilanza è proprio quello di

²¹ Considerando 18, Reg. UE 125/2010.

²² Tali rapporti devono essere presentati ogni sei mesi dal rilascio dell'AIC fino all'immissione in commercio e per i primi due anni successivi alla stessa, mentre successivamente ogni tre anni. E. BELLISARIO, A. CORVINO, P. OCCHIUZZI, *La nuova tutela del consumatore, tra regolazione europea e Authority nazionale, settore farmaceutico*, in *Consumerism 2014*, settimo rapporto annuale, 2014, 41.

²³ Art. 130, co. 9, D.lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

²⁴ Art. 132, co. 1, D.lgs 24 aprile 2006, n. 219.

permettere un controllo stabile e continuativo sul farmaco in termini di rischio/beneficio²⁵.

Il rilascio di AIC da parte di AIFA è infatti sospendibile, revocabile o modificabile; e qualora essa ritenga che si tratti di una questione urgente può sospendere l'AIC immediatamente e darne avviso all'EMA (*European Agency for Medicines*/Agenzia Europea dei Medicinali) il giorno successivo²⁶.

3. Le autorità regolatrici: AIFA ed EMA.

In Italia la farmacovigilanza è prerogativa dell'AIFA²⁷. Il sistema nazionale italiano di FV cura l'inserimento e l'aggiornamento dei cd. ADRs nella Rete nazionale della farmacovigilanza (RNF) gestita direttamente dalla stessa AIFA; questi dati vengono trasmessi periodicamente anche all'EudraVigilance, *database* europeo per la gestione dei farmaci affidato all'Agenzia Europea per i medicinali²⁸.

L'AIFA è stata istituita nel 2003 con il D.l. 263/2003, successivamente convertito in l. 326/2003; si tratta di un ente di diritto pubblico, autonomo da un punto di vista organizzativo, patrimoniale, finanziario e gestionale²⁹.

L'Agenzia svolge i propri compiti sotto la direzione e vigilanza del Ministero della Salute, in assoluta autonomia, trasparenza ed economicità; AIFA ricopre un ruolo fondamentale non soltanto nel processo regolatorio del farmaco, ma anche nell'attività di comunicazione, guida nell'attività di sperimentazione clinica, in collaborazione con le singole Regioni, l'Istituto

²⁵ Per il rapporto tra il Comitato per i medicinali per uso umano e quello dei rischi per la farmacovigilanza, vedi art. 5, co. 2, Reg. CE 726/2004.

²⁶ E. BELLISARIO, A. CORVINO, P. OCCHIUZZI, *op. cit.*, 42.

²⁷ AIFA può essere definita Autorità regolatrice sotto il profilo dei compiti/funzioni che è chiamata a svolgere, ma non rientra nella categoria delle Autorità Indipendenti poiché a differenza di queste, è sottoposta ad un controllo/vigilanza di tipo politico.

²⁸ Secondo quanto previsto dal titolo IX del Decreto Legislativo n. 219 del 24 aprile 2006, e ribadito dall'art. 14 del Decreto Ministeriale del 30 aprile 2015, il Sistema Nazionale di Farmacovigilanza è gestito dall'AIFA per lo svolgimento delle funzioni a livello nazionale e per la partecipazione alle attività di farmacovigilanza dell'UE.

²⁹ v. Regolamento di organizzazione, del funzionamento e dell'ordinamento del personale dell'Agenzia Italiana del Farmaco 2016; sul tema: M.P. GENESIN, *La disciplina dei farmaci*, in *Trat. Biod.*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, in *Salute e sanità*, R. FERRARA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010, 619 ss.; M. GNES, *Farmaci*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, II, M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007, 1076 ss.

Superiore di Sanità (ISS), i centri di ricovero e cura a carattere scientifico e le Società Scientifiche³⁰.

AIFA in virtù della sua autonomia giuridica ed economica stipula con altre pubbliche amministrazioni nazionali e sovranazionali contratti di consulenza, servizio, collaborazione, assistenza, supporto e promozione.

L'operato dell'Agenzia deve essere conforme ai criteri di imparzialità, efficienza ed economicità, in modo tale che tutte le attività inerenti al diritto alla salute e in particolare all'accesso ai farmaci siano supportate economicamente in base al limite massimo di spesa sostenibile dallo Stato; quello alla salute, infatti, è un diritto finanziariamente condizionato³¹.

I criteri economici calibrati sulla disponibilità di risorse statali costituiscono fattore determinante nel Sistema sanitario e di conseguenza anche nel settore farmaceutico. Tale influenza dominante trova riscontro anche nella struttura stessa di AIFA, dove il Ministro della salute in accordo con la Conferenza Stato - Regioni, nomina sia il direttore generale che il consiglio di amministrazione; il presidente del collegio dei revisori è nominato dal Ministro dell'Economia. Questo a sua volta contribuisce, da un lato all'approvazione del regolamento che disciplina l'attività di AIFA (così come per ogni Agenzia pubblica) ex art. 17 l.400/1988; dall'altro egli può rettificare il bilancio dell'Agenzia³².

AIFA, infatti, se da un lato è finanziata dallo Stato, si autofinanzia in virtù dei rapporti di lavoro instaurati con soggetti pubblici o privati, connessi alla costosa vita del farmaco (ad esempio le spese sostenute dalle aziende farmaceutiche).

Risulta evidente quindi che l'attività dell'Agenzia sia fortemente influenzata da una pluralità di fattori economici che la potrebbero esporre a situazioni ad elevato rischio corruttivo. Nello schema negoziale del mercato dei farmaci, AIFA rappresenta lo Stato, il quale a sua volta ne costituisce contemporaneamente il principale controllante, finanziatore e acquirente³³.

Il codice del farmaco (d.l. 219/2006) e successive modificazioni prevede, al fine di garantire l'osservanza della normativa vigente, la collaborazione tra AIFA e diversi soggetti come ad esempio, gli operatori

³⁰ M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'Agenzia italiana del Farmaco*, Torino, 2018, 1 ss.

³¹ M. SIRACUSA, *Il diritto "informato" ed economicamente condizionato di accesso al farmaco: l'AIFA e la farmacovigilanza*, in *Riv. BioD.*, n. 1/2015, 50.

³² *Ivi*, 51.

³³ *Ibidem*.

sanitari, le Aziende Sanitarie Locali, le aziende farmaceutiche, i cittadini/pazienti, le Regioni tramite i Centri Regionali di Farmacovigilanza³⁴.

I principali compiti di AIFA sono³⁵:

- dirigere la Rete Nazionale di Farmacovigilanza;
- incentivare, con l'ausilio delle Regioni, la rilevazione delle sospette ADR che vengono segnalate dagli operatori sanitari e pazienti in Italia;
- individuare tutte le informazioni utili sulle ADR, per salvaguardare la salute dei pazienti;
- stimolare l'informatizzazione dei flussi, coordinando la Rete Nazionale di farmacovigilanza che collega strutture sanitarie e Regioni;
- riunire, controllare, stimare e studiare le segnalazioni di sospette ADR in termini scientifici, al fine di limitare i rischi per la salute pubblica e, ove necessario, stimolare l'intervento delle Autorità regolatorie sull'AIC precedentemente rilasciata;
- incentivare ed armonizzare, anche in collaborazione con l'Istituto Superiore di Sanità, studi e ricerche di farmacoutilizzazione, farmacovigilanza attiva e farmacoepidemiologia³⁶.

Inoltre, risulta opportuno sottolineare che AIFA, al fine di garantire l'equilibrio economico in base al tetto di spesa stabilito annualmente dallo Stato, regola insieme alle Regioni e l'industria, la spesa farmaceutica³⁷.

L'AIFA è infine il referente nazionale dell'Agenzia europea per i medicinali sia per le procedure comunitarie inerenti al rilascio di AIC, che per la registrazione dei farmaci³⁸.

Una volta analizzata la normativa di supporto all'attività di FV dell'Agenzia è necessario soffermarsi su quegli aspetti critici direttamente collegati al ruolo svolto da AIFA.

La letteratura recente sottolinea infatti che, nonostante un'eccessiva burocratizzazione dei processi vi sono delle evidenti lacune normative. Su

³⁴ A. CAUDURO, *L'accesso al farmaco*, in *Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino 3/2017*, Ledizioni, Milano, 2017, 9 ss.

³⁵ v. M. SIRACUSA, *op. cit.*, 45 ss.

³⁶ Le competenze dell'Agenzia italiana del farmaco sono contenute all'articolo 48, commi 3 e 5, della legge istitutiva, D.l. 263/2003 (successivamente modificato in l. 326/2003; v. E NOVELLINO (a cura di) *op. cit.*, 217 ss.

³⁷ E. BELLISARIO, A. CORVINO, P. OCCHIUZZI, *op. cit.*, 23.

³⁸ C. JOMMI, *Agenzia del farmaco a confronto. L'Agenzia regolatrice italiana e quella degli altri Paesi Europei*, in *Aboutpharma*, luglio/agosto 2008 n. 60, 4 ss.

tale premesse, l'Agencia offrirebbe una tutela del diritto alla salute del cittadino forse, solo in via indiretta: garantendo l'unitarietà del sistema farmaceutico e la farmacovigilanza. Di conseguenza, tutelando il diritto alla salute come interesse della collettività, ne scaturisce la tutela dello stesso come diritto dell'individuo³⁹.

Questi argomenti sono stati seguiti dalle blasonate vicende giudiziarie che hanno coinvolto AIFA con l'accusa di non aver assolto ai propri obblighi di vigilanza e di controllo del mercato farmaceutico⁴⁰.

Il caso conosciuto in Italia come *Avastin-Lucentis* deriva dalla storica sentenza *Hoffmann – La Roche* della Corte di Giustizia 23 gennaio 2018⁴¹ inerente all'utilizzo di farmaci *off label*.

Le due aziende protagoniste della vicenda giudiziaria avrebbero infatti fatto "cartello", per vendere un medicinale ad un prezzo dieci volte superiore rispetto quello già presente sul mercato determinando quindi un ingente danno economico al SSN⁴².

Secondo la ricostruzione dei giudici, AIFA avrebbe omesso di vigilare e la stessa Agenzia, pur respingendo tutte le accuse di una sua presunta responsabilità, avrebbe riconosciuto delle gravi lacune normative sull'utilizzo dei farmaci *off label*⁴³.

³⁹ M. SIRACUSA, *op.cit.*, 58.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ L'AGCM con provvedimento n. 24823 del 27 febbraio 2014 ha sanzionato le società farmaceutiche *HoffmannLa Roche Ltd e Novartis Ag*, nonché le loro controllate *Novartis Farma Spa e Roche Spa*, con l'accusa di aver posto in essere, in violazione dell'art. 101 Tfu, un'intesa orizzontale restrittiva della concorrenza con l'obiettivo di una illecita massimizzazione dei rispettivi introiti a danno della spesa sanitaria pubblica e privata: introiti derivanti, nel caso del gruppo *Novartis*, dalle vendite dirette di *Lucentis* e dalla partecipazione del 33% detenuta in *Roche*; nel caso del gruppo *Roche*, dalle royalties ottenute sulle stesse tramite la propria controllata *Genentech*.

⁴² Per la disamina della sentenza della CGUE v. L. BUSATTA, *Farmaci off-label ed equilibrio interno dei sistemi sanitari: la parola della Corte di Giustizia*, in *DPCE online*, 1, 2019.

⁴³ «Il 26 settembre 2005 l'Agencia Italiana del Farmaco (Aifa) ha recepito l'Aic concessa a livello europeo ad *Avastin* dall'European Medicines Agency (Ema) per il trattamento dei tumori metastatici colorettali, inserendo contestualmente il farmaco in classe H [la classe dei farmaci utilizzabili esclusivamente in ambiente ospedaliero e interamente a carico del servizio sanitario nazionale (Ssn)]. *Lucentis* ha invece ottenuto dall'Aifa l'Aic per il trattamento dell'*Amd* il 31 maggio 2007 ed è stato inserito inizialmente in classe C (quella relativa ai farmaci non rimborsabili), a causa del mancato accordo tra Aifa e *Novartis* a proposito del prezzo di rimborso, mentre solo nel dicembre del 2008 è stato ammesso alla rimborsabilità (in classe H). E difatti l'utilizzo *off-label* di *Avastin* è stato inserito dall'Aifa nel maggio 2007 nella Lista 648 con riferimento al trattamento delle *maculopatie essudative* e del *glaucoma neovascolare*. Successivamente, a seguito dell'approvazione e ammissione alla rimborsabilità nel nostro Paese di altri farmaci, tra cui il

Vi sono stati altri due casi che hanno evidenziato delle carenze normative relativamente la farmacovigilanza e l'uso dei farmaci *off label*. Il primo fu quello inerente al caso del Tamiflu del 2009⁴⁴; il secondo relativo ad un procedimento del 2008, dove AIFA è stata accusata di aver ritardato ed in certi casi omesso la correzione dei foglietti illustrativi di medicinali ad uso comune (di fascia C) la cui assunzione avrebbe determinato gravi rischi per la salute dell'uomo; vicenda che ha determinato così la sostituzione delle figure apicali di AIFA⁴⁵.

La dottrina ha evidenziato, rispetto tali avvenimenti, che l'Agenzia non ha osservato l'art. 32 Cost. nella sua interezza, non avendo garantito una tutela piena all'individuo circa il suo diritto ad essere costantemente informato circa gli effetti dei farmaci; infatti, solo rendendo tutti i soggetti più consapevoli sarà possibile garantire la piena libertà di scelta, e quindi se sottoporsi o meno alle cure⁴⁶.

Sarebbe infatti auspicabile un ripensamento circa l'organizzazione dell'Agenzia stessa e i mezzi di informazione al cittadino. Potrebbe essere risolutivo, al fine di garantire maggiore autonomia e trasparenza rispetto ai poteri politici, far avvicinare l'AIFA al concetto di Autorità Indipendente, in

*Lucentis, autorizzati per il trattamento delle patologie in questione, l'Aifa ha escluso la rimborsabilità di Avastin off-label per tali malattie e nel 2012 ha eliminato completamente Avastin dalla Lista 648, richiamando a tal fine le modifiche e integrazioni del documento relativo alle indicazioni terapeutiche (ossia il riassunto delle caratteristiche del prodotto, Rcp) introdotte il 30 agosto 2012 da Ema. In tale contesto si inserisce la condotta delle imprese Roche e Novartis, che, secondo l'Agcm, avrebbero posto in essere un'intesa orizzontale unica e complessa realizzata attraverso una pluralità di condotte concertate, in violazione dell'art. 101 Tfu e volta a realizzare una differenziazione artificiosa dei farmaci Avastin e Lucentis, che sarebbero da considerare invece farmaci equivalenti sotto ogni profilo, manipolando la percezione dei rischi dell'uso in ambito oftalmico del primo per condizionare la domanda a favore del secondo, attraverso la produzione e diffusione di notizie in grado di ingenerare preoccupazioni pubbliche sulla sicurezza degli usi intravitreali di Avastin. Finalità di tali condotte sarebbe stata quella di impedire che le applicazioni off-label di Avastin erodessero quelle on-label di Lucentis, ovvero il prodotto più costoso dalle cui vendite derivano profitti per entrambe le società», v. M. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Il caso Avastin-Lucentis alla prova della Corte di Giustizia*, in *Mer. Conc. Reg.*, n. 2, 2018, 299 ss.*

⁴⁴ Si tratta di una vicenda legata ad un farmaco acquistato dallo Stato italiano nel 2009, con un impiego ingente di risorse, per apportare un rimedio alla pandemia, mai verificatasi, di influenza suina. In questo caso si denunciò (oltre alla ingente e immotivata spesa a carico del SSN, ergo della collettività) anche il fatto che l'AIFA omise gli effetti negativi che il farmaco poteva causare nell'organismo umano, v. G. MACIOCCO, *Il caso Tamiflu e la reputazione di Big Pharma*, in *Sossanità*, 6, 2017.

⁴⁵ M. SIRACUSA, *op.cit.*, 58.

⁴⁶ Sul tema si v. A. PICCOLI, *L'equivalenza terapeutica e l'incertezza dell'Agenzia italiana del farmaco*, in *Stud. Iu.*, n. 5, 2018.

modo da filtrare quelle che sono le costanti pressioni politiche ed imprenditoriali a cui è costantemente sottoposta; inoltre sarebbe auspicabile una semplificazione del foglio illustrativo, fonte diretta di veicolazione dell'informazione al paziente, il quale molto spesso non ha dimestichezza con termini scientifico-medici, in modo da evitare possibili confusioni e allarmismi circa il corretto inquadramento di un farmaco⁴⁷.

L'EMA⁴⁸ infine, dotata di personalità giuridica e con sede ad Amsterdam⁴⁹, è l'organismo della CE «responsabile del coordinamento delle risorse scientifiche messe a sua disposizione dagli Stati membri per la valutazione, la sorveglianza e la farmacovigilanza dei medicinali»⁵⁰.

La disciplina che regola l'azione dell'EMA, la sua organizzazione nonché i principi fondamentali, è contenuta nel regolamento (CE) n. 726/2004.

I comitati rappresentano il cuore pulsante dell'Agenzia⁵¹; questi sono composti da un rappresentante per ciascun Stato membro, e formulano valutazioni di carattere scientifico imparziali ed indipendenti dallo Stato di appartenenza.

Inoltre, al fine di rendere più efficace ed efficiente il suo operato, l'EMA svolge i suoi compiti all'interno di una rete regolamentare di cui fanno parte le Autorità nazionali competenti e la Commissione europea⁵².

L'EMA svolge principalmente tre compiti.

Il primo è quello di offrire, qualora venga interpellata, pareri scientifici agli Stati membri e alle Istituzioni della Comunità «del più alto livello» tecnico-scientifico, riguardo tutte le problematiche relative alla valutazione

⁴⁷ M. SIRACUSA, *op.cit.*, 59.

⁴⁸ L'Agenzia è stata istituita «formalmente» dal Reg. CE n. 726/2004 dal momento che i profili strutturali e funzionali rimangono, sostanzialmente, quelli introdotti dal Reg. CEE n. 2309/93.

⁴⁹ Prima della Brexit aveva sede a Londra.

⁵⁰ Art. 55, Reg. CE n. 726/2004 che ribadisce quanto previsto dall'art. 49 del Reg. CEE n. 2309/93.

⁵¹ All'interno di EMA troviamo sette comitati scientifici:

- comitato per i medicinali per uso umano (CHMP);
- comitato per la valutazione dei rischi nell'ambito della farmacovigilanza (PRAC);
- comitato per i medicinali veterinari (CVMP);
- comitato per i medicinali orfani (COMP);
- comitato per i medicinali vegetali (HMPC);
- comitato per le terapie avanzate (CAT);
- comitato pediatrico (PDCO).

⁵² M. FILICE, *L'Accountability della European medicines Agency*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 6, 2018, 1013.

della qualità, della sicurezza e dell'efficacia dei medicinali per uso umano e veterinario all'interno delle procedure centralizzate e decentrate di autorizzazione⁵³.

La seconda attività è quella di elaborare le linee guida in base alle quali verranno formulate le domande di riconoscimento a livello europeo; ed infine, la terza è quella di monitorare il farmaco a seguito dell'immissione in commercio e provvedere alla sua farmacovigilanza⁵⁴.

Nei Paesi dell'UE affinché un medicinale entri in commercio è necessario il rilascio di un'autorizzazione dall'autorità competente dello Stato membro o dalla Commissione Europea, sulla base di un'opinione scientifica del CHMP dell'EMA. Il sistema di regolamentazione dell'UE infatti, mette a disposizione diverse modalità per ottenere l'AIC.

Vi sono le autorizzazioni nazionali e comunitarie; le prime vengono rilasciate dalle Autorità competenti dei singoli Stati, circa i medicinali destinati ad essere commercializzati in quel determinato Paese; le seconde invece disciplinano l'iter per il rilascio di una singola autorizzazione valida per l'intera UE o solo per alcuni dei suoi Paesi; queste procedure possono essere centralizzate (CP), di mutuo riconoscimento (MRP) o decentrate (DCP)⁵⁵. La CP⁵⁶ è una procedura unica valida su tutto il territorio europeo,

⁵³ Art. 57 del Reg. CE n. 726/2004 (Regolamento istitutivo), riprendendo l'art. 51 del Reg. CEE n. 2309/93.

⁵⁴ Sul tema si veda M. VENEGONI, *La nuova legislazione europea sulla farmacovigilanza*, in *Ric. & Prat.*, 2012, Vol. 28(3), 123 ss.

⁵⁵ G. LUCIGNANI (a cura di) *Sperimentazione e registrazione dei radiofarmaci*, A.R. MARRA, C. ZAPPALÀ, *Le procedure di autorizzazione all'immissione in commercio dei medicinali per uso umano*, Springer, Milano, 2013; E. NOVELLINO (a cura di), *op.cit.*, 69 ss.

⁵⁶ Art. 13, c. 1 del Regolamento n. 726 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004. Le categorie farmacologiche interessate, presenti nell'allegato di questo Regolamento, sono le seguenti:

1. Medicinali derivati da procedimenti biotecnologici, quali: tecnologie da DNA ricombinante; espressione controllata di geni portatori di codici per proteine biologicamente attive nei procarioti e negli eucarioti, comprese cellule trasformate di mammiferi; metodi a base di ibridomi e di anticorpi monoclonali.
2. Medicinali veterinari destinati principalmente a essere utilizzati come stimolatori per migliorare la crescita o la produttività degli animali trattati.
3. Medicinali per uso umano contenenti una nuova sostanza attiva non autorizzata nell'UE, aventi come indicazione terapeutica il trattamento di una delle seguenti malattie: sindrome da immunodeficienza acquisita; cancro; disordini neuro degenerativi; diabete; malattie autoimmuni e altre disfunzioni immunitarie (in vigore dal 20 maggio 2008); malattie virali (in vigore dal 20 maggio 2008);
4. Medicinali designati come orfani, ai sensi del Regolamento n. 141 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1999;

con la quale si autorizza l'immissione in commercio di un nuovo medicinale⁵⁷.

Le aziende farmaceutiche presentano un'unica domanda di autorizzazione all'EMA. Il comitato per i medicinali per uso umano (CHMP) o il comitato per i medicinali veterinari (CVMP) dell'Agenzia predispone una valutazione scientifica rispetto alla domanda che le è pervenuta e invia alla Commissione europea un parere positivo o negativo circa l'autorizzazione all'immissione in commercio. Qualora anche la Commissione europea dia esito positivo, l'autorizzazione centralizzata all'immissione in commercio è valida in tutti gli Stati membri dell'UE. L'utilizzo di tale procedura è obbligatorio per i medicinali più innovativi, tra cui quelli per le malattie rare⁵⁸.

Quando invece, l'autorizzazione farmaceutica deve operare in diversi Stati membri, l'azienda farmaceutica può avviare la procedura di mutuo riconoscimento o decentrata.

La procedura di MRP⁵⁹ prevede che l'AIC di un medicinale operi non soltanto nel Paese di rilascio ma anche in altri Stati membri.

Se l'autorizzazione di un farmaco è stata concessa ad un Paese del SEE (Spazio Economico Europeo) da un'Autorità nazionale competente (in Italia l'AIFA), l'azienda farmaceutica può chiedere l'estensione dell'autorizzazione alle Agenzie regolatorie di uno o più Stati SEE, allegando la medesima documentazione presentata allo Stato che per primo ha autorizzato il medicinale. Tale Stato è detto "di riferimento" (*Reference Member State, RMS*), in quanto predispone il rapporto di valutazione scientifica che viene presentato e approvato dagli altri Stati membri.

Quest'ultimi, che sono chiamati ad esprimersi circa l'estensione dell'AIC sono denominati "Paesi interessati" (*Concerned Member State, CMS*)⁶⁰.

5. Medicinali per terapie avanzate, quali definiti all'art. 2 del Regolamento n. 1394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007.

⁵⁷ Sul tema si veda, G. F. FERRARI (a cura di) *Osservatorio del farmaco*, V. SALVATORE, *Lo scenario europeo: L'Unione Europea individua gli obiettivi e definisce la strategia per affrontare le nuove sfide del mercato dei medicinali*, Egea, Milano, 2020.

⁵⁸ European Medicine's Agency, *Il sistema normativo europeo dei medicinali: un approccio unitario alla regolazione dei medicinali in tutta l'Unione europea*, 2016.

⁵⁹ Direttiva n. 83 (CE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 costituisce la base legale che ha introdotto la procedura definita di "mutuo riconoscimento" (MRP).

⁶⁰ AIFA, DOCUMENTO PROGRAMMATICO – Medici di Medicina Generale, Pediatri di Libera Scelta e Farmacisti, 2018.

Qualora il medicinale invece non abbia ricevuto l'AIC dallo Stato membro di appartenenza, si dovrà necessariamente far ricorso alla procedura decentrata, in quanto non sarà possibile esperire la procedura di mutuo riconoscimento non essendoci alcuna autorizzazione a monte. Con l'autorizzazione decentrata viene inoltrata nello stesso momento la domanda di AIC sia nello Stato di riferimento (RMS) che in uno o più Paesi interessati (CMS)⁶¹.

Il sistema normativo dell'UE è incentrato sulla trasparenza delle sue modalità operative e decisionali. Infatti, qualora venga rilasciata o meno un AIC, a seguito del giudizio di EMA, viene pubblicata una relazione pubblica di valutazione (EPAR). La medesima procedura avviene per i farmaci autorizzati dagli stati membri; tutte le informazioni sulla valutazione dei medicinali sono reperibili all'interno di una relazione pubblica⁶².

Una volta analizzata la normativa di supporto all'attività di FV di EMA è necessario soffermarsi su quegli aspetti critici direttamente collegati al ruolo svolto dall'Agenzia stessa. È bene ricordare infatti, che EMA nasce grazie ai finanziamenti dell'Unione Europea e delle aziende farmaceutiche, al fine di uniformare e armonizzare le legislazioni degli Stati membri per quanto concerne la normativa del farmaco. L'agenzia non si sostituisce alle Autorità nazionali, ma opera secondo una *vision* di raccordo con le stesse, nel rispetto di quelle che sono le differenze ma anche le diverse problematiche che affliggono ciascun Stato membro circa il mercato dei medicinali⁶³.

Tuttavia, ciò determina non poche questioni di armonizzazione della normativa, sia sotto il profilo della procedura di autorizzazione/registrazione del farmaco, sia sotto il profilo della diffusione dei farmaci sul territorio europeo soprattutto per ciò che concerne le diverse regole circa la rimborsabilità dei medicinali, che potrebbe agevolare ed essere determinante nella realizzazione di abusi della disciplina sulla concorrenza⁶⁴.

L'EMA esercita una pluralità di funzioni, che le consentono l'esercizio di altrettanti poteri, da quello regolamentare sotto il controllo della Commissione europea, a quello di vigilanza in coordinamento con le Agenzie nazionali, fino a quello sanzionatorio.

⁶¹ E. NOVELLINO (a cura di), *op.cit.*, 70 ss.

⁶² E. BELLISARIO, A. CORVINO, P. OCCHIUZZI, *op. cit.*, 34.

⁶³ M. SIRACUSA, *op.cit.*, 52.

⁶⁴ Sul tema si veda anche S. GARATTINI, V. BERTELÉ, *Per una legislazione farmaceutica al servizio dell'ammalato*, in *Riv. BioD.*, n. 1, 2015.

EMA infatti esercita un'influenza ed un potere dominante in ambito farmaceutico, decidendo tra l'altro sull'assegnazione dei finanziamenti europei per le attività di sperimentazione degli Stati membri⁶⁵.

Secondo una costante letteratura si potrebbero sollevare molti dubbi circa l'idoneità di EMA nella gestione dei finanziamenti dei progetti di sperimentazione europea così come la mancanza di trasparenza nei suoi processi decisionali⁶⁶.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto la documentazione che accompagna l'autorizzazione all'immissione in commercio, vale a dire il riassunto delle caratteristiche del prodotto e l'opuscolo, è ancora preparata dall'industria, la quale omette informazioni importanti per medici e pazienti, come, ad esempio, il confronto con altri farmaci della stessa classe terapeutica. Inoltre, e soprattutto, viene segnalata una mancanza di trasparenza circa l'esercizio del diritto di accesso agli atti e più in generale sul rispetto del diritto all'informazione del paziente/cittadino europeo⁶⁷.

Per quanto attiene invece la gestione dei finanziamenti, occorre evidenziare che oggi il CHMP ricopre un ruolo dominante. Infatti, per il rilascio di contributi normalmente ingenti alle industrie farmaceutiche, questo fornisce delle consulenze scientifiche, atte ad aiutarle a disegnare gli studi, i quali, vengono poi valutati dallo stesso comitato; il CHMP inoltre valuta i ricorsi alle proprie decisioni, è cioè responsabile sia della farmacovigilanza che del ritiro dei farmaci che ha autorizzato; i pareri scientifici, i ricorsi, e i ritiri invece dovrebbero essere di competenza di comitati indipendenti dal CHMP⁶⁸.

Una volta i farmaci potevano essere approvati in circostanze eccezionali, cioè nonostante la mancanza di prove complete di efficacia e sicurezza. Oggi vediamo anche "approvazioni condizionate", che spesso non sono seguite dagli studi che l'EMA richiede al produttore. Ciò può essere pericoloso per i pazienti, in quanto sposta ulteriormente l'onere della prova dal *pre al post-marketing*⁶⁹.

⁶⁵ Sul tema si v. A. CURTO, K. VAN DE VOOREN, L. GARATTINI, *Market approval for drugs in the EU: time to change direction?*, in *Eur. J. H. Econ.*, n. 18, 2017; M. FILICE, *op.cit.* 1013 ss.

⁶⁶ M. SIRACUSA, *op.cit.*, p. 52.

⁶⁷ S. GARATTINI, *The European Medicines Agency is still too close to industry*, in *British Medical Journal*, v. 353, 2016, 1 ss.; v. anche R. BANZI, V. BERTELÉ, J. DEMOTES, MAINARD, et al., *Fostering EMA's transparency policy*, in *Eur. J. Int. Med.*, 2014.

⁶⁸ S. GARATTINI, *op. cit.*, 1 ss.

⁶⁹ R. BANZI, S. GARATTINI, V. BERTELÉ, C. GERARDI, *Conditional approval of medicines by the EMA*, in *Brit. Med. Jou.*, v. 357, 2017.

Sono trascorsi più di 20 anni dalla decisione di istituire un'agenzia unica per l'approvazione dei medicinali, al fine di facilitare la preparazione dei fascicoli da parte dell'industria e armonizzare la disponibilità dei farmaci in Europa⁷⁰; sfortunatamente, tuttavia, sembrerebbe che gli interessi economici degli Stati membri e delle *lobbies* industriali hanno finora ostacolato l'adozione di leggi e norme che favoriscono gli interessi esclusivi dei pazienti⁷¹.

4. *Analisi normativa: le modifiche introdotte dal D.M. 30 aprile 2015.*

Le norme relative alla farmacovigilanza sono state oggetto negli ultimi anni di complesse modifiche⁷².

L'adozione del regolamento n. 1235 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2010, della Direttiva n. 84 (dei medesimi organi) e la pubblicazione delle *Good Pharmacovigilance Practices* (GVP), hanno segnato un profondo cambiamento della precedente disciplina. Il regolamento UE n. 1235/2010 è entrato in vigore il 2 luglio 2012, modificando il Regolamento CE 726/2004 in relazione ai medicinali autorizzati tramite la procedura centralizzata. Successivamente il 21 luglio 2012 è entrata in vigore la Direttiva 2010/84/ UE che modifica la precedente 2001/83/CE relativamente ai farmaci autorizzati con procedura nazionale, di mutuo riconoscimento o decentrata.

⁷⁰ Council regulation (EEC) no 2309/93 of 22 July 1993. Official Journal of the European Communities No L 214 Aug 24:1.

⁷¹ R. BANZI, S. GARATTINI, C. GERARDI, *Approvals of drugs with uncertain benefit – risk profiles in Europe*, in *Eur. J. Int. Med.*, 2015, 572 ss.

⁷² Nel 2001 la Comunità europea si è dotata di un testo unico per i farmaci; questo ha subito negli anni successivi profonde modifiche, sostituendo le direttive precedenti in relazione a temi come l'AIC e la vendita del medicinale. Posta l'importanza della normativa europea nel nostro ordinamento è bene precisare che il regolamento ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e trova diretta applicabilità negli Stati membri; la direttiva invece, non soltanto può rivolgersi anche solo ad alcuni Stati membri, ma soprattutto la sua forza vincolante è circoscritta, nel senso che obbliga lo Stato a cui è indirizzata alla realizzazione entro un termine ivi stabilito ad un risultato da conseguire, disinteressandosi in merito ai mezzi ed alle forme idonee alla sua applicazione. Per cui in questi casi sarà necessaria una norma di recepimento da parte del Paese membro; per maggiori approfondimenti v. R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2017.

Le direttive 2010/84/EU e 2012/26/UE sono state recepite nel nostro ordinamento dal Decreto del Ministero della Salute 30 aprile 2015⁷³.

La prima modifica da segnalare è quella inerente alla nozione di ADR⁷⁴; l'art. 1 del D.M. 2015 prescrive che «per reazione avversa si deve intendere la reazione nociva e non voluta conseguente non solo all'uso autorizzato di un medicinale alle normali condizioni di impiego ma anche agli errori terapeutici e agli usi non conformi alle indicazioni contenute nell'autorizzazione all'immissione in commercio, incluso l'uso improprio e l'abuso del medicinale». Il titolare di AIC quindi dovrà segnalare non soltanto gli effetti nocivi e non voluti del farmaco in conformità all'autorizzazione ricevuta, ma anche le conseguenze derivanti dall'uso non conforme all'AIC, come il sovradosaggio, errori terapeutici, l'uso *off-label*, l'abuso e ogni reazione avversa associata all'esposizione per motivi professionali. Inoltre, viene evidenziata la necessità di segnalare anche il semplice sospetto di ADR⁷⁵.

L'attuale normativa mira non soltanto ad aumentare la trasparenza ma anche a rafforzare i sistemi di farmacovigilanza sia dell'Agenzia, sia degli Stati membri e del titolare di AIC.

Infatti, in relazione a quest'ultimo, l'art. 2 del Decreto aggiorna i contenuti della domanda di autorizzazione da presentare ad AIFA; oltre ai requisiti previsti dall'art. 8 del D.lgs. 26 aprile 2006 n. 219, e successive modificazioni, il richiedente dovrà fornire:

- un riassunto del sistema di farmacovigilanza in cui si deve allegare la certificazione che il richiedente possiede un responsabile per la FV; in relazione a quest'ultimo, è necessario indicare tutte le informazioni personali e telefoniche per il contatto, e la certificazione circa la sua disponibilità economica per svolgere i compiti assegnatigli;
- il piano di gestione del rischio con la sua sintesi;
- copia dei documenti relativi alle autorizzazioni eventualmente concesse in Stati membri o terzi; le eventuali ADR; rapporti periodici

⁷³ v. F.E. BERNARDINI, *Gli studi osservazionali sui farmaci: il DM 30 aprile 2015*, in *Boll. SIFO*, vol. 62, f. 2, 2016, 105 ss.

⁷⁴ La precedente definizione di reazione avversa al farmaco identificava come ADR «qualsiasi reazione, nociva e non intenzionale, ad un medicinale impiegato alle dosi normalmente somministrate all'uomo a scopi profilattici, diagnostici o terapeutici o per ripristinarne, correggerne o modificarne le funzioni fisiologiche», escludendo dunque eventuali reazioni conseguenti ad un utilizzo del farmaco non conforme alle indicazioni presenti nel riassunto delle caratteristiche del prodotto (RCP).

⁷⁵ E. NOVELLINO (a cura di), *op.cit.*, 214 ss.

sulla sicurezza del farmaco (PSUR); riassunto delle caratteristiche del prodotto e del foglio illustrativo (FI); particolari di qualsiasi decisione di rifiuto dell'autorizzazione, sia nell'Unione che in un Paese terzo, con relativa motivazione⁷⁶.

Tra questi allegati, uno degli aspetti di maggiore rilievo attiene la presentazione ad EMA degli PSUR (*Periodic Safety Update Report* - Rapporti periodici di aggiornamento alla sicurezza) ossia la valutazione periodica del rapporto beneficio-rischio di un medicinale il quale fornisce un'analisi della sicurezza ed efficacia durante il suo ciclo di vita⁷⁷.

In relazione ad AIFA invece, la nuova normativa, agli artt. 4 e 5, prevede che debbano essere redatti e resi pubblici, attraverso il suo portale:

1. un rapporto di valutazione attinente i test farmacologici preclinici;
2. gli studi clinici concernenti il sistema di gestione del rischio e di farmacovigilanza;
3. riassunti delle caratteristiche del prodotto;
4. fogli illustrativi;
5. Piani di gestione del rischio.

L'Agenzia dovrà inoltre fornire un elenco dei farmaci soggetti a monitoraggio addizionale, facilmente identificabili tramite un triangolo equilatero rovesciato di colorazione nera (si tratta di medicinali che contengono nuove sostanze attive non presenti in quelli autorizzati in Europa alla data dell'1 gennaio 2011; biologici e biosimilari; prodotti la cui autorizzazione è subordinata a particolari condizioni o autorizzati in circostanze eccezionali; molecole soggette a studi sulla sicurezza dopo la concessione dell'AIC)⁷⁸.

La novità di maggiore rilievo, al fine di accrescere il coinvolgimento dei cd. segnalatori (pazienti e operatori sanitari) è stata quella relativa le modalità di segnalazione delle ADR. Queste ultime possono essere presentate tramite il modello cartaceo (già dal 2003)⁷⁹ e dal 2017 anche via web tramite il sito <https://vigifarmaco.it>.

⁷⁶ MINGHETTI, *op. cit.*, 195 ss.

⁷⁷ Art. 130 D.lgs. n. 219/2006; art. 25 e 26 D.M. 2015.

⁷⁸ E. NOVELLINO (a cura di), *op. cit.*, 195 ss.

⁷⁹ Il Decreto 31 maggio 2019 relativo all'Abrogazione del decreto 12 dicembre 2003, recante «Nuovo modello di segnalazione di reazione avversa a farmaci e vaccini», prevede agli artt. 1 e 2 che:

1. Il decreto del Ministro della salute 12 settembre 2003, recante «Nuovo modello di segnalazione di reazione avversa a farmaci e vaccini», è abrogato.
2. Le schede di segnalazione di sospetta reazione avversa (ADR) a farmaci o vaccini per il paziente, nonché la scheda di segnalazione di sospetta reazione avversa (ADR) per i medici

Tutti gli operatori sanitari devono segnalare entro due giorni le sospette reazioni avverse ai farmaci; la tempistica si riduce a trentasei ore per vaccini e medicinali di origine biologica⁸⁰.

Inoltre, sia i titolari di AIC che AIFA secondo gli artt. 23 e 24 del D.M. 2015, sono deputati, al fine di facilitare le segnalazioni, a registrare e trasmettere per via elettronica, alla banca dati *Eudravigilance*, le informazioni sulle sospette ADR; il titolare di AIC è tenuto a segnalare quelle non gravi entro i 90 giorni successivi al giorno in cui lo stesso viene a conoscenza dell'evento accaduto all'interno dell'Unione; l'informativa da parte di AIFA deve essere anche inviata entro 90 giorni, che però decorrono da quando queste vengono inserite nella rete nazionale di farmacovigilanza; per gli ADRS gravi entrambi i soggetti hanno l'obbligo di segnalazione entro i 15 giorni⁸¹.

Il ruolo dell'*Eudravigilance*, banca dati europea in cui confluiscono le segnalazioni di sospette reazioni avverse, risulta rafforzato dalla riforma, in quanto costituisce, in continuo aggiornamento, la principale raccolta di informazioni della farmacovigilanza. Le Autorità degli stati membri, le Agenzie e i titolari di AIC, al fine di redigere il rapporto beneficio/rischio dei farmaci, monitorano periodicamente i contenuti della banca dati europea al fine di individuare nuovi rischi e reazioni avverse note⁸².

Ulteriore aspetto innovativo riguardo la FV è l'istituzione all'interno di EMA del Comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza cd. PRAC⁸³.

A questo partecipano i *scientific experts* in qualità di rappresentanti di ogni Stato membro, e i rappresentanti di pazienti ed operatori sanitari. La necessità di istituire tale comitato nasce dal presupposto che il funzionamento del sistema di FV sia molto complesso e di conseguenza richieda la presenza di personale altamente qualificato con esperienza nel

e altri operatori sanitari con la relativa guida alla compilazione, sono predisposte dall'Agenzia italiana del farmaco, ai sensi dell'art. 22 del decreto 30 aprile 2015, recante «Procedure operative e soluzioni tecniche per un'efficace azione di farmacovigilanza adottate ai sensi del comma 344 dell'art. 1 della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità 2013)», e pubblicate sul sito istituzionale della medesima Agenzia.

⁸⁰ Art. 22, c. 2 e 3 del Decreto del Ministero della Salute del 30 aprile 2015.

⁸¹ E. GALFRASCOLI, *Come cambia la farmacovigilanza*, in *Boll. SIFO*, 2014, vol. 60, fasc. 1, 35 ss.

⁸² E. NOVELLINO (a cura di), *op. cit.*, 196 ss.; L. FAGIOLI, E. MAGNI, *In che modo i titolari di autorizzazione all'immissione in commercio gestiscono la registrazione delle informazioni su sospette reazioni avverse provenienti da Eudravigilance? Stato dell'arte e prospettive future*, in *Gio. It. Farm. e Farm.*, 11 (3), 2019, 18 ss.

⁸³ Comitato istituito a luglio 2012, in base al Regolamento 1235/2010 CE art. 61 ss.

settore⁸⁴. Il PRAC monitora in modo continuativo la sicurezza dei farmaci e formula raccomandazioni al Comitato dei Medicinali per uso Umano e al gruppo di Coordinamento (*Coordination Group for Mutual recognition and Decentralised procedures – human - CMDh*) riguardo le questioni attinenti alla FV e il sistema di gestione dei rischi; spetterà poi alle Agenzie e alle Autorità competenti recepirle e attuarle nei loro sistemi, potendo anche decidere diversamente con obbligo però di motivazione⁸⁵.

5. Conclusioni

Nei paragrafi precedenti, si è evidenziato come il settore farmaceutico svolga un ruolo centrale nel nostro Paese, in quanto coinvolge interessi pubblici e privati, funzionali oltre che al benessere della comunità anche alla sua crescita economica.

In considerazione dell'importanza che la FV ricopre all'interno del nostro ordinamento, tale contributo nasce con l'intento di fornire una visione d'insieme, chiara e lineare per un tema così complesso ed articolato. Alla luce del contesto normativo vigente in materia farmaceutica in generale e in particolare sulla farmacovigilanza, pare evidente che i continui interventi del Legislatore abbiano determinato un sistema eccessivamente frammentato e disomogeneo.

È necessario tuttavia segnalare, seppure brevemente, che indipendentemente dalle prescrizioni in materia di FV, la causa di eterogeneità del sistema va ricercata nel principio posto dall'art. 117 c. 4 della Costituzione secondo cui il diritto alla salute è una materia che ricade nella competenza concorrente tra Stato e Regioni. Ciò significa che queste legiferano sul tema tramite una cd. normativa di dettaglio, nel rispetto dei principi precedentemente imposti dalla legge statale cd. legge di cornice. Ne deriva che il nostro sistema sanitario sia di tipo decentrato, infatti lo Stato ripartisce, tra l'altro, anche le risorse economiche che le Regioni dovranno impegnare in questo caso nei rispettivi sistemi sanitari⁸⁶.

⁸⁴ P. ARLETT, G. PORTIER, R. DE LISA, et al., *Proactively managing the risk of marketed drugs: experience with the EMA Pharmacovigilance Risk Assessment Committee*, in *Nat. Rev. Drug. Discov.*, 13, 2014, 395 ss. <https://doi.org/10.1038/nrd3713-c1>.

⁸⁵ Sul punto si veda M. VENEGONI, *op. cit.*, 124 ss.

⁸⁶ Sulla complessa questione attinente al riparto di competenze ed alla corretta classificazione dei livelli essenziali di prestazione e di assistenza, dove «non è agevole, in effetti, definire in modo assoluto dove si arresti la competenza esclusiva dello Stato circa i livelli essenziali e dove incominci l'autonomia regionale nell'organizzazione del servizio

La diretta conseguenza di questo meccanismo è che alcune Regioni hanno impiegato sul controllo di spesa sistemi virtuosi, innovando qualitativamente i servizi erogati nel limite dei loro *asset*, facendo sì che il rapporto qualità/prezzo fosse soddisfacente per i cittadini. Altre invece, contrariamente alle prime, non hanno effettuato una razionalizzazione della spesa, ma hanno continuato ad erogare risorse senza imporsi criteri specifici, disperdendole e determinando a lungo termine un forte stato di arretratezza in termini di qualità ed efficienza rispetto alle Regioni più virtuose⁸⁷. A tal proposito è tristemente nota la cd. lotteria della nascita, secondo la quale chi risiede nelle regioni più ricche avrà un trattamento sanitario e terapeutico efficace ed efficiente, mentre tutti gli altri saranno costretti a rivolgersi a strutture site altrove per ottenere terapie innovative ed efficaci⁸⁸.

Si parla infatti del fenomeno delle differenziazioni regionali, all'interno delle quali ogni Regione ha adottato, in conformità ai principi fondamentali stabiliti dal legislatore nazionale in materia, variazioni sul proprio assetto organizzativo e di erogazione dei servizi⁸⁹.

Le richieste avanzate dalle Regioni riguardano prevalentemente il primo aspetto e infatti, sarebbe auspicabile un ampliamento delle capacità regolatorie regionali in materia⁹⁰. Il rapporto tra organizzazione e diritti mostra ancora incertezze che andrebbero risolte tramite metodi maggiormente collaborativi tra le diverse istituzioni, piuttosto che, tramite specifiche incursioni regolatorie⁹¹.

In un contesto di razionalizzazione della spesa sanitaria, l'effettività del diritto alla salute dipende in gran parte dal piano organizzativo che dovrà essere predisposto tramite un'interlocuzione di ampio respiro che non sacrifichi, per ridurre la spesa, nessuno aspetto, in quanto in materia

di assistenza sanitaria, così come non è facile stabilire in che cosa concretamente si sostanzino i principi fondamentali inerenti alla tutela della salute». v. G. MASSARI, *op. cit.*, 170 ss.

⁸⁷ D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e Regionali: indirizzi della giurisprudenza Costituzionale e nuovi sviluppi*, in *Oss. Cost.*, fasc. 1/ 2018.

⁸⁸ E. BELLISARIO, A. CORVINO, P. OCCHIUZZI, *op. cit.*, 110.

⁸⁹ A. PIOGGIA, *La differenziazione regionale in sanità: l'organizzazione*, in *Gior. Dir. Amm.*, 3, 2019, 292 ss.

⁹⁰ Sul punto si v. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Riv. AIC*, 2, 2019.

⁹¹ E. CARLONI, *A prologue to farce or tragedy. Perhaps both. Considerazioni sul regionalismo differenziato e la sua attenzione*, in *Astrid Rass.*, 4, 2019.

sanitaria ogni prestazione ha un peso fondamentale ed autonomo per la vita di ciascun paziente⁹².

L'annosa questione andrebbe ulteriormente analizzata sotto il richiamato profilo del conflitto di attribuzione della materia salute tra competenza esclusiva e concorrente di Stato e Regioni.

Pur non essendo tale acceso dibattito oggetto di trattazione, in quanto la complessità dei diversi profili giuridici ad essa connessi meriterebbero una più attenta ed estesa analisi, non si può non esaminare il *cuore* della questione.

In tal senso è opportuno far riferimento alla sentenza n. 5/2018 con cui la Corte Costituzionale si è pronunciata sui ricorsi promossi dalla Regione

Veneto avverso l'armonizzazione della normativa nazionale sul tema vaccinazioni obbligatorie.

La Regione in questione, infatti, lamentava l'incostituzionalità di diverse norme contenute nel d.l. n. 73 del 2017, poi convertito nella l. n. 119 del 2017⁹³.

Nei ricorsi⁹⁴, la Regione Veneto lamentava da un lato, la violazione delle proprie attribuzioni regionali, in quanto la normativa dettata dal Legislatore era ritenuta troppo specifica per poterla qualificare come principio fondamentale in materia di salute ex art. 117, comma 3, Cost.; dall'altro, secondo la ricorrente, vi sarebbe stata una vera e propria invasione delle proprie competenze regionali in materia di istruzione e formazione professionale ex art. 117, commi 3 e 4, Cost., nonché dell'autonomia amministrativa della Regione ex art. 118, Cost. Inoltre, la stessa Regione insisteva sulla violazione sia dell'art. 77 Cost., in quanto, non riteneva sussistere alcuna situazione emergenziale che consentisse allo Stato di ricorrere alla decretazione d'urgenza; sia degli art. 2, 3, 31, 32, 34, e 97 Cost., in quanto il Legislatore non avrebbe, in base al principio di

⁹² A. PIOGGIA, *op.cit.*, 292 ss.

⁹³ Prima che venisse convertito in legge, il d.l. 73/2017 prevedeva principalmente l'introduzione di 12 vaccini obbligatori per bambini di età compresa tra 0 e 16 anni; la necessità di presentare a scuola il libretto vaccinale rilasciato dall'ASL; in caso di mancato vaccino la sanzione amministrativa per i genitori da 500 a 7500 euro e in ultimo l'Asl era tenuta a segnalare alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni l'inadempimento dell'obbligo vaccinale.

La legge di conversione ha successivamente rideterminato gli aspetti più afflittivi del decreto, in quanto da un lato ha ridotto i vaccini obbligatori da 12 a 10, dall'altro non soltanto ha diminuito la sanzione amministrativa da 100 ad un massimo di 500 euro, ma ha anche eliminato l'obbligo per l'ASL di segnalare al Tribunale dei minori la mancata vaccinazione.

⁹⁴ R.r.n. 51 del 2017 e r.r. n. 75 del 2017.

proporzionalità, bilanciato l'interesse pubblico e collettivo e il diritto del singolo in materia sanitaria, introducendo norme inidonee al raggiungimento degli scopi prefissati⁹⁵.

Dopo aver brevemente analizzato i tratti salienti della sentenza in esame, occorre adesso soffermarsi sulla questione del riparto di competenze tra Stato e Regioni in essa dibattuta.

La sentenza in esame, pur riconoscendo che il settore farmacologico in generale interessa anche materie ascrivibili alla competenza regionale, ribadisce che le scelte che ineriscono l'obbligo vaccinale obbediscono principalmente ai principi fondamentali in materia di "tutela della salute", attribuiti allo Stato ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.⁹⁶.

Come già chiarito nella costante giurisprudenza costituzionale⁹⁷, il diritto alla salute deve essere garantito in modo uniforme in tutto il territorio nazionale; in tal senso il legislatore nazionale deve individuare i trattamenti sanitari obbligatori in base ai dati fattuali e medico-scientifico disponibili, e le Regioni devono conformarsi a tali scelte per preservare l'incolumità della popolazione⁹⁸.

La Consulta, che ha dichiarato infondate le questioni sottopostegli, ha sottolineato che il legislatore, in ragione delle proprie competenze, per ovviare alla preoccupante diminuzione nelle coperture vaccinali e alla crescente sfiducia della popolazione in merito all'efficacia dei vaccini, ha ragionevolmente bilanciato i molteplici valori costituzionali coinvolti⁹⁹.

La consolidata giurisprudenza costituzionale sottolinea infatti con fermezza che «l'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente

⁹⁵ M. TOMASI, *Politiche vaccinali, decretazione d'urgenza e rapporto fra Stato e Regioni*, in *N. Giur. Civ.*, 6, 2018, 874 ss.

⁹⁶ Sul tema si v. A.A. NEGRONI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni (decreto legge n. 73/2017) è questione eminentemente di diritto costituzionale*, in *Forum quad. cost.*, 2, 2017; S. AGOSTA, *Il legislatore e il nodo di Gordio della prevenzione vaccinale*, in *Cons. on.*, 2, 2017, 380 ss.; M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. Pubbl. comp. ed eur.*, 2017, 455 ss.

⁹⁷ Dalle pronunce della Consulta più recenti: n. 137/2019 e n. 186/2019; Cfr. Corte Cost. sent. 14-22 giugno 1990, n. 307; Corte Cost. sent. 16 marzo 1992, n. 132; Corte Cost. sent. 20 giugno 1994, n. 258.

⁹⁸ D. CAPANO, I. MERCURIO, M. GABRIELLI, G. TROIANO, P. G. MACRÌ, *Le vaccinazioni tra libertà dell'individuo e salute della collettività: aggiornamenti legislativi e profili di responsabilità*, in *Riv.it. med. Leg.*, 4, 2019.

⁹⁹ Sul punto, G. GEMMA, *Impatto negativo degli umori popolari sul diritto alla salute. Intervento al convegno A.I.C. "La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali"*, Roma, 6 - 7 novembre 2015, in *Oss. Cost.*, 2016, fasc. 2, 1 ss.

e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività (...), nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del bambino [...]». Il bilanciamento di questi molteplici principi «lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive». Tale discrezionalità «deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»¹⁰⁰.

Alla luce di tali premesse, pur condividendo le logiche ricostruzioni della Consulta, sarebbe lecito augurarsi a monte un ripensamento normativo sul settore farmaceutico in generale, in modo da semplificare le sue procedure e riportare alla competenza del Legislatore statale materie come appunto la tutela della salute, attualmente attribuite alla legislazione concorrente.

Ragionando *de jure condendo* in ambito farmaceutico e sanitario, occorrerebbe sia riformare la distribuzione delle competenze statali e regionali mediante una «*riforma costituzionale diretta a dare un nuovo assetto alla materia farmaceutica verso un più spiccato centralismo*»; posto che la riforma del Titolo V della Costituzione (l. cost. n. 3/2001) ha attribuito la materia della «*tutela della salute*» alla competenza concorrente di Stato e Regioni (art. 117, co. 4, Cost.); sia attribuire maggiore rilevanza alle materie strettamente connesse al tema. Infatti, il settore farmaceutico è estremamente eterogeneo, e coinvolge una pluralità di materie quali: la tutela della concorrenza, l'ordinamento civile, le professioni, nonché da ultimo, e in particolare, la «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» che la Costituzione (art. 117, co. 2, lett. m) attualmente deferisce alla competenza statale esclusiva¹⁰¹.

Ai fini di maggiore completezza appare necessario evidenziare, come già nelle precedenti sezioni, che il nostro ordinamento è caratterizzato da un'eccessiva burocratizzazione dei procedimenti autorizzatori dei farmaci. Infatti, secondo la normativa nazionale vigente, il percorso da intraprendere affinché un farmaco possa ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio è complesso ed articolato; vi sono infatti diverse procedure esperibili: quella nazionale, centralizzata, di mutuo riconoscimento o decentrata.

¹⁰⁰ Corte Cost., sentenza n. 268 del 2017; M. TOMASI, *Politiche vaccinali*, op. cit., 874 ss.

¹⁰¹ AA.VV., *La politica del farmaco. Quadro normativo, problemi, proposte*, in *Fondazione Astrid e Magna Carta*, Roma, 2014, [http:// www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

Per quanto concerne le ADR invece, queste, sono causa di significativa mortalità oltre a rappresentare un importante costo economico. La FV utilizza quale metodo principale nelle ADR le segnalazioni spontanee.

Pur essendo stata incentivata la partecipazione dei pazienti e degli operatori sanitari grazie alla nuova normativa, il problema fondamentale legato a tale modalità, rimane che l'obbligo per i medici di segnalare sia solo di tipo deontologico, quindi non soggetto a controlli o a sanzioni disciplinari-pecuniarie. Inoltre, per incentivare il buon funzionamento della FV, bisognerebbe mutare la concezione degli operatori sanitari intorno alla procedura di segnalazione; nel senso che quest'ultima non dovrebbe essere percepita da chi la esegue come un evento sporadico, ma costituire una vera e propria pratica giornaliera, probabilmente da inserire direttamente nelle cartelle cliniche¹⁰².

Inoltre, anche se le modifiche normative hanno incentivato l'aumento delle segnalazioni, è altrettanto vero che la quantità non è indice di qualità; per cui occorrerebbe sensibilizzare gli operatori sanitari anche ad una attenta gestione di tale attività, in modo da far emergere solo le ADRs effettive¹⁰³.

In conclusione, i dati della letteratura evidenziano come negli ultimi anni l'aumento dell'interesse sul tema farmacovigilanza sia direttamente proporzionale al numero delle segnalazioni di sospette ADR¹⁰⁴; sebbene però i sistemi di controllo delle Autorità nazionali ed internazionali sono stati nel tempo capaci di ampliare e migliorare la loro attività di raccolta e verifica dati, l'assunzione di farmaci continua ad essere rischiosa e non supportata da una normativa di riferimento completa. In tal senso, è necessario continuare a rafforzare sia l'impianto regolatorio in generale, che la posizione del titolare di AIC nelle attività poste a supporto delle Agenzie del settore in merito al monitoraggio dei medicinali; l'importanza di tale ruolo si comprende dal fatto che tutte le attività collegate alla valutazione dello schema rischio/beneficio dei farmaci sono dirette a tutelare i pazienti, costituendo questi i consumatori finali, sempre meritevoli di tutela¹⁰⁵.

¹⁰² A. PATRIGNANI, *Mancata segnalazione di reazioni avverse ai farmaci: un problema che riguarda anche farmaci sottoposti a monitoraggio addizionale. Dati preliminari di un singolo centro sui nuovi anticoagulanti orali*, in *Gior. It. Card.*, 2018, vol. 19, fasc. 1, 54 ss.

¹⁰³ A. MARRA, P. CANANZI, R. LANGELLA, L. BELLANTE, *La segnalazione spontanea di sospette reazioni avverse a farmaci e vaccini e il suo uso "improprio"*, in *Boll. SIFO*, 62(2), 2018, 69 ss.

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ E. NOVELLINO (a cura di), *op. cit.*, 209 ss.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

ANDREA CAPUTO

Anarchici, libertari, post-anarchici.

A proposito di A. Salvatore, *L'anarchismo. Teoria, pratica, storia* (DeriveApprodi, Roma, 2020)

ABSTRACT - In this paper, the Author proposes a short analysis of the recent work by Andrea Salvatore: *L'anarchismo. Teoria, pratica, storia* (DeriveApprodi, Roma 2020). After highlighting some of the most appreciable aspects of the book, the Author critically focuses on Salvatore's choice to include in the anarchist "canon" two doctrines which raise various theoretical issues: anarcho-capitalism (libertarianism) and post-anarchism.

KEYWORDS - anarchism, libertarianism, post-anarchism, anarchist canon



ANDREA CAPUTO*

Anarchici, libertari, post-anarchici.**A proposito di A. Salvatore, *L'anarchismo. Teoria, pratica, storia*
(DeriveApprodi, Roma, 2020)****

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Storia e pratica dell'anarchismo – 3. Su alcuni ospiti (forse) indesiderati dell'anarchismo – 3.1. Libertà o mercato – 3.2. Anarchismo vecchio e nuovo.

1. Introduzione

Dopo un lungo periodo di silenzio e nonostante un'aria di diffusa diffidenza, la teoria anarchica sta trovando negli ultimi anni una considerazione sempre maggiore nei *salotti buoni* dell'accademia¹. Lo dimostrano le numerose pubblicazioni sul tema comparse di recente in Italia e all'estero² tra cui figura, recentissimo, il volume di Andrea Salvatore: *L'anarchismo. Teoria, pratica, storia* (Roma, 2020).

In meno di 200 pagine, Salvatore riesce nel tutt'altro che semplice tentativo di offrire un'immagine sistematica di un pensiero eterogeneo nei suoi contenuti teorici, talvolta fumoso circa i suoi risvolti pratici, spesso di

* Dottorando di Ricerca in "Ordine giuridico ed economico europeo", Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro, XXXV Ciclo.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Scrive Massimo La Torre a metà degli anni '90: «Sull'anarchismo – quando non lo si è escluso dal salotto buono delle materie degne di trattazione accademica – si è posata una coltre pesante di pregiudizi e di calunnie, sicché oggi è quasi impossibile assumere rispetto ad esso un atteggiamento neutrale e "caritatevole" com'è quello che si raccomanda allo studioso», M. LA TORRE, *Anarchismo e noncognitivismo. L'«Unico» di Max Stirner*, in E. FERRI (a cura di), *Max Stirner e l'individualismo moderno*, CUEN, Napoli, 1996, 277.

² In Italia si segnalano, tra gli altri, oltre alle nuove traduzioni della biografia e dell'opera di Max Stirner (entrambe del 2018: Rubbettino la prima, a cura di Enrico FERRI, e Bompiani la seconda, a cura di Sossio GIAMETTA) e alla nuova edizione del testo ormai classico di Gianfranco RAGONA, *Anarchismo. Le idee e il movimento*, Laterza, Roma-Bari, 2019; M. COSSUTTA, *Errico Malatesta. Note per un diritto anarchico*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2015; P. ADAMO, *William Godwin e la società libera*, Claudiana, Torino, 2017; M. LA TORRE, *Nostra legge è la libertà. Anarchismo dei moderni*, DeriveApprodi, Roma, 2017; P. CHIARELLA (a cura di), *Diritto e potere nel pensiero anarchico*, CEDAM, Milano, 2019. All'estero, invece, possono segnalarsi: M. EGOUMENIDES, *Philosophical anarchism and political obligation*, Bloomsbury, London, 2014; P. MACLAUGHLIN, *Anarchism and authority. A philosophical introduction to classical anarchism*, Routledge, London, 2016; B. RIVAYA, *Filosofia anarquista del Derecho. Un estudio de la idea*, tirant lo blanch, Valencia, 2018; C. LEVY e A. MATTHEWS (eds.), *The Palgrave handbook of anarchism*, Palgrave MacMillan, London, 2019.

difficile inquadramento nelle sue più diverse manifestazioni storiche. Salvatore ha l'indubbio merito, inoltre, di contestare alcuni tra i più solidi *clichés* sul tema, come anche quello di non trascurare rilevanti aspetti teorici troppo spesso negletti o posti in secondo piano. Il risultato è un libro che, pur svolgendo una funzione senza dubbio introduttiva rispetto all'universo teorico dell'anarchismo, suscita altresì un notevole interesse anche per il lettore che ha già una certa confidenza con la letteratura anarchica.

Dopo aver brevemente passato in rassegna questi elementi (di certo non gli unici) di particolar pregio del volume con riferimento alle tre sezioni di cui si compone (storia, pratica e teoria), nel presente commento ci si soffermerà su alcuni dati problematici che emergono dalle pagine da Salvatore dedicate alla definizione e alle declinazioni dell'anarchismo.

2. Storia e pratica dell'anarchismo

Muovendo dall'indagine *storica* è interessante notare che Salvatore non si sofferma tanto sulla storia del movimento anarchico o sulle vite dei suoi precursori, teorici o animatori quanto piuttosto sulle apparizioni fenomeniche sulla scena storica di qualcosa di più o meno rispondente agli ideali anarchici. Questa scelta di Salvatore riflette l'intento di presentare l'anarchismo non come vuota teoria, coacervo di ideali *de facto* non operazionalizzabili, ma (anche) come potenziale forza d'innescio di concrete realtà storiche. Con tutte le cautele del caso, insomma, e procedendo *sine ira et studio*, si mette in forte discussione quel luogo comune che vuole l'anarchia relegata esclusivamente a pia illusione, ingenua fantasia priva di un reale ruolo storico³.

Ad eccezione dei movimenti del '68, dove però la manifestazione storica dell'anarchismo, peraltro frammischiata a tendenze estremamente eterogenee, è rimasta al livello movimentistico della contestazione⁴, ciò che Salvatore mette in risalto nella sua analisi è il fatto che il crollo delle iniziative ispirate al modello anarchico sia giunto in buona sostanza perlopiù in ragione dell'intervento di cause esogene. Infatti, pur

³ Salvatore sottolinea anche il fatto, ormai comunemente riconosciuto, che «molte aspirazioni e conquiste, oggi salutate unanimemente come innegabili indicatori del grado di civiltà di ogni forma di vita associata, affondano le loro radici nel pensiero e nella pratica dell'anarchismo», A. SALVATORE, *L'anarchismo. Teoria, pratica, storia*, DeriveApprodi, Roma, 2020, 6 (d'ora in poi indicato con «SALVATORE 2020»)

⁴ Lo stesso dicasi per quei movimenti contemporanei in qualche modo ricondotti a una matrice anarchica e di cui Salvatore si occupa in chiusura del volume; *ivi*, 190-195.



considerando come «autentico limite storico dell'anarchismo» la sua scarsa se non nulla capacità di «gestione e organizzazione del potere»⁵, Salvatore sottolinea, per fare alcuni esempi, come la Comune di Parigi sia caduta per mano dell'esercito di Thiers⁶, come l'autogestione contadina dell'ucraino Nestor Makhno sia crollata sotto l'urto dell'Armata Rossa⁷, come, infine, il successo dell'anarchismo spagnolo sia finito con il soffocare sotto la stretta congiunta di fascismo e comunismo⁸.

Anche con riferimento all'ambito della *pratica*, Salvatore riesce in poco spazio a dar conto della pluralità di strategie impiegate (e teorizzate) dagli anarchici per il conseguimento dei loro fini, contestando un altro tra i più diffusi *clichés* sull'anarchismo: quello per cui vi sarebbe una connessione necessaria tra la pratica anarchica e l'utilizzo della violenza⁹. Salvatore, beninteso, non manca di passare in rassegna alcuni dei diversi episodi di

⁵ *Ivi*, 184. Questo limite può per certi versi essere considerato connaturato alla teoria anarchica. Secondo Amedeo Bertolo, l'anarchismo è costretto a vedersela con quel *nemico interno* che René Lourau chiama *effet Mühlman*: «i meccanismi di riproduzione del potere che iniziano già durante il processo rivoluzionario e lo conducono a conclusioni contraddittorie con le premesse emancipatrici», A. BERTOLO, *Anarchici e orgogliosi di esserlo*, Elèuthera, Milano, 2017, 132; vd. R. LOURAU, *Analyse institutionnelle et question politique*, in *L'Homme et la société*, 29-30, 1973, 21-34. Attorno al problema della riproduzione della *tirannia* all'interno del movimento anarchico ruota anche il breve racconto di Fernando Pessoa, *O banqueiro anarquista* (trad. it., *Il banchiere anarchico*, Nova Delphi, Roma, 2010).

⁶ Per un recente studio sulla Comune di Parigi corredato da una ricchissima bibliografia, vd. L. CURRERI, *La comune di Parigi e l'Europa della comunità? Briciole di immagini e di idee per un ritorno della Commune de Paris (1871)*, Quodlibet, Macerata, 2019.

⁷ Vd. P. AVRICH, *L'altra anima della rivoluzione. Storia del movimento anarchico russo*, Ed. Antistato, s.l., 1978.

⁸ Giampietro Berti definisce la rivoluzione spagnola «una grande, irripetibile occasione per il movimento anarchico internazionale»; G. BERTI, *Il pensiero anarchico dal Settecento al Novecento*, P. Lacaia Editore, Manduria-Bari-Roma, 1998, 45.

⁹ Mette in guardia contro questo *pregiudizio*, che rischia di far trascurare la portata teorica del pensiero anarchico, già Rudolf Stammler: «Die sich mehrenden Mordanschläge und verbrecherischen Attentate, die in neuester Zeit von anarchistischer Seite ausgegangen sind, haben in weiten Kreisen die Vorstellung erwecken müssen, als ob man es beim Anarchismus nur mit einer Bande halbverrückter und vertierter Fanatiker zu thun habe. Es ist ganz in Vergessenheit gerathen – oder vielleicht niemals besonders weit bekannt geworden –, dass es eine Theorie des Anarchismus giebt, welche eine hochbedeutsame Rolle in der Sozialphilosophie allezeit spielen muss», R. STAMMLER, *Die Theorie des Anarchismus*, Verlag von O. Häring, Berlin, 1894, 1 (cito da rist. anast. hansebooks, Norderstedt, 2016).

sangue di cui gli anarchici, in special modo quelli italiani¹⁰, si sono resi protagonisti nel corso della storia, ma lo fa avendo cura di mettere in luce a più riprese il fatto che, lungi dall'essere una componente irrinunciabile dell'anarchismo, in qualche modo logicamente implicato dalle premesse e dagli obiettivi della teoria stessa, il terrorismo ne rappresenta piuttosto un epifenomeno¹¹.

In relazione alla *teoria*, particolarmente meritoria è l'attenzione che Salvatore dedica all'analisi della *pars costruens* della teoria anarchica, sovente sottaciuta negli studi sull'anarchismo. Se è vero, infatti, che le teorie degli anarchici, potenti e caustiche sul lato *destruens*, si fanno in certa misura meno consistenti, più rarefatte, quando si tratta di elaborare una compiuta proposta per la sostituzione dell'ordine vigente con un ordine anarchico¹², non può per ciò stesso dirsi che manchino taluni tratti ricorrenti che, seppur dipinti dai vari autori con differenti livelli di dettaglio, permettono di ricostruire quantomeno i lineamenti di una comune proposta positiva dell'anarchismo.

Il federalismo, in particolare, attraversa pressoché l'intera lunghezza del variegato panorama anarchico. Il principio federativo¹³ risponde infatti

¹⁰ Vd.: P. C. MASINI, *Storia degli anarchici italiani nell'epoca degli attentati*, Rizzoli, Milano, 1981; M. CANCOGNI, *Gli angeli neri. Storia degli anarchici italiani da Pisacane ai circoli di Carrara*, Mursia, Milano, 2011.

¹¹ Scrive Bertrand Russell: «Gli anarchici, come i socialisti, credono per lo più nella dottrina della guerra di classe, e se usano delle bombe, le usano, allo stesso modo come i governi fanno uso delle bombe, per i fini della guerra: senonché, per ogni bomba che viene preparata da un anarchico, ce ne sono molti milioni che sono fabbricate dai governi, e per ogni uomo ucciso dalla violenza anarchica, ce ne sono molti milioni uccisi dalla violenza degli stati. Possiamo dunque cancellare dalla nostra mente tutta questa questione della violenza, che fa tanta impressione all'immaginazione popolare, non essendo né essenziale né peculiare di coloro che adottano l'atteggiamento anarchico», B. RUSSELL, *Socialismo, anarchismo, sindacalismo*, Longanesi, Milano, 1970, 60 s.

¹² Ciò, si badi, non pare dovuto ad una semplice pigrizia mentale degli anarchici, né ad una loro incapacità di portare lo sforzo argomentativo al di là del dato critico, ma è riconducibile in buona sostanza alla specificità del pensiero anarchico come pensiero *sperimentale*, come riconosce lo stesso Salvatore: «ciò che distingue l'anarchismo da ogni altra ideologia è appunto il rifiuto di anteporre preventivamente la volontà del teorico o del movimento allo sviluppo necessariamente inanticipabile delle varie interazioni sociali liberamente condotte dai singoli», SALVATORE 2020, 85. Su questo aspetto si veda, tra gli altri, E. MALATESTA, *L'anarchia e l'autodifesa davanti all'Assise di Milano*, datanews, Roma, 2007, 48.

¹³ Elaborazione esemplare di questo principio, com'è noto, è quella contenuta nel celebre testo di Proudhon, *Du principe fédératif*. Per una sua più recente esposizione, seppur esterna alla teoria anarchica, può utilmente vedersi D. J. ELAZAR, *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987.

all'esigenza di pensare, su ampia scala¹⁴, una forma organizzativa della convivenza sociale che non riproduca i meccanismi oppressivi tipici dell'istituzione stato così come «di qualsiasi altra forma di accentramento del potere»¹⁵.

Il federalismo, scrive Salvatore, è «necessario corollario della logica municipale»¹⁶. Questa affermazione, a ben vedere, è condivisibile soltanto ad una condizione che pare opportuno esplicitare. La nozione di *municipalismo* è entrata relativamente di recente nel vocabolario anarchico grazie ai libri di Murray Bookchin pubblicati perlopiù a partire dagli anni '80 del Novecento e non senza sollevare qualche perplessità¹⁷. L'affermazione, pertanto, risulta condivisibile a condizione di intendere, come Salvatore sembra fare¹⁸, il termine *municipalismo* non con stretto riferimento alla teoria di Bookchin, cosa che restringerebbe di molto il campo delle teorie anarchiche coperte dalla definizione, ma come ultimo nome dato a quel modo anarchico di concepire la politica come *radicalmente deliberativa*¹⁹. Concezione che dipende, a sua volta, dalla radicale revisione

¹⁴ Su questo aspetto in particolare, SALVATORE 2020, 94-96. Il problema delle dimensioni è affrontato, col medesimo esito, anche da Andrea Caffi: A. CAFFI, *Presupposti della democrazia*, in ID., *Politica e cultura*, a cura di M. LA TORRE, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2014, 116-118; vd. A. CASTELLI, *La scelta federalista di Andrea Caffi*, in *Il Politico*, 4/1997, 583-616.

¹⁵ SALVATORE 2020, 93. Occorre sottolineare, a questo proposito, che nel considerare la federazione un'alternativa allo stato, il federalismo di stampo anarchico si distanzia da un federalismo più moderato che auspica la formazione di uno stato federale. Su questa contrapposizione è illuminante la lettura di C. BERNERI, *Il federalismo libertario*, a cura di P. MAUTI, La Fiaccola, Ragusa, 1992. Interessante è anche l'analisi di Preston King che affronta il tema elaborando uno spettro che va dall'estremo accentramento teorizzato nel classico americano *The Federalist*, all'estremo decentramento proprio delle teorie anarchiche; P. KING, *Federalism and federation*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1982.

¹⁶ SALVATORE 2020, 96.

¹⁷ Il tema è stato oggetto di un breve ma acceso dibattito su *A rivista anarchica* agli inizi degli anni '90, per cui si veda F. BERTI, *Anarchismo e municipalismo, un matrimonio difficile*, in *A rivista anarchica*, 205, 1993/1994. Sul tema, cfr. M. COSSUTTA, *Per un anarchismo attualista. Murray Bookchin: dall'ecologia sociale al municipalismo libertario*, in *Tigor: riv. di sc. della com. e di arg. giur.*, 2/2014, 61-70.

¹⁸ Salvatore dichiara di preferire il termine *municipalismo* ad altre denominazioni «per indicare specificamente tanto il carattere locale, civico, partecipativo e autogestionale, quanto il reciproco potenziamento tra formazione critico-espressiva del singolo e libera coordinazione della comunità», SALVATORE 2020, 90.

¹⁹ Vd. M. LA TORRE, *Nostra legge è la libertà*, cit., 233 s.

dell'obbligazione politica che costituisce il cuore della teoria anarchica²⁰, la quale tende a lasciare *irrisolta* quella tensione tra individuo e comunità che rappresenta «il problema fondamentale della teoria politica moderna»²¹.

3. *Su alcuni ospiti (forse) indesiderati dell'anarchismo*

Sono note le difficoltà che si incontrano di fronte al tentativo di definire il canone dell'anarchismo, materia di un lungo e acceso dibattito tra gli studiosi che sembra destinato a rimanere aperto²². Tra gli oggetti più problematici che si sono sovente trovati al centro di questa disputa teorica vi sono *l'anarco-capitalismo* e *l'anarchismo post-strutturalista*, che Salvatore accoglie entrambi sotto la sua definizione di anarchismo, in ragione del rilievo per cui «qualsiasi teoria miri all'abolizione di quanto essa dimostri essere una forma di coercizione a carattere istituzionale, in vista di una connessa liberazione di una o più prerogative o facoltà dell'individuo, non può che essere ricompresa [...] nello spettro delle teorie anarchiche»²³.

Nell'ultima parte di questa recensione ci si propone di analizzare, seppur brevemente, la scelta di Salvatore di includere queste due teorie tra le varianti dell'anarchismo.

3.1. *Libertà o mercato*

Secondo Salvatore sono essenzialmente due i tratti del libertarismo²⁴ che giustificano la sua inclusione nel novero delle dottrine anarchiche: «l'opposizione a forme coercitive a carattere istituzionale» e «la prefigurazione di una società autorganizzata di individui liberi e uguali»²⁵.

²⁰ «Il dilemma e la sfida dell'anarchismo sono [...] determinati da questo sempre instabile rapporto dialettico tra singolo e comunità, rispetto al quale liberalismo e socialismo sono giudicati risposte specularmente inadeguate», SALVATORE 2020, 24.

²¹ *Ivi*, 54.

²² Vd. L. A. WILLIAMS, *This canon which is not one*, in R. KINNA e S. EVREN (eds.), *Blasting the canon*, *Anarchist Developments in Cultural Studies*, 2013.1, 7-21.

²³ SALVATORE 2020, 28.

²⁴ Nel prosieguo del paragrafo si indicherà *l'anarco-capitalismo* con il termine *libertarismo* che questa dottrina assume nel suo territorio d'elezione, gli USA.

²⁵ SALVATORE 2020, 39.



Ora, seppur sia vero che il libertarismo condivide con l'anarchismo alcuni elementi di base, quali l'individualismo di fondo²⁶ e la critica dello stato, nondimeno non pare che ciò sia sufficiente a ricondurre tale teoria nell'alveo del pensiero anarchico. Sono da considerare, infatti, tratti propri del libertarismo che fanno propendere per una sua esclusione da questo paradigma.

Per argomentare questa conclusione pare opportuno muovere dal giusnaturalismo tipico della dottrina del libertarismo. «Per l'uomo – scrive Murray Rothbard – l'etica della legge naturale stabilisce che il bene o il male possano essere determinati dalla realizzazione o dall'impedimento di ciò che è meglio per la natura dell'uomo. Il diritto naturale spiega quel che è meglio per l'uomo, quali *fini*, in armonia con la sua stessa natura e ad essa confacenti, egli dovrebbe perseguire»²⁷. Una simile concezione, che riflette l'antica idea aristotelica per cui «quel che ogni cosa è quando ha compiuto il suo sviluppo, noi lo diciamo sua natura»²⁸, deve presumere una certa concezione antropologica.

Ora, giacché, come sottolinea Rothbard nel suo *Libertarian Manifesto*, il rimando al diritto naturale serve a fornire una giustificazione forte al diritto di proprietà privata²⁹, pare chiara la ragione per cui il modello antropologico di riferimento sia e non possa che essere quello dello *homo oeconomicus*. Il libertarismo «per funzionare – scrive Guglielmo Piombini – non pretende alcuna modifica della natura umana, non vuole creare l'uomo nuovo, com'è nella logica del gulag, e basa tutta la sua analisi sul paradigma scientifico, e non romantico, dell'*homo oeconomicus*, essenzialmente egoistico e razionale»³⁰.

Il libertarismo, insomma, è costretto a presupporre, per usare le parole di Daniel Colson, «l'identification de l'individu à un être sans qualités singulières, équivalent à tous les autres individus [...], radicalement coupé

²⁶ Qui con individualismo s'intende la posizione anarchica così sintetizzata da Malatesta: «È pacifico che tra gli anarchici l'essere concreto, reale, l'essere che ha coscienza e sente, e gode e soffre è l'individuo, e che la Società, lungi dall'essere qualche cosa di superiore di cui l'individuo è lo strumento e lo schiavo, non deve essere che l'unione di uomini associati per il maggior bene di ciascuno. E da questo punto di vista si potrebbe dire che siamo tutti individualisti», E. MALATESTA, *Pluralità dell'anarchismo*, in ID., *Scritti scelti*, a cura di G. CERRITO, Samonà e Savelli, Roma, 1971, 88 (originariamente col titolo *Comunismo e individualismo (Commento all'art. di Nettlau)*, in *Pensiero e volontà*, 1 aprile 1926).

²⁷ M. N. ROTHBARD, *L'etica della libertà*, Liberilibri, Macerata, 2017, 25 (corsivo aggiunto).

²⁸ ARISTOTELE, *Politica*, I, 1252b 33-35, trad. it. di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari, 2009, 6.

²⁹ M. N. ROTHBARD, *For a New Liberty. The Libertarian Manifesto*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, 2006, 30-45.

³⁰ G. PIOMBINI, *Per l'anarco-capitalismo*, in *A rivista anarchica*, 218, 1995.

de toute force ou de tout possible extérieur à ce qu'exige le système qui le produit et dont il est entièrement dépendant, réduit à la pauvreté mécanique et extérieur [...] des "particules libres" que présupposent et imposent les agrégats du marché, des statistiques, et de la logique électorale des démocraties»³¹.

Nonostante la pretesa di scientificità³², tale concezione antropologica, determinando la bontà di certi fini perseguibili dall'azione umana, ha carattere essenzialmente *normativo*. Essa riduce sensibilmente la sfera pratica a libera disposizione dell'individuo, considerando desiderabile e imposta dalla legge naturale solo quella gamma di condotte volte a realizzare il *mercato*, elevato a fine dalla dottrina libertaria. Esso è *il fine* stabilito per la convivenza umana: «è all'interno di questo campo "necessario" che deve dispiegarsi la libertà dell'uomo»³³. Contro lo stato, dunque, non è la libertà a sollevarsi ma la proprietà privata; non è la società che spinge per liberare il suo potenziale, ma l'economia³⁴.

Ciò fa sì che il libertarismo non conti tra le sue preoccupazioni quella concernente le possibili *mostruosità* del capitalismo³⁵, quelle dinamiche, cioè, per cui il dominio che stigmatizzava nell'ambito politico si riproduce, in forme diverse ma non meno crude, nell'ambito economico³⁶ e in ragione delle quali l'anarchismo è, pur nella varietà delle sue forme, attraversato da una costante tensione anticapitalista³⁷.

³¹ D. COLSON, *Petit lexique philosophique de l'anarchisme. De Proudhon à Deleuze*, Livre de Poche, Paris, 2001, 170. Questo rilievo segna già un significativo punto di distanza tra il libertarismo e l'anarchismo. Quest'ultimo, infatti, poggia su un'esaltazione del potenziale creativo delle specificità individuali, delle differenze, e rifugge ogni concezione omologante che pretenda di racchiudere l'individuo in tipizzazioni astratte e in contesti d'azione circoscritti. Le *differenze*, si badi, non sono da confondersi con le *diseguaglianze*; vd.: M. BAKUNIN, *L'instruction intégrale*, in ID., *Oeuvres*, P-V. Stock, Paris, 1895-1913, V, 150 s.; A. BERTOLO, *Anarchici e orgogliosi di esserlo*, cit., 127-129.

³² La presunta scientificità del paradigma dello *homo oeconomicus* è messa in forte dubbio da studi di antropologia economica e persino dalla cosiddetta *neuroeconomia*. Per uno studio recente si veda: C. HANN e K. HART, *Economic anthropology. History, Ethnography, Critique*, Polity Press, Cambridge, 2010.

³³ P. ADAMO, *Capitalismo, mercato e anarchia*, in *A rivista anarchica*, 218, 1995.

³⁴ Vd. G. BERTI, *Libertà senza Rivoluzione. L'anarchismo fra la sconfitta del comunismo e la vittoria del capitalismo*, P. Lacaita Editore, Manduria-Bari-Roma, 2012, 302.

³⁵ P. ADAMO, *Capitalismo, mercato e anarchia*, cit.

³⁶ M. LA TORRE, *Nostra legge è la libertà*, cit., 231.

³⁷ Lo stesso Salvatore dà conto a più riprese di questo importante dato. Del resto, Salvatore ha cura di specificare la netta distanza tra il libertarismo e le forme storiche dell'anarchismo; SALVATORE 2020, 39.

Prima ancora che su una questione di teoria economica, tale tensione poggia su una fondamentale questione di *etica*: quella anarchica è un'etica della libertà che non tollera il dominio dell'uomo sull'uomo, in qualunque forma e con qualunque mezzo esso si realizzi. La proprietà privata è, infatti, rifiutata sulla scia della medesima tensione etica, in quanto strumento di creazione e conservazione del dominio dell'uomo sull'uomo. Ciò non significa che gli anarchici convergano su posizioni comunistiche. Lo stesso Proudhon, con la sua nota definizione di proprietà come furto, non intendeva proporre una radicale soppressione dell'istituto, quanto piuttosto una sua generalizzazione nella forma del possesso individuale, con la decisa esclusione della proprietà intesa come *somma dei suoi abusi*, vale a dire nella forma di proprietà esclusiva dei mezzi di produzione, vero veicolo dell'ineguaglianza e del dominio³⁸.

Esemplari dell'atteggiamento anticapitalista degli anarchici sono alcuni scritti di Malatesta: «Ammesso il principio basilare dell'anarchismo e cioè che nessuno dovrebbe avere la voglia e la possibilità di ridurre gli altri in soggezione e costringerli a lavorare per lui, è chiaro che rientrano nell'anarchismo tutti, e solamente, quei modi di vita che rispettano la libertà e riconoscono in ciascuno l'eguale diritto a godere dei beni naturali e dei prodotti della propria attività. [...] Per essere anarchici non basta volere l'emancipazione del proprio individuo, ma bisogna volere l'emancipazione di tutti; non basta ribellarsi all'oppressione, ma bisogna rifiutarsi di essere oppressori [...]. E questa non è questione di assetti economici: è questione di sentimenti, o, come si dice teoricamente, questione di etica»³⁹.

Il fatto di porre il mercato come *fine in sé* fa del libertarismo, pertanto, una teoria del capitalismo radicale e non una corrente interna all'anarchismo. In quest'ottica, la definizione di anarchismo data da Salvatore è forse troppo larga nel far riferimento alla liberazione di «una o più prerogative o facoltà dell'individuo»⁴⁰, non potendosi restringere la

³⁸ G. WOODCOCK, *L'anarchia. Storia delle idee e dei movimenti libertari*, Feltrinelli, Milano, 1971, 98-100.

³⁹ E. MALATESTA, *Pluralità dell'anarchismo*, cit., 88 s. In polemica con i comunisti, scrive altrove Malatesta: «Solo i comunisti trovano sensato il dire che noi vorremmo rispettata la libertà dei borghesi di sfruttare il lavoro altrui, che poi è un modo attenuato di uccidere gli altri. La libertà che vogliamo noi non è il diritto astratto di fare il proprio volere, ma il potere di farlo; quindi suppone in ciascuno i mezzi di poter vivere e agire senza sottoporsi alla volontà altrui» E. MALATESTA, *A proposito di libertà*, in ID., *Individuo, società, anarchia: la scelta del volontarismo etico*, a cura di G. BERTI, edizioni e/o, Roma, 1998, 20 (originariamente in *Umanità Nova*, II-190, 24 novembre 1921).

⁴⁰ SALVATORE 2020, 28.

tensione etica, e con ciò il campo del possibile, alla sola iniziativa economica a discapito del fine anarchico della libertà degli uguali.

3.2. *Anarchismo vecchio e nuovo*

Tra le definizioni di *anarchismo post-strutturalista* e *post-anarchismo* oscilla quella corrente di pensiero che mette in relazione la teoria classica dell'anarchismo con le idee del post-strutturalismo francese, così da ripensare «radicalmente [...] tanto il concetto di *potere* quanto quello del *soggetto* che da esso intende affrancarsi»⁴¹.

Da poli opposti di una rigida contrapposizione, come nella configurazione tipica del paradigma della sovranità, soggetto e potere subiscono dunque una significativa riconcettualizzazione⁴². Il soggetto, in estrema sintesi, non sta più come negazione di fronte a un potere che emana da un unico centro, ma è preso all'interno di una rete di relazioni diffuse di potere che contribuiscono in misura decisiva a *produrlo*, come nella configurazione propria del paradigma biopolitico. Ciò richiede l'abbandono del pensiero dialettico in favore di una forma di pensiero *reticolare* o, come direbbero Deleuze e Guattari, *rizomatico*⁴³, nonché il superamento di una certa concezione essenzialista dell'individuo che l'anarchismo classico deriva dalla sua forte componente illuminista⁴⁴.

Ora, tra le varie critiche mosse a questo riposizionamento teorico dell'anarchismo spicca l'accusa di condurre, in ultima istanza, a un esito impolitico. Secondo questa obiezione, se l'anarchismo fa proprie la dissoluzione del soggetto e l'idea della coestensività di potere e società «non può più porsi *contro* la storia»⁴⁵. Evidentemente, qui, bersaglio della critica è la teoria post-strutturalista in sé e per sé e solo in seconda battuta, come

⁴¹ *Ivi*, 34 s. (corsivi aggiunti).

⁴² Vi sono, naturalmente, altri aspetti coinvolti dalla messa in relazione di anarchismo e post-strutturalismo (quali ad esempio la questione del linguaggio, la critica dell'identità e della rappresentazione o ancora il tema della rivoluzione) ma essi sembrano tutti in ultima istanza ruotare attorno a questo fondamentale nucleo oggetto di riconcettualizzazione.

⁴³ Vd. G. DELEUZE e F. GUATTARI, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie* 2, Les Éditions de Minuit, Paris, 1980, cap. 1.

⁴⁴ Vd. V. DE MONTE, *Kant e il pensiero anarchico classico*, in L. LANZA (a cura di), *L'anarchismo oggi. Un pensiero necessario*, Mimesis, Milano-Udine, 2013, 173-183.

⁴⁵ G. BERTI, *Libertà senza rivoluzione*, cit., 318. Si noti che Berti parla esplicitamente della *bufala* del Foucault anarchico (*ivi*, 315). Per un approfondimento di diverso tenore sulla questione si veda S. VACCARO, *Foucault e l'anarchismo*, in *A rivista anarchica*, 219, 1995.



per effetto di proprietà transitiva, l'anarchismo che ne assorbe le posizioni. L'esito impolitico, in particolare, è attribuito alla teoria di Foucault⁴⁶ il quale, in effetti, nell'ultima fase dei suoi studi prima della prematura morte, interrogandosi circa la possibile emersione di un soggetto *auto-prodotto*, vale a dire circa l'esistenza di spazio per processi di *auto-soggettivazione*, si "rifugia" nell'*epimeleia heautou*, nella *cura di sé* del pensiero greco. Invero, la ricerca, a partire già da Deleuze, di soluzioni al problema lasciato aperto da Foucault ha condotto all'elaborazione di teorie che vanno proprio in direzione del superamento di questa *impasse* impolitica, ed è tra questi tentativi che figura la variante anarchica qui in esame⁴⁷.

Altra e diversa problematica, tutta interna al paradigma anarchico, è quella che invece attiene alla natura, per così dire, della messa in relazione tra anarchismo classico e post-strutturalismo. Per intendere quest'ultima questione conviene prendere le mosse da un'interessante critica mossa da parte anarchica ad autori post-anarchici come Saul Newman e Todd May, secondo la quale questi sarebbero colpevoli di un'eccessiva semplificazione e persino di un grave fraintendimento⁴⁸.

Sotto il primo profilo, essi dimenticano di prendere in considerazione un gran numero di pensatori, in special modo quelli che hanno condotto l'anarchismo classico verso gli sviluppi successivi alle sue "originarie" formulazioni, circoscrivendo il canone a una ristrettissima cerchia di nomi e a un ristretto catalogo di idee omogenee, così da farne un fantasma, un'entità ideologica⁴⁹ da sottoporre in blocco a critica. Sotto il secondo profilo, questa stessa critica, per la quale l'anarchismo classico sarebbe affetto da una vera e propria *malattia* da essenzialismo che ne imporrebbe *tout court* l'abbandono, è detta fondarsi su un certo fraintendimento del pensiero dei pochi autori presi in considerazione. Secondo questa obiezione, in particolare, cade in questo errore Saul Newman quando

⁴⁶ Per una recentissima critica generale dell'impianto foucaultiano, con specifici riferimenti al suo esito impolitico si veda P. FLORES D'ARCAIS, *Gli inganni di Foucault*, in *MicroMega*, 8/2020, 4-33. Qui, a p. 28 si legge: «Il dogma del potere ormai spappolato nei rivoli delle asimmetrie quotidiane è per Foucault il grimaldello con cui svalORIZZARE ogni lotta politica».

⁴⁷ Va in questa direzione l'*etica della sottrazione* brillantemente esposta in S. VACCARO, *Anarchist studies. Una critica degli assiomi culturali*, Elèuthera, Milano, 2016. Si veda anche F. RICCIO e S. VACCARO (a cura di), *"Soggetto" a variazione*, BFS, Pisa, 2000.

⁴⁸ Per un interessante approfondimento di questa disputa, vd. T. SWANN, *Are postanarchists right to call classical anarchisms "humanist"?*, in B. FRANKS e M. WILSON (eds.), *Anarchism and moral philosophy*, Palgrave MacMillan, London, 2010, 226-242.

⁴⁹ Vd. J. COHN e S. WILBUR, *What's wrong with Postanarchism?*, in *Institute for Anarchist Studies*, 8/2003.

presenta Kropotkin e Bakunin come campioni della concezione essenzialista della natura umana⁵⁰. Non è possibile, in questa sede, approfondire adeguatamente questa tematica, ma sarà di qualche interesse soffermarsi un momento su Bakunin per considerare non solo l'entità, ma anche l'effetto di tale fraintendimento.

Innanzitutto, sembra corretto propendere per un significativo ridimensionamento dell'essenzialismo nel pensiero di Bakunin. Come spiega bene Massimo La Torre in alcune sue pagine dedicate all'anarchico russo, il radicalismo di Bakunin poggia su un impianto filosofico hegeliano⁵¹ che si manifesta innanzitutto come filosofia della storia, intesa come «manifestazione su larga scala della presa della coscienza su se stessa, e della dinamica tra soggetto ed oggetto»⁵², come proiezione, cioè, della storia del soggetto sul piano delle vicende collettive. In questa dinamica, che è dialettica tra la positività che pone l'oggetto e il momento negativo della riflessività del soggetto, Bakunin attribuisce chiara prevalenza a quest'ultimo⁵³. Poiché, scrive Bakunin, «[Das Positive] innerhalb seiner selbst keine Bewegung hat, da jede Bewegung eine Negation ist», allora «der Gegensatz ist kein Gleichgewicht, sondern ein Übergewicht des Negativen welches der übergreifende Moment desselben ist»⁵⁴. Bakunin qui chiaramente attinge a piene mani dalla *Wissenschaft der Logik* di Hegel, dove si legge che la contraddizione «ist die Wurzel aller Bewegung und Lebendigkeit; nur insofern etwas in sich selbst eine Widerspruch hat, bewegt es sich, hat Trieb und Thätigkeit»⁵⁵. L'immobilità del positivo

⁵⁰ Vd. S. NEWMAN, *From Bakunin to Lacan. Anti-authoritarianism and the dislocation of power*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2001; ID., *The politics of Postanarchism*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2010.

⁵¹ Per un'indagine complessiva e approfondita del pensiero filosofico bakuniniano si veda P. MCLAUGHLIN, *Mikhail Bakunin: The philosophical basis of his anarchism*, Algora, New York, 2002, in particolare, sul rapporto con Hegel, 155 ss.

⁵² M. LA TORRE, *Il fantasma della legge. Michail Bakunin e la metafisica della libertà*, in P. CHIARELLA (a cura di), *Diritto e potere nel pensiero anarchico*, cit., 127.

⁵³ Sebbene i riferimenti di Bakunin al sistema hegeliano diminuiscano d'intensità nell'evoluzione del suo pensiero, tanto che secondo alcuni egli addirittura si congeda dalla filosofia hegeliana (vd. V. FINOCCHIARO, *Hegel in Urss. Hegelismo e ricezione di Hegel nella Russia sovietica*, in *Materialismo Storico*, 2/2017, vol. III, 220 s.), questo aspetto della prevalenza del negativo resta costante dagli scritti giovanili sino al più tardo *Stato e anarchia*. Si vedano infatti i riferimenti allo hegelismo in quest'ultimo contenuti, M. BAKUNIN, *Stato e anarchia*, Feltrinelli, Milano, 2013, 157 ss.

⁵⁴ ID., *Die Reaction in Deutschland. Ein Fragment von einem Franzosen*, in *Deutsche Jahrbücher*, 249, 1842, 994.

⁵⁵ G. W. F. HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, Schrag Verlag, Nürnberg, 1813, Bd. 1,2, 78 s.



equivale a uno stato di *morto essere* (*totden Sein*), «che è inerte se non è investito da un'attività riflessiva del soggetto»⁵⁶.

«Dans la nature, – scrive Bakunin – tout est mouvement et action: être ne signifie pas autre chose que faire»⁵⁷. Come scrive La Torre, che in proposito parla di un'*ontologia anarchica*, per Bakunin «l'essere è in movimento. [...] L'essere è trasformazione e la cosa [in sé] è ciò che essa fa nel mondo. L'essere è azione, attività. [...] L'essenza, si potrebbe anche dire, è esistenza»⁵⁸. Quest'idea secondo cui «l'essenza della cosa sia tutta "atto"»⁵⁹, nella quale La Torre rinviene l'influsso delle posizioni schellingiane sul pensiero di Bakunin⁶⁰, evidenzia quella «nature contradictoire des choses»⁶¹ che «rende possibile l'auto-creazione della soggettività»⁶².

Hegelianamente, «l'essere – scrive ancora La Torre – è infine ciò c'è voluto», e lo è in virtù e per mezzo della riflessività che, come *puissance d'abstraction*, consente al soggetto di sdoppiarsi⁶³, di elevarsi al di sopra della propria *animalità*, dando così luogo al fenomeno della *volontà*, intesa come facoltà di prendere posizione rispetto alle proprie necessità e al mondo che lo circonda, la quale può infine condurre all'ulteriore stadio della *rivolta*. Da questo andamento per negazione della storia del soggetto si evince chiaramente l'impossibilità per Bakunin di pensare l'individuo con le categorie dell'essenzialismo.

Trascurare questo fondamentale aspetto della teoria bakuniniana, inoltre, ha come effetto quello di favorire il superamento di un paradigma che invece avrebbe molto da dire proprio nel dialogo con il post-strutturalismo. Poiché la storia del soggetto si svolge non in un vuoto

⁵⁶ M. LA TORRE, *Il fantasma della legge*, cit., 126.

⁵⁷ M. BAKUNIN, *Considérations philosophiques sur le fantôme divin, le monde réel et l'Homme*, Entremonde, Genève, 2010, 103.

⁵⁸ M. LA TORRE, *Il fantasma della legge*, cit., 134. Bakunin chiama persino in causa Goethe per sottolineare «qu'aucune chose ne peut avoir réellement dans son intérieur [une nature] qui ne soit manifestée en son extérieur», evocando la risposta data dal poeta tedesco a Albrecht von Haller: «Natur hat weder Kern noch Schale; Alles ist sie mit einem Male», M. BAKUNIN, *Considérations philosophiques*, cit., 95.

⁵⁹ M. LA TORRE, *Il fantasma della legge*, cit., 136.

⁶⁰ A Berlino, in compagnia di Turgenev, Bakunin ha seguito le lezioni di Schelling. Sul confronto tra i due si veda, S. BIELFELDT, *Der Schwere Schritt in die Wirklichkeit: Schelling und Bakunin*, Sagner Verlag, München, 2013.

⁶¹ M. BAKUNIN, *Considérations philosophiques*, cit., 107.

⁶² M. LA TORRE, *Il fantasma della legge*, cit., 137.

⁶³ M. BAKUNIN, *Considérations philosophiques*, cit., 28.

solipsistico bensì nel contesto intersoggettivo della comunità sociale⁶⁴, si pensi alle riflessioni di Bakunin circa l'influenza della società sull'individuo, il cui potenziale d'azione soltanto formale, vuoto, è da essa riempito di contenuto⁶⁵: «ogni individuo umano è il prodotto involontario delle condizioni naturali e sociali in cui è nato e alla cui influenza continua ad essere sottoposto»⁶⁶. Secondo Bakunin, infatti, è la società a *creare* e *formare* gli individui⁶⁷, potendo così esercitare una tirannia persino più forte e più subdola di quella dello stato e dalla quale è assai difficile liberarsi.

Pare chiaro quanto questo discorso, come altri simili diffusi tra gli scritti dell'anarchismo classico, possa proficuamente essere messo in rapporto con gli argomenti post-strutturalisti, in un dialogo che non richiede pertanto quel taglio netto con il passato che alcuni autori invocano.

Emerge quindi la possibilità, e forse l'opportunità, di distinguere tra: un post-anarchismo *forte*, inteso come lettura in chiave anarchica degli argomenti post-strutturalisti con corrispondente dichiarazione di obsolescenza dell'anarchismo classico del quale si auspica un superamento che sostituisca Proudhon, Bakunin e Kropotkin con Foucault, Deleuze e Lyotard; e un post-anarchismo *modesto*⁶⁸, inteso come integrazione di taluni argomenti e metodi post-strutturalisti nel paradigma anarchico, soggetto sì a parziale revisione, ma in una prospettiva interlocutoria che, pur facendo dialogare le vecchie posizioni dell'anarchismo classico con la c.d. post-modernità, permetta di riconoscere «que l'anarchisme dispose de ressources théoriques considérables [...] qui ne se contentent pas de faire

⁶⁴ «La società non è il punto d'arrivo di una vicissitudine esistenziale, bensì è il suo momento iniziale. Lo stato di società precede lo stato di natura nella definizione della soggettività», M. LA TORRE, *Il fantasma della legge*, cit., 142.

⁶⁵ M. BAKUNIN, *Dieu et l'État*, in ID., *Oeuvres*, cit., I, 290.

⁶⁶ ID., *La libertà degli uguali*, a cura di G. BERTI, Elèuthera, Milano, 2000, 174.

⁶⁷ «Elle crée et elle forme tous les individus qui naissent et qui se développent en son sein. Elle fait passer en eux lentement, depuis le premier jour de leur naissance jusqu'à celui de leur mort, toute sa propre nature matérielle, intellectuelle et morale; elle s'individualise pour ainsi dire dans chacun», M. BAKUNIN, *Dieu et l'État*, cit., 289

⁶⁸ Della necessità di una versione più modesta del post-anarchismo parla Benjamin Franks in un contributo nel quale distingue anche tra «A strident, Lyotardian *Postanarchism*, that rejects traditional anarchist concerns [...]. A redemptive *postanarchism*, that seeks the adoption into anarchism of poststructural theory to enrich and enliven exiting practices [...]. A postmodern anarchism (which corresponds to the last version of post-*Marxism*)», B. FRANKS, *Postanarchism: a critical assessment*, in *Journal of Political Ideologies*, 2/2007, 131 (corsivi nel testo).



écho aux analyses de Foucault»⁶⁹, come scrive Colson in risposta all'auspicio di Tomás Ibañez circa l'avvento di un post-anarchismo che rimpiazza l'anarchismo classico⁷⁰.

⁶⁹ D. COLSON, *L'anarchisme, Foucault et les «postmodernes»*. Remarques sur le texte de Tomás Ibañez, in *Réfractons*, 20, 2008, 96.

⁷⁰ T. IBAÑEZ, *Points de vue sur l'anarchisme (et aperçus sur le néo-anarchisme et le postanarchisme)*, in *Réfractons*, 20, 2008, 71-84 (in particolare p. 80)



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

PIETRO NASTASI

Il danno tanatologico: genesi ed evoluzione tra risarcimento *in iure proprio* e trasmissibilità *iure hereditatis*

ABSTRACT - In this work the concept of thanatological damage is analyzed as configured in the Italian legal system and by the sentences of the Court of Cassation that have followed one another from 1925 to today. This work also focuses on the judgment of the Italian Court of Cassation, United Sections, n. 15350 of 22 July 2015 and on the issue of compensation in the event of culpable death as an immediate consequence of the damage caused by an unlawful act, on the courageous Scarano judgment n. 1361/2014 and on the transmissibility to the heirs, to be ascertained case by case, of the terminal biological damage and the non-pecuniary damage, so-called *formido mortis*.

KEYWORDS - legal system and judgment, death and law.

2/2020

PIETRO NASTASI*

Il danno tanatologico: genesi ed evoluzione tra risarcimento *in iure proprio* e trasmissibilità *iure hereditatis* **

SOMMARIO: 1. Determinazione del concetto di danno tanatologico ed ambito applicativo. La sua qualificazione come danno non patrimoniale. – 2. Danno tanatologico e danno biologico: distinzione tra danno derivante dalla perdita della vita e danno alla salute e conseguente individuazione del bene giuridico oggetto di tutela. – 3. Problematiche connesse alla risarcibilità del danno da perdita della vita. – 4. Conclusioni.

1. *Determinazione del concetto di danno tanatologico ed ambito applicativo. La sua qualificazione come danno non patrimoniale.*

Il concetto di danno tanatologico, la sua configurabilità quale «danno da perdita della vita», la sua inclusione nel novero del concetto di danno non patrimoniale ovvero la sua riferibilità all'art. 2043 c.c., ha da sempre suscitato grande interesse nel mondo giuridico, appassionando probabilmente più la dottrina che la giurisprudenza.

Si tratta, invero, di un fuoco mai sopito, pronto a rin vigorirsi ad ogni piè sospinto dinanzi alla prima pronuncia pronta a prestare il fianco a valutazioni critiche.

Un'infinita *querelle* probabilmente favorita dalla scarsa normativa codicistica che ha lasciato ampio spazio ai contributi ermeneutici.

Il danno tanatologico, dal greco θάνατος = morte, per configurarsi in capo ad un soggetto, presuppone la perdita, da parte di quest'ultimo, del bene della propria vita per fatto dannoso altrui.

Nel corso del tempo, dottrina e giurisprudenza hanno coniato diverse definizioni cui ricorrono in materia di risarcimento quali «danno biologico terminale», «danno morale terminale», «danno biologico psichico», «danno catastrofico», «danno catastrofico o catastrofico» e lo stesso sintagma del «danno tanatologico», nonostante sia stato sempre sorprendentemente difficile stabilire in cosa effettivamente consista tale danno e quale sia la definizione più appropriata.

Le difficoltà dell'interprete aumentano nel momento in cui si è di fronte ad una morte «difficile» poiché sorge il conseguente diritto al ristoro

* Dottorando in Ordine giuridico ed economico europeo - Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

da parte degli eredi per il danno da perdita del bene della vita da parte del congiunto scomparso.

L'ipotesi è quella in cui a fianco del danno patito dalla vittima immediata dell'evento, si ponga un elemento ulteriore, il cd. danno parentale, ossia il danno *iure proprio* riportato dai prossimi congiunti della vittima immediata della fattispecie dannosa a causa del medesimo evento che ha colpito quest'ultima. Tale danno colpisce anche, in via autonoma e diretta, i prossimi congiunti della vittima, sia sotto il profilo patrimoniale che sotto quello non patrimoniale.

A tali danni *iure proprio* si affianca il risarcimento dei danni, patrimoniali e non, autonomamente subiti dalla vittima immediata dell'evento dannoso che sia sopravvissuta all'evento stesso.

Se, invece, la vittima dell'evento dannoso non sopravvive, si configura un trasferimento per via successoria dalla vittima primaria deceduta ai suoi eredi del diritto al risarcimento del danno causato «dal morire» ed in tali circostanze si parla di danni *iure successionis* dei prossimi congiunti.

Secondo una parte minoritaria della giurisprudenza di merito la morte rappresenterebbe la massima lesione possibile del bene salute: secondo questa prospettiva, quindi, la vittima dell'illecito letale soffrirebbe, in conseguenza della perdita della vita, un «danno biologico da morte», quantificato facendo riferimento ai criteri di liquidazione invalsi in tema di danno biologico¹. Ad una soluzione opposta si perviene nel caso in cui la morte consegua a brevissima distanza di tempo dall'evento lesivo, perché in queste ipotesi l'offesa non sarebbe in grado di evolvere in un danno all'integrità psico-fisica della persona giuridicamente apprezzabile.

È stato altresì osservato che il bene giuridico della vita non potrebbe essere oggetto di *restitutio in integrum* in quanto fruibile solo dal titolare, ma anche questa critica potrebbe essere superata, ritenuto che è ammessa la risarcibilità del danno permanente².

2. *Danno tanatologico e danno biologico: distinzione tra danno derivante dalla perdita della vita e danno alla salute e conseguente individuazione del bene giuridico oggetto di tutela.*

¹ Per abbondanti riferimenti a questo orientamento giurisprudenziale, v. M.V. DE GIORGI, *Danno*, IX, *Risarcimento del danno da uccisione*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani (1999), 6; G. FACCI, *Il risarcimento del danno in caso di morte*, Cedam, Padova, 2004, 695 ss.

² M. BONA, *Il danno da perdita della vita: osservazioni a sostegno della risarcibilità*, in *Danno resp.* (1999), 623.

Il danno tanatologico costituisce oggetto di dibattito fin dal 1925, quando le Sezioni Unite, con la sentenza n. 3475, assumono sulla questione posizione univoca, sancendo la non risarcibilità *iure hereditatis* del danno in discorso qualora, a seguito di un fatto lesivo, la morte di un soggetto intervenga in maniera immediata o comunque entro uno strettissimo lasso di tempo³.

Tale orientamento rimane granitico e scolpito nel tempo, avallato anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 372 del 1994⁴, e dalla successiva pronuncia delle SS. UU. n. 15350 del 22 luglio 2015⁵ con la quale si approda alla definizione oggi conosciuta di danno tanatologico quale «danno da perdita della vita» risarcibile e trasmissibile *iure hereditatis* solo qualora il soggetto vittima del sinistro sia ancora in vita, lucido e cosciente, anche se in agonia, e trascorra un arco di tempo apprezzabile tra il fatto illecito ed il decesso, di guisa da consentire al soggetto di divenire titolare del credito risarcitorio derivato dal danno morale, altrimenti denominato «danno catastrofico», «danno catastrofe» o «danno morale terminale», a sua volta conseguente alla sofferenza psichica causata dalla penosa coscienza dell'imminente decesso⁶.

³ Cass. sez. un., 22 dicembre 1925, n. 3475, in *Foro.it* (1926), I, 328.

⁴ Corte Costituzionale, 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro.it* (1994), I, 3297, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale e il danno da morte*. Cfr anche, A. VIGLIANISI FERRARO, *Il problema del danno tanatologico*, Cedam, Padova, 2017, 60.

⁵ Cass. Sez. Un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro.it* (2015), I, con note di A. PALMIERI- R. PARDOLESI, *Danno da Morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*; di R. CASO, *Le sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*; di R. SIMONE, *La livella e il (mancato) riconoscimento del danno da perdita della vita: le Sezioni unite tra principio di inerzia e buchi neri nei danni non compensatori*, in *Corr. Giur.*, 2015, 1203, con nota di F.D. BUSNELLI, *Tanto tuonò che... non piove. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*; in *Resp. Civ. prev.* (2015), 1530, con nota di M. BONA, *Sezioni Unite 2015: no alla «loss of life», ma la saga sul danno non patrimoniale continua*; in *Danno resp.* (2015), 889, con nota di V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*; di M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no...*; di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Barbleby*.

⁶ La giurisprudenza, peraltro, non ha mai fornito indicazioni di carattere generale circa la durata minima che lo *spatium vivendi* dovrebbe avere per poter essere definito «apprezzabile», sicché nelle aule giudiziarie si sono potute adottare, al riguardo, le soluzioni più disparate e contraddittorie, in evidente contrasto con elementari esigenze di coerenza nell'applicazione del diritto e di parità di trattamento tra soggetti danneggiati (per tali considerazioni una panoramica al riguardo, v. E. SERANI, *Il risarcimento del danno da morte dopo le Sezioni Unite del 2008: prassi e aporie delle Corti di merito*, in *Danno resp.*, (2013), 1201; B. GUIDI, *Storia e vicissitudini del danno da morte*, in *Danno resp.* (2013), 1208; R.

Il danno «catastrofico» viene riconosciuto anche nelle celeberrime sentenze di San Martino (Cass. Civ., Sez. Unite, 11.11.2008, nn. 26972/2008 e 26973/2008) con le quali è stato sancito il diritto al risarcimento della sofferenza psichica patita dalla persona conscia del sopravvenire della morte, anche nell'ipotesi in cui la morte intervenga dopo un ristretto intervallo di tempo rispetto alle lesioni.

Allo stato, dunque, benché nessun contrasto appaia ravvisabile, nell'ipotesi in cui la morte intervenga a distanza di un considerevole lasso di tempo rispetto al momento in cui si sono prodotte le lesioni, per la prevalente giurisprudenza di legittimità, invece, non sorge in capo alla vittima un credito risarcitorio, trasmissibile agli eredi, nell'ipotesi in cui la morte intervenga immediatamente dopo o comunque a brevissima distanza di tempo rispetto alle lesioni personali atteso che per la Suprema Corte la cessazione della vita coincide con la perdita della capacità giuridica individuale.

La lesione dell'integrità fisica con esito letale intervenuto immediatamente dopo rispetto alle lesioni o comunque a brevissima distanza di tempo non può essere definito infatti quale danno biologico atteso che la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute poiché incide sul bene vita

Il Giudice delle leggi, con la richiamata sentenza del 1994, n. 372, all'interno di un più corposo intervento di riordinamento delle varie figure di danno – dopo aver stabilito che anche il danno biologico, come qualsiasi altra forma di danno ingiusto, è risarcibile soltanto qualora dalla lesione scaturisca un effettivo pregiudizio e dopo aver opportunamente distinto il danno morale dal danno psichico, circoscrivendo il primo al patema d'animo o ad uno stato d'angoscia transeunte, e riconducendo il secondo al momento terminale di un processo patogeno originato dal medesimo

PUCELLA, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2014), II, 270.

Postilla di aggiornamento, in *Enc. giur.*, XI, Treccani (2008), 1; M. DELLA CASA, *Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte*, in *Riv. dir. civ.* (2015), 1283. Le difficoltà di quantificazione del lasso di tempo «apprezzabile» che, per l'orientamento tradizionale, deve intercorrere tra l'evento lesivo e la morte affinché maturi il credito risarcitorio nel patrimonio della vittima sono state, peraltro, ridimensionate da Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., affermando che, dal punto di vista giuridico, è sempre necessaria l'individuazione di «un momento convenzionale di conclusione del processo mortale [...] al quale legare la nascita del credito», individuazione che, per quanto si presenti delicata e incerta, per la Suprema Corte sarebbe, comunque, «del tutto conforme a quella che il giudice è costantemente impegnato ad operare quando è costretto a fare applicazione di concetti generali e astratti».

turbamento dell'equilibrio psichico che degenera in un trauma fisico o psichico – si occupa anche del danno esistenziale, modellando l'art. 2059 nella forma oggi nota, distinguendo tra danni morali di cui all'art. 2059 e tutti gli altri tipi di danno risarcibili come forme di danno ingiusto ex art. 2043 c.c. tra cui figura anche il danno alla salute.

La Corte Costituzionale traccia così una precisa distinzione tra la vita e la salute, quali «beni giuridici diversi, oggetto di diritti distinti» con il corollario che «la lesione dell'integrità fisica con esito letale non può considerarsi una semplice sotto ipotesi di lesione alla salute in senso proprio, la quale implica la permanenza in vita della vittima, sia pur con menomazioni invalidanti»⁷

La costante giurisprudenza sul punto non sembra essere stata intaccata nemmeno dalla c.d. sentenza Scarano (Cass. Civ. n. 1361/2014), la quale ha affermato il principio secondo cui deve ritenersi risarcibile *iure hereditatis* il danno da perdita della vita immediatamente conseguente alle lesioni riportate a seguito di un incidente stradale.

Per la Suprema Corte il risarcimento per il danno da perdita della vita deve essere «equo» ai sensi dell'art. 1226 c.c., rimettendo «alla prudente discrezionalità del giudice di merito l'individuazione dei criteri di relativa valutazione», considerando inadeguata sia «una soluzione di carattere meramente soggettivo» sia la «determinazione di un ammontare uguale per tutti, a prescindere cioè dalla relativa personalizzazione, in considerazione in particolare dell'età, delle condizioni di salute e delle speranze di vita futura, dell'attività svolta, delle condizioni personali e familiari della vittima»⁸.

⁷ Sul punto vi è ampia disamina in D. RICCIO, *Il danno da privazione della vita*, in *Riv. giur. Molise e Sannio* (2003) fasc. 1, 53-68. v. D. RICCIO, *Il danno da privazione della vita tra incertezze terminologiche e difficoltà risarcitorie*, in *Riv. giur. Molise e Sannio* (2005), fasc. 3, 14-20. *Orientate alla irrisarcibilità del danno da morte* v. *Corte cost.*, 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.* (1994), I, c. 3297, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte*, 52-68,

⁸ Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.* (2014), I, 720, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Di bianco o di nero: la «querelle» sul danno da morte*; di R. SIMONE, *Il danno per la perdita della vita: «die hard» 2.0*; di R. CASO, *Il bene della vita e la struttura della responsabilità civile*; di C. MEDICI, *Danno da morte, responsabilità civile e ingegneria sociale*; in *Danno resp.* (2014), 363, con note di G. PONZANELLI, R. FOFFA, R. PARDOLESI, R. SIMONE. Prima di questa pronuncia, peraltro, la stessa Suprema Corte aveva invocato una revisione dell'orientamento tradizionale con l'*obiterdictum* di Cass. 12 luglio 2006, n. 15760, in *Corr. giur.* (2006), 1375. Cfr anche A. VIGLIANISI FERRARO, *Il problema del danno tanatologico*, cit., 80.

Per i Giudici della Terza Sezione i concetti sino a qui elaborati sia di danno biologico terminale che di danno catastrofico sollevano problematiche relative all'esatta individuazione di quel «lasso di tempo» necessario per il riconoscimento del danno biologico lasciando ingiustamente priva di tutela l'ipotesi in cui un soggetto versi in uno stato di inconsapevole agonia, nella totale assenza di diritto al risarcimento per la perdita della vita.

Nella sentenza n. 1361 del 2014 la Suprema Corte riconosce il danno da morte per un fatto illecito altrui come un danno a un bene assoluto e inviolabile della persona umana, ossia al bene vita, muovendo dal presupposto che tale bene è, come tale, sempre risarcibile *in re ipsa*.

In altre parole, la perdita della vita deve essere sempre ristorata, a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia; e ciò anche in caso di morte immediata o istantanea, con la conseguenza che costituisce danno non patrimoniale risarcibile anche «il danno da perdita della vita, quale bene supremo dell'individuo, oggetto di un diritto assoluto e inviolabile garantito in via primaria da parte dell'Ordinamento, anche sul piano della tutela civilistica»⁹.

⁹ Una soluzione ancora diversa, peraltro caratterizzata da estrema genericità e scarsa utilità pratica (A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Di bianco o di nero: la «querelle» sul danno da morte*, cit., 764), è infine quella proposta dalla sentenza di Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, cit., la quale, dopo avere enfatizzato la necessità che il risarcimento per il danno da perdita della vita sia «equo» ai sensi dell'art. 1226 c.c., ha concluso nel senso dell'ammissibilità di «qualsiasi modalità che consenta di addivenire ad una valutazione equa [...] senza dare in ogni caso ingresso a duplicazioni risarcitorie» e ha, sostanzialmente, rimesso «alla prudente discrezionalità del giudice di merito l'individuazione dei criteri di relativa valutazione», al contempo ammonendo quest'ultimo dell'inadeguatezza tanto di «una soluzione di carattere meramente soggettivo» quanto della «determinazione di un ammontare uguale per tutti, a prescindere cioè dalla relativa personalizzazione, in considerazione in particolare dell'età, delle condizioni di salute e delle speranze di vita futura, dell'attività svolta, delle condizioni personali e familiari della vittima». È interessante osservare che, prima di giungere alle affermazioni appena sopra riportate, la sentenza in discorso menziona, pur non ritenendo di volerlo adottare, il c.d. criterio del rischio equivalente, elaborato dalla dottrina nordamericana dell'analisi economica del diritto e talvolta evocato anche dalla dottrina italiana quale utile modello da seguire per la liquidazione del danno tanatologico (v., per esempio, C. MEDICI, *Morte immediata della vittima e aporie della responsabilità civile: verso la caduta di un dogma*, in *Danno resp.* (2010), 1011 ss.; R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONTATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, II. Applicazioni*, 2a ed., Il Mulino, Bologna, 2006, 192 ss.). Si tratta di un parametro di natura statistico-matematica che conosce due varianti, una soggettiva e una oggettiva. La prima, muovendo dall'osservazione dei comportamenti e delle scelte di vita della vittima, mira ad imporre al danneggiante di risarcire gli eredi della stessa di un

Il «danno da perdita della vita, insomma, è altro e diverso, in ragione del diverso bene giuridico tutelato, dal danno alla salute, e si differenzia pertanto dal danno biologico terminale e dal danno morale terminale (o catastrofe o catastrofico) della vittima, rilevando *ex se* nella sua oggettività di perdita del principale bene dell'uomo costituito dalla vita» e va riconosciuto «a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia».

La sentenza Scarano sostiene la necessità che il risarcimento per il danno da perdita della vita sia «equo» ai sensi dell'art. 1226 c.c., ammettendo «qualsiasi modalità che consenta di addivenire ad una valutazione equa [...] senza dare in ogni caso ingresso a duplicazioni risarcitorie» rimettendo «alla prudente discrezionalità del giudice di merito l'individuazione dei criteri di relativa valutazione», al contempo ammonendo quest'ultimo dell'inadeguatezza tanto di «una soluzione di carattere meramente soggettivo» quanto della «determinazione di un ammontare uguale per tutti, a prescindere cioè dalla relativa personalizzazione, in considerazione in particolare dell'età, delle condizioni di salute e delle speranze di vita futura, dell'attività svolta, delle condizioni personali e familiari della vittima»¹⁰.

Secondo la Terza Sezione, in caso di morte immediata o comunque in un brevissimo lasso di tempo dalle lesioni, il danno tanatologico si configura quale danno-evento e non come danno-conseguenza; e ciò in quanto il diritto al risarcimento sorge nel momento dell'evento lesivo, quando il soggetto ha ancora capacità giuridica e, quindi, è idoneo a

importo pari a quello che il defunto sarebbe stato disposto a pagare (o accettare) al fine di evitare (o di sostenere) il rischio dell'illecito mortale.

La seconda, invece, propone di trasferire la valorizzazione della riduzione del rischio per la vita del singolo individuo a una collettività opportunamente definita (i lavoratori di un certo settore, gli abitanti di una certa zona geografica, ecc.), la quale viene chiamata a determinare la somma di denaro che sarebbe disposta a pagare per ridurre le probabilità di morte di una persona, di identità non nota, appartenente alla comunità stessa. Entrambe le varianti, come si diceva sopra, sono state, tuttavia, considerate non meritevoli di essere seguite dalla sentenza in discorso: la prima, perché «prospetta un rischio di sovrastima che ciascuno può assegnare al valore della propria vita»; la seconda, in quanto «prospetta un rischio di indifferenza nei confronti della vittima e delle circostanze del caso concreto» (per ulteriori dettagli, v., ancora, C. MEDICI, *Morte immediata della vittima e aporie della responsabilità civile*, cit., spec. 1028 s.).

¹⁰ C.M. BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, in *Ius Civ.* (2016), 275.

divenire titolare del suddetto credito risarcitorio che, con il decesso, viene poi alienato agli eredi.

Il risarcimento di questo danno ha una «funzione compensativa, e il relativo diritto è trasmissibile *iure hereditatis*».

Tali assunti evidentemente si pongono in aperto ed assoluto contrasto con la giurisprudenza di legittimità sino a quel momento consolidatasi.

E così, prevedibilmente, a distanza di due mesi dalla pubblicazione della sentenza, la Terza Sezione civile, con ordinanza del 4 marzo 2014, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, rilevando l'esistenza di un contrasto consapevole tra la sentenza 23 gennaio 2014 n. 1361, che ha ammesso la risarcibilità, *iure hereditatis*, del danno derivante da perdita della vita verificatasi immediatamente dopo le lesioni riportate in un incidente stradale e il precedente contrario e costante orientamento – risalente alla sentenza delle sezioni unite n. 3475 del 1925, supportato anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 372 del 1994 e in decisioni delle sezioni unite (da ultimo, la n. 26972/2008) – che hanno negato tale risarcibilità.

Le Sezioni Unite con la sentenza n. 15350 del 22 luglio 2015 ribadiscono l'orientamento tralaticio.

Pertanto – premesso che nessun conflitto appare ravvisabile, sia in dottrina che in giurisprudenza, circa la configurabilità di un diritto risarcitorio *iure hereditatis*, nell'ipotesi in cui la morte intervenga a distanza di un apprezzabile lasso di tempo rispetto al momento in cui si sono prodotte le lesioni in capo al soggetto – deve invece escludersi che, nell'ipotesi in cui la morte intervenga immediatamente dopo o comunque a brevissima distanza di tempo rispetto alle lesioni personali, sorga in capo alla vittima un credito risarcitorio trasmissibile agli eredi¹¹.

Per la Cassazione, quindi, la cessazione della vita coincide con la perdita della capacità giuridica individuale.

La lesione dell'integrità fisica con esito letale intervenuto immediatamente dopo rispetto alle lesioni o comunque a brevissima

¹¹ In questa sede non è certamente possibile soffermarsi ad analizzare compiutamente tutte le problematiche sollevate dall'individuazione dei familiari legittimati ad agire iure proprio, delle condizioni in presenza delle quali essi possono pretendere un risarcimento e delle tipologie di danni (soprattutto non patrimoniali) che vanno loro riconosciuti. Nell'amplessima bibliografia in argomento, v., in particolare, M.V. DE GIORGI, *Danno, IX) Risarcimento del danno da uccisione. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani (2008), 1 ss., nonché M. FRANZONI, *Il diritto al risarcimento del danno*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, I, *La successione ereditaria*, Giuffrè, Milano, 2009, 549 ss.

distanza di tempo non può essere definito quale danno biologico atteso che la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute poiché incide sul bene vita.

Come suggerito anche dal Giudice delle leggi nella richiamata sentenza del 1994, affinché sia individuabile una responsabilità civile non è sufficiente solo che intervenga la lesione di una situazione giuridica soggettiva ma è altresì necessario che contestualmente subentri una diminuzione o una privazione di un valore personale, non patrimoniale, alla quale il risarcimento deve essere equitativamente commisurato.

3. *Problematiche connesse alla risarcibilità del danno da perdita della vita.*

Nel corso del tempo non sembra emergere nessuna ragione convincente ed idonea a giustificare il superamento del granitico orientamento giurisprudenziale creatosi col tempo e, più in particolare, con la sentenza n. 1361/2014 della Terza sezione tant'è che anche le Sezioni Unite del 2015, spazzando via ogni critica mossa dalla Terza Sezione con, si limitano esclusivamente a sostenere che non sono state dedotte argomentazioni decisive volte a superare l'orientamento tradizionale.

Si ammette la risarcibilità e, con essa, la successione del diritto *iure hereditatis* solo nelle ipotesi di danno biologico terminale o di danno catastrofico quale danno morale e non anche nell'ipotesi di danno tanatologico o di perdita della vita riportandosi alla celeberrima opera di Epicuro "Lettera sulla felicità a Meneceo" ove afferma che «Quindi il più temibile dei mali, la morte, non è nulla per noi, perché quando ci siamo noi non c'è più la morte, quando c'è la morte non ci siamo più noi. La morte quindi è nulla, per i vivi come per i morti: perché per i vivi essa non c'è ancora, mentre per quanto riguarda i morti, sono essi stessi a non esserci».

Negando la risarcibilità del danno da morte, si perverrebbe all'inaccettabile risultato di premiare l'autore dell'illecito, per il quale diverrebbe «più conveniente uccidere che ferire»¹²

Secondo i sostenitori di tale teoria, ritenuta la superiorità del bene giuridico della vita rispetto al bene giuridico della salute, un ordinamento che consenta di risarcire la (meno grave) lesione della salute, ma non la (più grave) perdita della vita, incorrerebbe fatalmente in un esito paradossale, per l'appunto rendendo economicamente meno oneroso uccidere una

¹² Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.* (2015), I, con note di M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no ...*, 903.

persona piuttosto che ferirla¹³; senza contare poi, sempre sul piano dell'esigenza di coerenza complessiva dell'ordinamento, che vi sono anche altri diritti della persona di rango sicuramente inferiore al diritto alla vita, quali i diritti attinenti alla sfera della personalità morale dell'individuo, che senz'altro godono di tutela postmortale¹⁴.

Un altro orientamento, tuttavia, sostiene che l'argomento secondo cui «è più conveniente uccidere che ferire», è in realtà solo suggestivo, perché non corrisponde al vero che [...] dall'applicazione della disciplina vigente le conseguenze economiche dell'illecita privazione della vita siano in concreto meno onerose per l'autore dell'illecito di quelle che derivano dalle lesioni personali, essendo già riconosciuto ai congiunti (o familiari) della vittima dell'uccisione la legittimazione ad agire *iure proprio* per vedersi risarcire i danni, patrimoniali e non patrimoniali, direttamente subiti in conseguenza dell'illecito mortale¹⁵; e questi soggetti possono concorrere con gli eredi che agiscono, *iure hereditario*, per il risarcimento dei danni sofferti dal defunto prima della morte, ma più spesso coincidono con gli eredi stessi, cumulando quindi pretese risarcitorie *iure proprio* e pretese risarcitorie *iure hereditario* ¹⁶.

Inoltre, che risarcire il danno all'integrità psico-fisica ma non quello da uccisione non sia una soluzione inappropriata sarebbe corollario, sempre secondo questa prospettiva, della mancanza di copertura costituzionale del principio di integrale riparazione del danno¹⁷.

¹³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3a ed., Giuffrè, Milano, 2006, 67 e P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trat. Dir. Civ.*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino, 1998, 506.

¹⁴ L'osservazione è di A. GALASSO, *Il danno tanatologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 262. Per una trattazione del tema appena richiamata nel testo v., da ultimo, M. TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I, *I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, Esi, Napoli, 2014, 825 ss.

¹⁵ Sull'esigenza di mitigare la sensazione di ingiustizia derivante dal non ammettere il risarcimento del danno da perdita della vita «*iure hereditario*» cfr F.P. PATTI, *Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto*, in *Resp. civ. prev.* (2014), 777.

¹⁶ M.V. DE GIORGI, *Danno*, IX) *Risarcimento del danno da uccisione*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani (2008), p.1 ss., nonché M. FRANZONI, *Il diritto al risarcimento del danno*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, I, *La successione ereditaria*, Giuffrè, Milano, 2009, 549 ss.

¹⁷ G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 1008, con nota di L. D'ACUNTO, *Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita*, 910, secondo cui tale affermazione, «pur svolta in subordine, pare ammettere che la situazione della morte immediata sia oggi caratterizzata da una sottovalutazione del risarcimento rispetto a quella del macroleso». Più in generale sul tema,

In conclusione, dunque, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, si può ritenere fermo il consolidato principio giurisprudenziale che vede la distinzione tra danno biologico terminale e catastrofico, entrambi trasmissibili *iure hereditatis*, ed il danno tanatologico che, non essendo suscettibile di tutela risarcitoria, non è trasmissibile agli eredi.

Resta ferma la possibilità per i congiunti di chiedere un risarcimento *iure proprio* per il danno subito dalla perdita del rapporto parentale.

A tale autorevole orientamento, secondo cui non è risarcibile il danno «tanatologico», in sé considerato, è stata data, fino ad oggi, continuità dalla successiva giurisprudenza di legittimità¹⁸.

4. Conclusioni

La centenaria posizione assunta sul punto da dottrina e giurisprudenza non sembra essere mutata nemmeno con la sentenza n. 15350 del 2015 ove le Sezioni Unite della Corte di legittimità scelgono di restare arroccate sulla quasi centenaria posizione assunta da dottrina e giurisprudenza, mantenendo una visione esclusivamente biologica dell'evento morte¹⁹.

Se, invece, il Supremo Consesso, sposando in parte l'orientamento proposto dalla sentenza Scarano, avesse posto in rilievo anche l'evento morte verificatosi immediatamente dopo il fatto lesivo si sarebbe potuti giungere al risultato di considerare il danno mortale come un danno ingiusto in quanto incide sul diritto alla vita, costituzionalmente sancito e garantito dall'art. 2 della Costituzione, tutelato anche dalla normativa penale ai sensi dell'art. 575 del codice penale.

v., per tutti, G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale della riparazione del danno*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. BUSSANI, Esi, Napoli, 2006, 67 ss.

¹⁸ Cfr Cass. civ. n. 5684 del 2016, n. 14940 del 2014, ordinanza n. 909 del 2018, Cass. n.18568 del 2018, Cass. n. 26727/2018, Cass. n. 8292 del 2019.

¹⁹ Cass. civ. Sez. Un. 22/07/2015 n°15350 in *Foro.it* (2015), I, 2682, cit., con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, in *Giur.it* (2015), 2063 ss, con nota di P. VALORE, *Le Sezioni unite confermano l'irrisarcibilità agli eredi del c.d danno "tanatologico"*; In *Danno e resp.* (2015), 889 e ss, con note di V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*; in *Nuova Giur. Comm.*, (2015), I, 1008, cit., con commenti di L. D'ACUNTO, *Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita*.

Il danno da morte non può essere escluso dal novero dei danni alla persona poiché incide sulla vita.

Dalla vita deriva l'estrinsecazione di tutte le altre manifestazioni della personalità.

Considerando la morte come un'ingiusta *deminutio* della persona, allora il danno mortale non può che essere considerato come un danno ingiusto.

Se poi l'evento morte deriva a sua volta da un danno cagionato dalla circolazione di veicoli, e nel qual caso si fossero prodotte al contempo lesioni (mortalità) nei confronti di un soggetto ed il danneggiamento del mezzo sul quale il soggetto viaggiava, si verifica per assurdo l'ipotesi che solo il diritto al risarcimento del danno materiale subito dal veicolo viene trasmesso *iure hereditario* agli eredi, nonostante la circostanza che il *de cuius* non potrà mai apprezzare la perdita subita.

Ciò non può non costituire un allarme per la «coscienza sociale» e nonostante le Sezioni Unite abbiano affermato che la coscienza sociale (richiamata dalla sentenza Scarano) non possa rappresentare un criterio legittimo per orientare l'attività dell'interprete del diritto positivo, essa in ogni caso può essere considerata un sintomo per rilevare un'eventuale illogicità del sistema

Ritenuto che i Giudici sono soggetti al vincolo della motivazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione allora i provvedimenti devono essere, oltre che motivati, anche logici e la logicità viene inevitabilmente meno quando si nega la risarcibilità di un diritto tutelato dall'ordinamento.

Sostenere il principio secondo cui è preferibile uccidere che ferire e che il più temibile dei mali, la morte, non è nulla per noi, perché quando ci siamo noi non c'è più la morte, è illogico, e non condivisibile dalla coscienza sociale²⁰.

Con la sentenza n. 4146/2019, la Suprema Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi sulla risarcibilità del danno tanatologico da parte dei congiunti della vittima deceduta a seguito di incidente stradale, ribadendo, conformemente all'orientamento offerto dalle Sezioni Unite con la sentenza 15350/2015 che pone il danno al centro del sistema di responsabilità civile, che «*se la morte è immediata o segue alle lesioni entro brevissimo tempo, non sussiste diritto al risarcimento del danno*». Secondo gli Ermellini, infatti, è configurabile il diritto al risarcimento del danno nei confronti degli eredi

²⁰ Corte Cost. n. 372 del 1994; Cass. n. 4991 del 1996; n. 1704 del 1997; n. 3592 del 1997; n. 5136 del 1998; n. 6404 del 1998; n. 12083 del 1998, n. 491 del 1999, n. 2134 del 2000; n. 517 del 2006, n. 6946 del 2007, n. 12253 del 2007.

2/2020

iure hereditatis solo qualora il soggetto coinvolto nel sinistro sopravviva per un lasso di tempo apprezzabile oppure, nonostante sia intervenuta la morte dopo un brevissimo tempo, la vittima sia rimasta cosciente per un periodo sufficiente per percepire la sofferenza ed il patema d'animo derivanti dalla sensazione di una morte imminente. Qualora invece dal sinistro scaturisca una morte immediata, ad essere leso sarà il bene «vita», fruibile solo dal suo titolare, non reintegrabile per equivalente, irrisarcibile per l'assenza di un soggetto nel cui patrimonio possano rientrare i relativi diritti nel momento in cui si verifica l'evento dannoso, in quanto morto, ed indipendente rispetto al «diritto alla salute».

Anche con l'ordinanza n. 18056/2019 la Suprema Corte di Cassazione ha ribadito che i due pregiudizi risarcibili sono il danno biologico temporaneo ed il danno non patrimoniale consistito nella c.d. *formido mortis* specificando che il danno non patrimoniale da uccisione è quello sofferto da una persona ferita che, sopravvissuta in maniera cosciente e consapevole delle inevitabili conseguenze delle ferite riportate per un apprezzabile periodo di tempo, muore successivamente proprio a causa di tali lesioni.

È proprio tale stato di coscienza che fa sussistere il danno non patrimoniale c.d. «da lucida agonia» che comprende la paura della morte, l'agonia provocata dalle ferite, il dispiacere di lasciare i propri cari, la disperazione del perdere la vita e così via, indipendentemente dalla durata effettiva della sopravvivenza poiché «anche una sopravvivenza di pochi minuti, infatti, può consentire alla vittima di percepire la propria fine imminente, mentre - al contrario - una lunga sopravvivenza in totale stato di incoscienza non consentirebbe di affermare che la vittima abbia avuto consapevolezza della propria morte».

Secondo la Corte la persona ferita che non muoia immediatamente acquista e trasmette agli eredi il diritto al risarcimento sia del danno biologico temporaneo, che di norma sussisterà solo per sopravvivenze in stato di coscienza superiori alle 24 ore (ovvero la durata minima per convenzione medico legale di apprezzabilità dell'invalidità temporanea), sia del danno non patrimoniale consistito nella c.d. *formido mortis*, da accertare caso per caso, qualora sia provato che la vittima sia stato consapevole, durante l'agonia dell'imminente sopravvenienza dell'evento morte.

Ancora più recente è la c.d. Sentenza San Martino n. 28989/2019, emanata successivamente al ricorso presentato dai parenti di un soggetto deceduto a causa di un'infezione contratta durante una degenza ospedaliera al fine di ottenere il risarcimento sia del c.d. danno tanatologico

trasmissibile *iure hereditatis*, ovvero della sofferenza psichica patita dalla vittima ed ereditata, sia della sofferenza patita personalmente in quanto congiunto.

Ripercorrendo la scia delle celeberrime Sezioni Unite, con tale pronuncia viene espressamente esclusa la risarcibilità del danno c.d. «da perdita della vita» che non può costituire un'ulteriore categoria di danno autonomamente risarcibile, in aggiunta al danno tanatologico, e ribadito il concetto di unitarietà del danno morale e di non duplicabilità delle voci di danno eventualmente risarcibile in quanto ivi già ricomprese.

Da ultimo, con l'ordinanza n. 5448/2020 la Corte di Cassazione, adita dagli eredi di una donna vittima di incidente stradale e deceduta dopo 6 giorni di ricovero in stato comatoso, ha confermato la sussistenza di sottocategorie di danno già elaborate da dottrina e giurisprudenza e riconosciuto, sia *iure proprio* che *iure hereditatis*, la risarcibilità di figure più specifiche come il danno «tanatologico terminale» ed il «danno catastrofico».

Nel caso di specie la domanda di risarcimento del danno è stata rigettata in quanto, nonostante fosse trascorso un apprezzabile periodo di tempo tra le lesioni e la morte, non era comunque configurabile il danno morale c.d. terminale risarcibile solo se la vittima sia stata in grado di comprendere che la propria fine era imminente.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

DANIELE CORASANITI

La tutela giuridica dei migranti ambientali

ABSTRACT - Although there is no empirical evidence on the relationship between global warming and forced migration, a heated doctrinal and jurisprudential debate is looming over the type of legal protection applicable to these forms of migration. On the one hand, there are those who intend to extend the Geneva Convention to protect this type of migration, on the other, there are those who see complementary legislation as the only tool that can be envisaged. Starting from the scientific evidence, this paper has the objective of offering an overview of the topic, focusing attention on the suitability or otherwise of the current system to provide adequate and consistent protection spaces to the phenomena in progress. Finally, a transversal reflection will be reached on the possible interpretative keys outlined in the future.

KEYWORDS - Climate Change; Enviromental Refugees; Geneva Convention; Refugees; Teitiota.

2/2020

DANIELE CORASANITI*

La tutela giuridica dei migranti ambientali**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il nesso fra il cambiamento climatico e le migrazioni: numeri, dati e rilievi critici - 3. La (discussa) nozione di rifugiato climatico alla luce della Convenzione di Ginevra - 3.1. Il caso Teitiota - 4. Normative regionali e nazionali di carattere complementare - 5. Conclusioni e considerazioni finali.

1. Premessa

Nel suo ultimo rapporto sul clima, l'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), organismo intergovernativo delle Nazioni Unite che studia gli aspetti di maggiore rilevanza del cambiamento climatico, ha evidenziato che le attività umane sono la causa di circa 1,0° C di riscaldamento globale rispetto ai livelli preindustriali e che l'aumento di temperatura dovuto a tali attività dovrebbe raggiungere la soglia di 1,5° C tra il 2030 e il 2052¹.

Tali dati sono confermati dal Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (UNEP), che è costante nel rilevare che a partire dagli anni '90 le catastrofi collegate al cambiamento climatico sono aumentate del 350%; e per lo più le temperature medie stagionali registrate negli ultimi tre anni sono state sempre più alte di quelle dell'epoca preindustriale².

L'aumento di temperatura ha prodotto ed ingenera costantemente numerosi effetti secondari, come il degrado del suolo, la deforestazione, la desertificazione e i fenomeni di siccità, che contribuiscono a determinare un mutamento repentino di scenari politici, economici, sociali e culturali.

A ciò, inoltre, si aggiunge una sempre maggiore vastità di pericoli naturali, come cicloni tropicali, uragani e terremoti, che colpiscono individui e comunità, determinando la necessità imminente per milioni di persone di muoversi dai propri luoghi di origine o di dimora verso nuovi *habitat* in cui trovare rifugio.

Da un lato, quindi, appare palese alla comunità internazionale che di fronte al tema del *global warming* occorre modificare le politiche energetiche dei Paesi industrializzati, implementando azioni radicali a sostegno di un taglio delle emissioni globali di almeno il 45% entro il 2030 e del 100% entro

* Diplomato presso la scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università Magna Græcia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ IPCC, *Global Warming of 1.5 °C*, 2018.

² UNEP, *Programme Performance Report 2018, 2019*.

il 2050, affiancate da investimenti in tecnologie innovative nei paesi poveri e non industrializzati³.

D'altro canto, se il tema del cambiamento climatico abbraccia sempre di più la sensibilità di istituzioni, soggetti politici e cittadini comuni, scalando la piramide delle priorità nell'agenda dei governi, la questione dei c.d. migranti ambientali e/o climatici resta ancora avvolta nella nebbia, sfumata da differenti e contrastanti approcci sia statistici che metodologici, dai quali proviene anche una notevole difficoltà di qualificazione sul piano giuridico.

Sebbene, infatti, sono notevoli ormai gli studi sul collegamento tra cambiamenti climatici e migrazioni forzate, non c'è ancora un quadro unitario in grado di fornire una nozione adeguata su cos'è un migrante ambientale, quanti sono, ed in definitiva se ed in quali circostanze può essere utilizzato il termine rifugiato.

Tale elaborato, dunque, senza nutrire pretese di completezza, si propone di esaminare tale questione partendo dalle evidenze a cui si è giunti sino ad ora in seno alla comunità scientifica sul collegamento diretto fra cambiamenti climatici e migrazioni forzate. Si focalizzerà quindi l'attenzione sui profili dottrinali e giurisprudenziali concernenti la relativa protezione giuridica applicabile ed in seguito si cercherà di delineare un quadro unitario che renda merito dell'idoneità o meno dell'ordinamento vigente a fornire spazi di protezione adeguati e coerenti ai fenomeni in atto.

Infine, si giungerà ad una riflessione circa le chiavi di lettura delineabili in futuro sull'argomento.

2. Il nesso fra il cambiamento climatico e le migrazioni: numeri, dati e rilievi critici.

L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) e l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (IOM) hanno riferito, in passato, di una cifra che oscilla fra i 200 e i 250 milioni di profughi ambientali entro il 2050, considerando una media di 6 milioni all'anno di persone che si sposteranno a causa di un evento legato al clima o in base ad altri fattori ambientali.

Oltre a ciò, l'IDMC, il Centro di monitoraggio sugli sfollati interni, nel suo esclusivo modello di rischio di disastro globale sviluppato dall'Ufficio delle Nazioni Unite per la riduzione dei rischi di disastro (UNISDR), ha

³ *Ibidem.*

affermato che una media di circa 14 milioni di persone ogni anno saranno probabilmente sfollate a livello globale in futuro a causa di rischi improvvisi (terremoto, tsunami, alluvioni, venti ciclonici e mareggiate)⁴.

Tali cifre sono state offerte timidamente dagli stessi osservatori, i quali hanno avvertito che la maggiore difficoltà nell'osservazione dei fenomeni derivanti dal riscaldamento globale è proprio quella di stabilire con esattezza la loro correlazione con le migrazioni.

Non sarà inopportuno, a tal riguardo, un breve *excursus* storico circa gli studi portati avanti sulla questione.

Nel primo rapporto commissionato dall'UNEP nel 1985, lo studioso egiziano Hassam El-Hinnawi riferiva di un numero di sfollati pari a 30 milioni a causa di disastri ambientali⁵.

Al suo seguito, tre anni più tardi, in un articolo del *World Watch Institute*, Jodi Jacobson, adottando un metodo simile a quello di El-Hinnawi⁶, propose una cifra di 135 milioni di sfollati per motivi climatici⁷.

Successivamente, a cavallo tra il 1995 e 1996, Norman Myers, ricercatore dell'Università di Oxford, considerando che allo stato dell'epoca fossero 25 milioni le persone già migrate per motivi ambientali, attraverso una compilazione dei report regionali di ogni singola zona interessata da fenomeni legati al riscaldamento globale, giunse alla conclusione che entro il 2050 sarebbero state 200 milioni le persone costrette a migrare con una media di sei milioni all'anno⁸.

⁴ IDMC, *Global Report on Internal Displacement*, 2019. La stima è leggermente in calo rispetto all'anno precedente, in cui il numero complessivo degli sfollati interni si attestava ad una cifra di 30,6 milioni di persone, di cui 18,8 milioni a causa di disastri naturali.

⁵ E. EL-HINNAWI, *Environmental Refugees*, UNEP, Nairobi, 1985.

⁶ J. JACOBSON, *Environmental refugees: a yardstick of habitability*, Worldwatch paper, n. 86, Washington, 1988. Sia Jacobson che El-Hinnawi, infatti, hanno compiuto le loro stime distinguendo tra: a) spostamenti temporanei associati a stress ambientale temporaneo, b) spostamenti permanenti anche associati a stress ambientale di tipo sia permanente che temporaneo, c) spostamenti permanenti dovuti a un progressivo cambiamento climatico e al termine delle risorse energetiche

⁷ *Ibidem*

⁸ N. MYERS, *Environmental Refugees: An emergent security issue*, 13th Economic Forum, Praga, maggio 2005. In particolare Myers osservò che i migranti ambientali provenivano da alcune zone soggette e fenomeni ambientali di intensa gravità quali l'Africa sub-sahariana, la Cina, l'India, il Messico o l'America Centrale. Diversi anni dopo lo stesso Myers dichiarò che quella stima era prettamente "conservativa", dovendo essere corretta in ottica espansiva.

I numeri ebbero risalto sia fra i media che nella comunità scientifica, con numerosi studi avanzati negli anni successivi che seguivano le stime proposte prima da El-Hinnawi e Jacobson e poi da Myers⁹.

Tuttavia, ben presto, numerosi osservatori internazionali evidenziarono che molti dei *report* realizzati difettavano di un'attenta disamina dei nessi di causa ed effetto, perseguendo un obiettivo per lo più allarmistico che la ricerca di una rigorosa realtà scientifica¹⁰.

Conseguentemente, per primo lo stesso IOM ha avanzato dubbi circa la possibilità di accreditare *in toto* tali dati, tracciando una distinzione tra a) movimenti di emergenza e movimenti ad esordio lento, b) movimenti temporanei, estesi e permanenti, c) movimenti interni e internazionali¹¹.

Di fronte tale complessità, gli studi più recenti nell'ambito si sono soffermati sulla possibilità di introdurre ulteriori metodologie alternative al

⁹ Cfr. M. CONISBEE, A. SIMMS, *Environmental Refugees. The Case for Recognition*. New Economics Foundation, Londra, 2003; A.H. WESTING, *Environmental refugees: a growing category of displaced persons*. *Environmental Conservation*, 1997.

¹⁰ F. GEMENNE, *Why the numbers don't add up: A review of estimates and predictions of people displaced by environmental changes*, in *Global Environmental Change*, 2011: «Many of the authors who had provided estimates of current and past numbers of people displaced by environmental change also provided forecasts for future displacements, at different time horizons. Most of the predictions were affected by the same flaws and biases as were current estimates: a weak or inexistent methodology, and a tendency to use the numbers in order to raise awareness». Hellden U., *Desertification: time for an assessment?*, «Ambio», 1991, pp. 372-383.

Altri autori criticarono aspramente le tesi di Jacobson riguardo la desertificazione, ritenendo che è eccessivo parlare di migrazione come conseguenza di un calo di produttività dei terreni agricoli, specie se storicamente correlata alla pastorizia; al riguardo si parlò di «mito della desertificazione». Nel merito: S.G THOMAS DAVID. e J MIDDLETON NICK, *Desertification: Exploding the Myth*, Chichester, Wiley, 1994.

¹¹ IOM/RPG, *Migration and the Environment*, Ginevra e Washington, DC: International Organisation for Migration and Refugee Policy Group, 1992.

Successivamente, Shurke ha diviso tali tipologie di migrazioni in: stimulate dalla deforestazione, dall'innalzamento del livello del mare, dalla desertificazione e dalla siccità, dal degrado del suolo, dell'acqua e dell'aria, prima di procedere all'identificazione di punti di pressione ambientale in cui stabilire la combinazione di tali fattori alla migrazione ambientale. Sul punto: A. SHURKE, *Pressure Points: Environmental Degradation, Migration and Conflict. Occasional Paper of Project on Environmental Change and Acute Conflict*, Washington, DC: American Academy of Arts and Sciences. 1993.

Mentre altri autori hanno distinto tra rifugi derivanti da catastrofi naturali, degrado delle risorse del territorio, reinsediamento involontario, incidenti industriali, in conseguenze della guerra e derivanti da cambiamenti climatici. Sul punto: J. M. TROLLADEN, N. M. BIRKELAND, N.M. BRYEN, J. e P.T. SCOTT, *Environmental Refugees: a Discussion Paper*. World Foundation for Environment and Development/Norwegian Refugee Council, Oslo, 1992.

fine di valutare le migrazioni ambientali, alcune delle quali direttamente ispirate alla demografia o alle misurazioni geografiche delle migrazioni¹².

Tra questi Afifi e Warner hanno proposto di utilizzare un modello a gravità, direttamente ispirato alle teorie riguardanti i *push-pull factors* della migrazione¹³. Tale modello, tuttavia, partiva con la premessa di potersi applicare soltanto alle migrazioni internazionali e, dunque, non poteva essere ritenuto attendibile¹⁴.

Va infatti tenuto conto che le migrazioni dovute ai cambiamenti ambientali – ma in generale qualsiasi tipo di migrazione - avvengono per lo più all'interno dei confini degli Stati di origine delle persone in fuga¹⁵. Tali persone che rimangono nello stesso paese, le c.d. *Internally Displaced Persons* (IDPs), secondo l'ultimo rapporto GRID 2019 (Global Report on Internal Displacement) dell'*Internal Displacement Monitoring Centre*, solo nel 2018 si attestano ad una cifra di 28 milioni di persone, di cui 17,2 milioni a causa di disastri naturali¹⁶.

Più recentemente, quindi, sempre lo IOM ha evidenziato che i collegamenti tra ambiente e migrazioni sono raramente lineari, poiché diversi fattori contribuiscono a determinare e modellare le intenzioni delle persone in relazione all'attrattività o meno della scelta di partire dal luogo in cui si risiede e/o verso i quali trovare nuova dimora o rifugio. Tra questi, naturalmente, sono stato identificati gli elementi demografici, economici, culturali e globali, i quali si sommano alla specifica capacità di ciascuno –

¹² E. FIGUET, *Re-embedding the environment into migration theory*. In: *Conference: Remaking Migration into Migration Theory: Intersections and Cross-Fertilisations*, University of Brighton e University of Sussex, 2009.

¹³ C. BOANO, R. ZETTER, et al., *Environmentally displaced people: understanding the linkages between environmental change, livelihoods and forced migration*, Forced Migration Policy Briefing. Refugee Studies Centre, Oxford, 2008. Il modello ha integrato diverse variabili delle migrazioni, sia ambientali che non ambientali, come ad esempio degrado del suolo o il verificarsi di alluvioni, ma anche la distanza tra paesi o PIL pro capite; benché il modello non fosse in grado di per sé di produrre qualsiasi stima e/o previsione, potendo ponderare solo le variabili, si è permesso agli autori di concludere che i fattori ambientali hanno avuto un *impatto significativo* sul flusso migratorio tra paesi.

¹⁴ F. GEMENNE, *op. cit.*

¹⁵ C. RALEIGH et al., *Assessing the impact of climate change on migration and conflict*. World Bank, Washington, DC, 2008. Ne sono testimoni alcuni studi dello stesso IOM, in base ai quali la maggior parte degli individui che subiscono un evento di questo tipo decidono di spostarsi in zone vicine per poi fare ritorno presso i loro luoghi di origine, residuando solo ad un massimo di 30% la possibilità di spostarsi definitivamente.

¹⁶ *Ibidem*

non solo economica, ma anche culturale, psicologica e sociale – di muoversi verso un altro posto¹⁷.

In tale contesto, oggi gli studi che sono ritenuti maggiormente credibili circa il collegamento fra migrazioni e cambiamenti climatici sono quelli portati avanti dall'IDMC, che dal 2011 adotta un modello che risulta l'unico in grado di fornire una stima sul numero di sfollati interni, cioè di quella categoria di persone che sono costretti a fuggire dal proprio luogo di dimora in conseguenza *anche* di fattori ambientali¹⁸; tuttavia, tale metodologia utilizzata non soddisfa la questione iniziale sul valutare il collegamento diretto fra il cambiamento climatico e le migrazioni forzate nella sua globalità, visto che esso conduce alla sola possibilità di analizzare il disastro ambientale quale causa di migrazione, ma tiene fuori dal suo esame tutta una serie di ipotesi collegate al cambiamento climatico (i c.d. *slow-onset events*) ed esclude coloro i quali fuggono oltre i confini nazionali¹⁹.

A fronte di tale carenze, sul piano empirico è possibile giungere alla sola conclusione che la migrazione, piuttosto che essere annoverata fra le conseguenze necessarie dei fenomeni di cambiamento climatico (quindi sia degli *slow* che dei *sudden-onset events*), può essere ritenuta una strada, necessaria a sole determinate condizioni, in cui le popolazioni si adattano ai cambiamenti ambientali²⁰, per cui le circostanze che determinano una migrazione forzata vanno valutate caso per caso, con riguardo alla composizione degli eventi che hanno influito sulla scelta di ciascuno di fuggire dal proprio paese di origine, mentre allo stato ancora non risulta

¹⁷ IOM, *World Migration Report 2020, 2019*, Cap. 9. In definitiva, quindi, lo IOM ha posto l'attenzione sull'eterogeneità dei fattori che, insieme a quello ambientale, contribuiscono a determinare le scelte di ognuno di migrare, non potendosi quindi analizzare il fenomeno in forma assoluta, ma soltanto dalla sua complessità scientifica, antropologica e sociale. Si è posto l'accento, cioè, più che sul singolo elemento ambientale, su una ben più ampia accezione di vulnerabilità delle persone che sono indotte a migrare, valutandosi tale come quella rappresentata sul piano del rischio fisico, politico, economico e sociale di ognuno, sommate alle strategie di resilienza adottate dai governi di sostentamento dai cambiamenti climatici.

¹⁸ *Ibidem*. La metodologia per individuare il collegamento fra fenomeni ambientali e migrazioni è la seguente: in primo luogo, viene identificata una base di eventi, grazie al Database EM-DAT; quindi, alcuni eventi hanno la priorità - quelli in cui più di 50.000 persone sono state colpite - al fine di creare un nucleo set di dati; per ogni evento, i dati sul numero di sfollati vengono raccolti da varie organizzazioni; una stima di spostamento totale viene quindi effettuata per ciascun evento e i numeri vengono analizzati e ponderati.

¹⁹ IOM, *Migration, Environment and Climate change*, 2009, p. 248 e ss.

²⁰ R.A. MCLEMAN e L.M. HUNTER, *Migration in the context of vulnerability and adaptation to climate change: insights from analogues*, Wiley Interdiscip Rev Clim Change. 2010, ottobre 2011.

possibile ritenere sussistente un collegamento diretto fra eventi a progressione lenta ed i fenomeni migratori.

3. *La (discussa) nozione di rifugiato climatico alla luce della Convenzione di Ginevra.*

L'assenza di un'evidenza empirica sul collegamento diretto fra i fenomeni di cambiamento climatico e le migrazioni forzate si sono riflesse sulla possibilità di estendere l'applicazione del regime di protezione internazionale previsto dalla Convenzione di Ginevra alle migrazioni ambientali.

Nel saggio edito nel 1985 dall'UNEP, El- Hinnawi parlò per la prima volta di rifugiati ambientali in riferimento a *«quelle persone che sono state costrette a lasciare il loro habitat tradizionale, temporaneamente o permanentemente, a causa di una grave perturbazione ambientale (naturale e/o innescata da persone) che hanno messo a repentaglio la loro esistenza e/o gravemente compromesso la qualità della loro vita. Per "perturbazione ambientale" in questa definizione si intende qualsiasi cambiamento fisico, chimico e/o cambiamenti biologici nell'ecosistema (o base di risorse) che lo rendono, temporaneamente o permanentemente, inadatto a sostenere la vita umana»*²¹.

A questi fece seguito alcuni anni più tardi la definizione di Myers, il quale sostenne che: *«i rifugiati ambientali sono persone che non possono più garantirsi mezzi sicuri nelle loro terre di origine principalmente a causa di fattori ambientali di portata inconsueta. Questi fattori comprendono siccità, desertificazione, deforestazione, erosione del suolo e altre forme di degrado del suolo; deficit di risorse come, ad esempio, quelle idriche; declino di habitat urbani a causa di massiccio sovraccarico di sistemi; problemi emergenti quali il cambiamento climatico, specialmente il riscaldamento globale; disastri naturali quali cicloni, tempeste e alluvioni, e anche terremoti, con impatti aggravati da mancati o errati interventi dell'uomo»*²².

Come si può notare, in entrambi i casi si tratta di definizioni altamente estensive della nozione di rifugiato, venendo dati per scontati i fattori ambientali incidenti sulle migrazioni.

Com'è noto, tuttavia, la Convenzione di Ginevra del 1951, integrata dal Protocollo aggiuntivo di New York del 1967, è perentoria nel riconoscere lo *status* di rifugiato a coloro che, nel giustificato timore d'essere

²¹ E. EL-HINNAWI, *op. cit.*, p.4.

²² N. MYERS, *Environmental Refugees*, in a *Globally Warmed World*, 1993.

perseguitati per ragioni di razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale o per opinioni politiche, si trovano fuori dello Stato di cui possiedono la cittadinanza e non possono o, per tale timore, non vogliono domandare la protezione di detto Stato; oppure chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi²³.

Dunque, quali criteri fondamentali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato sono individuati quali fattori fondamentali le ragioni ivi menzionate nonché l'avvenuta fuoriuscita dal paese di origine.

Per tali ragioni, le definizioni di El-Hinnawi e Myers, le quali si dirigono verso una prospettiva analoga, vennero fortemente criticate.

In particolare, Bates osservò che queste definizioni non facevano distinzione tra rifugiati che fuggono da eventi a insorgenza rapida e quelli che gradualmente abbandonano le loro case come declino della qualità del suolo e che tale prospettiva di semplificazione rischia di inflazionare le categorie del "rifugio ambientale"²⁴.

Inoltre, il professore Kibreab sostenne che la nozione risultava insensata e strumentale, avendo il solo scopo di depoliticizzare le cause di spostamento, in modo da consentire agli Stati di derogare all'obbligo di riconoscere l'asilo²⁵.

Nondimeno, venne evidenziato che l'eterogeneità dei fattori che incidono sulla migrazione sottopongono al rischio di confondere le due categorie di migranti economici e migranti ambientali, con un riflesso fisiologico sulla qualificazione giuridica dei secondi.

Shurke, in particolare, mise in luce la necessità di distinguere tra migranti ambientali e rifugiati ambientali, facendo rientrare nella prima categoria coloro che partono dal proprio paese di origine anche per fattori ambientali e nella seconda coloro che sono particolarmente vulnerabili a causa di un disastro devastante ed improvviso²⁶.

Tuttavia, anche tale soluzione apparve difficilmente convincente ai sensi della Convenzione di Ginevra, nella considerazione che risulterebbe poco chiaro se la natura della minaccia ambientale possa essere sempre tale

²³ Art. 1 Convenzione di Ginevra del 1951, come modificata dal Protocollo di New York del 1967.

²⁴ F. GERMENNE, *op. cit.*

²⁵ G. KIBREAB, *Refugees and Development in Africa - The Case of Eritrea*, The Red Sea Press, 1997.

²⁶ A. SHURKE, *Environmental degradation and population flows*, *Journal of International Affairs*, vol. 47, no. 2. Winter, pp. 474-496.

2/2020

da integrare atti persecutori né sarebbe risolto il nodo cruciale circa gli agenti persecutori di riferimento²⁷.

Una differente approccio fu quello proposto da Olson, il quale rilevò che la questione del rifugio ambientale non derivasse dal semplice cambiamento climatico, bensì dagli effetti da questo spiegati. In altre parole, secondo tale prospettiva, il rifugio ambientale va considerato in ragione del fatto che il cambiamento climatico produce effetti tali da rendere difficoltose o ostative le possibilità di sopravvivenza per le persone in un determinato luogo²⁸.

Facendo seguito a quanto già espresso nel 2007, tuttavia, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite ha ribadito che l'espressione rifugiato climatico è impropria poiché non si fonda su nessuna norma presente nel diritto internazionale ed inoltre non riflette la complessità con cui il clima e la mobilità umana interagiscono.

In particolare, l'UNHCR ha posto l'attenzione sulla circostanza che, contrariamente a quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra, tali forme di migrazioni avvengono all'interno del paese di origine e non trovano la loro ragione d'essere in nessuna delle motivazioni integranti il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ovvero sia le ragioni di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per un'opinione pubblica.

Pertanto, è stata ribadita la necessità di qualificare tali categorie di persone meramente quali "*internal displaced people*", individuando nelle forme complementari di protezione gli strumenti più idonei alla loro tutela²⁹.

Ad ogni modo, più recentemente, la stessa UNHCR, tenendo in considerazione i numerosi fattori che incidono sulle migrazioni ambientali,

²⁷ Cfr. J. JACOBSON, *op. cit.* L'autrice aveva già cercato di superare quest'ostacolo mettendo in luce che la migrazione ambientale va intesa come il risultato della minaccia inferta dal degrado del suolo ai mezzi di sostentamento, ma anche tale soluzione sembra difficilmente praticabile sul piano interpretativo, trattandosi di sostenere l'esistenza di un collegamento diretto tra degrado ambientale, conflitti e movimenti di popolazione, senza tuttavia che tale connessione trovi (ancora) un fondamento scientifico dimostrato o dimostrabile.

²⁸ M. E. OLSON, *Refugees as a Special Case of Population Redistribution*, in L.A.P. Gosling and L Y C Lim (eds.), *Population Redistribution: Patterns, Policies and Prospects*, UN Fund for Population Activities, New York, 1979. Testualmente affermò: "*I rifugiati sono forzati a lasciare le loro case a causa di cambiamenti nell'ambiente che rendono impossibile continuare la loro vita come loro la conoscevano. Sono costretti da una forza esterna a lasciare le loro case ed andare da qualche altra parte*".

²⁹ UNHCR, *The Environment & Climate Change*, ottobre 2015.

ha evidenziato che una persona che fugge da tali circostanze *può* qualificarsi come rifugiato ai sensi della definizione della Convenzione del 1951³⁰.

3.1. Il caso Teitiota

A fronte di questo acceso dibattito dottrinale, puntuali sono giunte le osservazioni pervenute dalla giurisprudenza in seno al c.d. caso Teitiota, notoriamente divenuto propedeutico al fine di esaminare la tematica dei migranti ambientali.

Il sig. Ioane Teitiota, un cittadino dell'Isola di Kiribati, giunto in Nuova Zelanda nel 2007, in seguito alla scadenza dei visti della sua famiglia avvenuta nell'ottobre 2010, chiedeva lo *status* di rifugiato ai sensi della parte 5 della legge neozelandese sull'immigrazione³¹; in particolare, le argomentazioni di Teitiota si fondavano "sulla base dei cambiamenti del suo ambiente a Kiribati causati dall'innalzamento del livello del mare associato ai cambiamenti climatici"³².

Dopo il rifiuto opposto dall'Ufficio Rifugiati Immigrazione e Rifugio, tra il 2013 ed il 2014, Teitiota impugnava la decisione davanti all'Immigration and Protection Tribunal (IPT)³³, all'High Court, alla Court of Appeal³⁴, e poi infine nel luglio 2015 alla Supreme Court³⁵. Il diniego veniva confermato da ogni Corte, le quali tuttavia evidenziavano la complessità della questione sia in riferimento all'ordinamento interno che alla luce del contesto di diritto internazionale.

³⁰ Cfr. UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, December 2011, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, raggiungibile al link: www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html.

³¹ La parte 5 della legge sull'immigrazione neozelandese incorpora la Convenzione del 1951. La normativa è raggiungibile al seguente indirizzo:

<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2009/0051/latest/whole.html#DLM1440793>

³² *AF (Kiribati)* [2013] NZIPT 800413, 25 giugno 2013. Decisione raggiungibile al seguente indirizzo: <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZIPT/2013/800413.html>

³³ *Ibidem*

³⁴ *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* [2014] NZCA 173,8 maggio 2014. Decisione raggiungibile al seguente indirizzo:

<http://www.nzlii.org/nz/cases/NZCA/2014/173.html>

³⁵ *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* [2015] NZSC 107 20 luglio 2015. Decisione raggiungibile al seguente indirizzo:

<http://www.nzlii.org/nz/cases/NZSC/2015/107.html>

2/2020

In particolare, con la sentenza emessa nel giugno 2013, la IPT ha sostenuto che *“la limitata capacità di South Tarawa di sopportare la sua popolazione è stata significativamente compromessa dagli effetti della crescita della popolazione, dell’urbanizzazione e dello sviluppo limitato delle infrastrutture, in particolare in relazione ai servizi igienico-sanitari. Gli impatti negativi di questi fattori sulla capacità di carico della terra sull’atollo di Tarawa sono esacerbati dagli effetti sia di eventi ambientali a insorgenza improvvisa (tempeste) che di processi a insorgenza lenta (innalzamento del livello del mare)”*. Tuttavia, l’IPT ha ritenuto che il ricorrente *“abbia intrapreso quella che può essere definita una migrazione adattativa volontaria”* e che la sua decisione di emigrare in Nuova Zelanda non potrebbe essere considerata *“forzata”*³⁶. Nell’esaminare il concetto di persecuzione ai sensi della legge internazionale sui rifugiati, l’IPT ha affermato che questo comporti l’incapacità dello Stato di controllare gli agenti che commettono violazioni dei diritti umani o l’incapacità di adottare misure per ridurre il rischio di perpetrazione di attori non statali, sicché, ha osservato ancora il Tribunale, *“questo requisito [...] non significa che il degrado ambientale, associato o meno ai cambiamenti climatici, non può mai creare percorsi verso la Convenzione sui rifugiati o la giurisdizione delle persone protette”*³⁷. Piuttosto, ha sottolineato da ultimo la Corte, il mancato riconoscimento della protezione internazionale ai sensi della Convenzione di Ginevra era dovuta alla mancata allegazione da parte del ricorrente della dimostrazione che qualora dovesse tornare a Kiribati *“la sua vita sarà messa a repentaglio, o che lui e la sua famiglia non saranno in grado di riprendere i loro mezzi di sussistenza di vita con dignità”*³⁸.

Ciò posto, l’High Court e la Court of Appeal si pronunciarono confermando la decisione dell’IPT non mancando di esprimere le *“buone e nuove argomentazioni”*³⁹ di Teitiota, sebbene non ancora convincenti sotto un profilo sostanzialistico.

Infine, nel luglio del 2015, la Suprema Corte dava conclusione alla controversia, confermando le conclusioni dei tribunali inferiori secondo cui, in relazione alla Convenzione sui rifugiati, il sig. Teitiota non deve affrontare *“gravi danni”* e inoltre *“non vi sono prove del fatto che il governo di*

³⁶AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413, 25 giugno 2013, par. 49.

³⁷ Ibidem, par. 55

³⁸ Ibidem, par. 74.

³⁹ Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment [2014] NZCA 173. 8 maggio 2014., par. 51.

Kiribati non stia adottando misure per proteggere i suoi cittadini dal effetti del degrado ambientale nella misura del possibile"⁴⁰.

Da ultimo, tuttavia, la Corte Suprema ha dato atto che le decisioni dell'IPT e dell'Alta Corte "non significano che il degrado ambientale derivante dal cambiamento climatico o da altre catastrofi naturali non potrebbe mai creare un percorso verso la Convenzione sui rifugiati"⁴¹.

Dunque, la Suprema Corte neozelandese ha ipotizzato il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra laddove il richiedente asilo fornisca un'adeguata allegazione della mancata capacità dello Stato di dare protezione ai cittadini nonché che egli rappresenti il grave rischio a cui sarebbe esposto nel caso di ritorno nel paese di origine.

Ebbene, più recentemente, a segnare contenuti ancora più marcati ed autorevoli della Corte Suprema neozelandese ci ha pensato il Comitato Onu, a seguito della comunicazione che il Sig. Teitiota ivi rivolgeva, lamentando che i dinieghi ricevuti dalle Corti neozelandesi integrassero la violazione dell'art. 6 e 7 del Patto Onu sul diritto alla vita.

Anche in questo caso, però, al pari delle corti della Nuova Zelanda, il Comitato riteneva infondata la violazione proposta, visto che l'isola di Kiribati ha dimostrato di aver fatto tutto il possibile pur di dare protezione ai suoi cittadini e che, in caso di ritorno nel paese, Teitiota e la sua famiglia non sarebbero esposti a nessun danno grave.

D'altro canto, lo stesso Comitato ha espresso due rilevanti principi sia in relazione alla migrazione ambientale, sia quanto al suo rapporto con la Convenzione di Ginevra⁴².

Da una parte, il Comitato ha confermato che i danni indotti dai cambiamenti climatici possono verificarsi sia in caso di eventi ad esordio improvviso (come tempeste intense e inondazioni), sia in processi ad esordio lento (come l'innalzamento del livello del mare, la salinizzazione e il degrado del suolo), ragione per cui sia gli eventi a esordio improvviso che i processi a esordio lento possono indurre le persone a varcare i confini per cercare protezione dai danni legati al cambiamento climatico. D'altra parte, è stato ribadito che il principio di *non-refoulement* individuato dalla Convenzione di Ginevra deve applicarsi anche in relazione all'obbligo

⁴⁰ *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* [2015] NZSC 107, par. 12.

⁴¹ *Ibidem*, par. 13.

⁴² A. BRAMBILLA e M. CASTIGLIONE, *Migranti Ambientali e divieto di respingimento*, in *Questione Giustizia – Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, febbraio 2020.

2/2020

positivo da parte del Paese di provenienza di tutelare i suoi cittadini dai rischi pervenuti dal rischio di un disastro ambientale o da un violento fenomeno naturale; sicché, ha riconosciuto il Comitato, la mancata protezione da parte dello Stato da un fenomeno derivante dal cambiamento climatico è idoneo anche a integrare una condotta tale da condurre alla qualificazione di trattamenti inumani e degradanti, in violazione dunque dell'art. 7 del Patto Onu.

Nonostante l'ampiezza dell'argomentazioni, non sono comunque mancate le *dissenting opinion* da due dei relatori del Comitato, specie con riferimento alla circostanza che l'onere di provare il mancato accesso ai mezzi di sopravvivenza (specie l'acqua dolce) dovrebbe spettare allo Stato di origine del richiedente asilo e non invece al ricorrente.

Come osservato da qualcuno, tuttavia, tale scelta è spiegata dal Comitato con un richiamo alla sentenza CEDU, *Sufi and Elmi vs UK*, laddove si evidenzia che ai sensi dell'art. 6 e 7 del Patto Onu, il rischio reale ed irreparabile deve essere contemplato da una soglia di gravità decisamente alta, poiché il pregiudizio non proviene da atti o omissioni internazionali, bensì da una condizione generale del Paese in cui il cambiamento climatico si sta verificando o si è già realizzato⁴³.

⁴³ *Ibidem*. Al riguardo le autrici si esprimono in tal senso: «Per comprendere tale ragionamento è necessario considerare che il Patto Onu come, in generale, gli altri strumenti internazionali a presidio della tutela dei diritti umani, è stato storicamente creato per proteggere gli individui dalla violazione di diritti in contesti di man-made disasters (violenze individuali da attori non statali o dagli Stati, conflitti, disordini pubblici, torture etc.) mentre, nella tradizione giuridica internazionale, era (fino a poco tempo fa) del tutto nuovo pensare di imputare allo Stato di appartenenza la responsabilità per la violazione dei diritti umani a seguito di eventi naturali o ambientali (indotti anche dal cambiamento climatico)». Al riguardo, occorre anche segnalare che nel 2008 erano pervenute osservazioni simili anche da altra sentenza CEDU, *Budayeva e altri contro Russia*, laddove venivano specificati gli obblighi positivi in capo agli Stati aderenti alla Convenzione Europea per i diritti dell'Uomo, in relazione all'accertamento della responsabilità derivante dai disastri ambientali. In quella sede, riferiva la Corte, da un lato occorre appurare la prevedibilità del rischio da parte dell'autorità e dall'altra occorre valutare se lo Stato abbia compiuto quanto più fosse necessario per proteggere i diritti delle persone, in particolare quello alla vita. Interessante sul punto è quanto riferito circa la diversità di approccio fra diritto alla vita e diritto alla proprietà: «se l'importanza fondamentale del diritto alla vita impone che l'estensione degli obblighi positivi, ai sensi dell'articolo 2, giunga sino ad includere il dovere di fare tutto ciò che è nel potere delle autorità nel campo della gestione delle catastrofi per la tutela di tale diritto, l'obbligo di proteggere il diritto al pacifico godimento dei beni, che non è un diritto assoluto, non può oltrepassare ciò che nelle circostanze di specie si può considerare ragionevole. Le autorità godono, quindi, di un più ampio margine di apprezzamento nel decidere quali misure adottare al fine di proteggere i beni degli individui dai rischi ambientali, rispetto al margine di apprezzamento di cui godono in relazione alle decisioni

4. Normative regionali e nazionali di carattere complementare.

Da quanto detto, emerge come, sebbene notevoli passi in avanti siano stati realizzati sul fronte giurisprudenziale, risulta ancora particolarmente ostica la soluzione interpretativa che intende estendere gli ambiti di protezione offerta dalla Convenzione di Ginevra alle situazioni di vulnerabilità dettate dalle circostanze ambientali⁴⁴.

Per tale ragione, al fine di rivendere possibili margini di tutela verso queste forme di migrazioni, si rende necessario investigare tra gli esistenti apporti normativi a carattere regionale o nazionale, i quali hanno già sperimentato forme di protezione in tal senso.

Esempio di ciò sono la *Refugee Convention* dell'OAU (Organization of the African Unity) del 1969⁴⁵ e la Dichiarazione di Cartagena del 1984⁴⁶, le quali furono le prime disposizioni normative a menzionare la possibilità di fornire tutela alle vittime di taluni eventi in grado di destabilizzare l'ordine pubblico, quindi plausibilmente aprendo le strade alla protezione anche di

necessarie per proteggere delle vite umane». (testo della sentenza raggiungibile qui: <http://www.osservatoriocedu.eu/Database/Sentenze/Budayeva%20e%20Altri%20C%20Russia.pdf>)

⁴⁴ A. CIERVO, *La possibilità di riconoscere una nuova categoria di richiedenti asilo*, in S. ALTIERO e M. MARANO, (a cura di), *Crisi Ambientale e migrazioni forzate – nuovi esodi al tempo dei cambiamenti climatici*, A Sud Onlus 2018, pag. 146 e ss. Si è argomentato, al riguardo, che occorrerebbe svolgere la medesima operazione realizzata con il riconoscimento dell'asilo verso coloro i quali hanno lasciato i loro paesi per motivi legati all'orientamento sessuale. Tuttavia, occorre evidenziare come, se l'operazione giurisprudenziale riguardo le persone omosessuali rimane nell'alveo della questione persecutoria, contemplando una categoria di persone il cui motivo di persecuzione è riconducibile in una questione legata alla loro qualità soggettiva (quella dell'orientamento sessuale in questo caso), in riferimento alle migrazioni dettate dai motivi climatici si tratterebbe di una rivoluzione copernicana del riconoscimento dell'asilo politico, al cui centro non sarebbe più prospettata la questione persecutoria *sic et simpliciter* bensì una ben più ampia dimensione di vulnerabilità soggettiva dei richiedente asilo.

⁴⁵ Art. 1, co. 2, Refugee Convention OAU: *"The term "refugee" shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality"*.

⁴⁶ Come per la Convenzione africana anche in questo caso la definizione di "rifugiato" è estesa a quelle situazioni nelle quali le persone fuggono dal proprio paese *"...perché la loro vita, la loro sicurezza o la loro libertà è minacciata da violenze generalizzate, un'aggressione straniera, un conflitto interno, massicce violazioni dei diritti umani o altre gravi turbative dell'ordine pubblico"*.

2/2020

migrazioni avente carattere ambientale⁴⁷; ancora, più recentemente, l'Unione Africana ha adottato la *Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons. The Kampala Convention*, che si annovera fra i primi strumenti regionali su scala mondiale ad imporre agli stati l'obbligo di fornire tutela anche agli IDPs⁴⁸.

Sul fronte occidentale, è interessante osservare anche la legislazione statunitense del *Temporary protected status (TPS)*, attraverso la quale lo Stato di origine del richiedente asilo per motivi di calamità naturale (terremoti, alluvioni, epidemie) può fare richiesta di protezione per i cittadini soggiornanti sul suolo americano⁴⁹.

Più recentemente, inoltre, un meccanismo simile di protezione è stato adottato da parte della Nuova Zelanda, che, attraverso un numero di visti ben definito, ha introdotto un sistema che consente l'accesso nello Stato ai cittadini che provengono dalle città di Tuvalu, Kiribati, Tonga e delle Isole Fiji, colpiti sempre più frequentemente da fenomeni di erosione costiera e calamità naturale⁵⁰.

Un modello, invero, conosciuto anche dall'Unione Europea, che, con la direttiva del 2001/55/CE, aveva rilasciato agli stati membri la possibilità di fornire lo stesso ambito di protezione a coloro i quali provenissero da situazione di massiccia ed accertata violazione dei diritti fondamentali, ma la direttiva è sempre rimasta lettera morta, per via della mancata attivazione della procedura da parte del Consiglio d'Europa⁵¹.

⁴⁷ Trattasi, all'evidenza, di un primo ed importante passo, se si ritiene che sino ad allora lo *status* di rifugiato è sempre rimasto vincolato alla persecuzione individualizzata e non relative alle regioni oggettive di espatrio.

⁴⁸ Legambiente, *Dossier Profughi ambientali 2012, 2013*, p. 19. Tuttavia, la sua entrata in vigore è venuta meno per via della mancata ratifica di almeno 15 Stati, numero minimo di Paesi dei quali si era chiesta l'adesione per la sua entrata in vigore.

⁴⁹ *Ibidem*. Tuttavia, è stato evidenziato che tale strumento possiede diversi limiti di carattere sia sostanziale che procedurale: da un lato possono esser beneficiari soltanto coloro che al momento del disastro o del conflitto già si trovano negli Stati Uniti, dall'altro, l'impossibilità di tutela dei diritti deve essere "permanente" e il riconoscimento dei TPS avviene su base discrezionale da parte de *Secretary of Homeland Security*.

⁵⁰ Come osservano A. BRAMBILLA e M. CASTIGLIONE, in *Migrazioni ambientali, libertà di circolazione vs. protezione?*, Cosmopolis, 2020, il meccanismo ha evidenti limiti, poiché si basa su un sistema del tutto casuale che non offre alcuna certezza circa le persone che hanno diritto a ottenere il visto.

⁵¹ Si ricorderà, in particolare, che la mancata attivazione della protezione temporanea a seguito delle primavere arabe del 2011 fu oggetto di numerose critiche da parte del governo italiano; venne evidenziata in quella sede che il maggiore ostacolo all'attivazione della procedura fosse la conseguente applicazione della formula di solidarietà, che obbliga gli stati membri a coordinare le azioni poste a tutela dell'accoglienza di persone provenienti

Di diversa impostazione è stata invece la Direttiva Qualifiche del 2004, poi modificata nel 2011 (Direttiva Qualifiche rifusione), con cui venne emanato il primo strumento a carattere sovranazionale europeo volto a disciplinare la protezione sussidiaria, risultandone beneficiario, ai sensi dell'art. 15: "qualunque cittadino che tema di subire un danno grave in caso di ritorno nel Paese di origine o residenza abituale", per danno grave intendendosi l'irrogazione di pene capitali o l'esperimento di mezzi di coercizione disumani o degradanti (a), la minaccia grave o individuale alla vita (b), la situazione di violenza indiscriminata afferente in una data porzione di territorio derivante da un conflitto armato interno o internazionale (c).

La direttiva non ha menzionato direttamente i disastri naturali, né i cambiamenti climatici quali ragioni rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale, pur se non mancano orientamenti dottrinali⁵² e pronunce giurisprudenziali⁵³ che sembrano orientarsi in tal senso.

In particolare, vi è stato chi ha avanzato l'ipotesi di ricondurre la situazione di disastro ambientale conseguente ai fenomeni di cambiamento climatico alla stregua dei trattamenti inumani e degradanti presi in considerazione dall'art. 15 lett. b) della Direttiva⁵⁴.

Quanto alle normative nazionali, alcuni Stati membri dell'Unione europea hanno adottato nel corso del tempo legislazioni di carattere complementare, al fine di riconoscere una forma di protezione anche per coloro i quali provengano da situazioni di calamità ambientale, di disastri naturali o di cambiamento climatico.

Ne sono un esempio, in questo senso, le legislazioni finlandesi e svedesi.

dai paesi terzi. Ad ogni modo il consiglio europeo, nella risposta fornita al Parlamento italiano nell'aprile 2011, affermò che il diniego era fondato su "una valutazione del numero relativamente limitato di profughi, della difficoltà di decisione dello status effettivo dei migranti sbarcati e dell'opposizione di alcuni Stati membri, preoccupati che l'approvazione della soluzione avrebbe costituito un motivo di attrazione di nuovi flussi". Osservatorio di politica internazionale, *L'impatto delle Primavere arabe sui flussi migratori regionali e verso l'Italia*, n. 59, luglio 2012. Il documento è rintracciabile al link:

<http://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/parlamento/file/repository/affariinternazionali/osservatorio/approfondimenti/PI0059App.pdf>; è possibile inoltre consultare: A. KRALER, T. CERNEI, M. NOACK, *Climate refugees, legal and policies responses to environmentally induced migrations*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels, p. 55.

⁵² J. MCADAM, *Climate Change, Forced Migration and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁵³ Vedi *supra*, nota 44.

⁵⁴ J. MCADAM, *op. cit.*, p. 58-60.

2/2020

Con il *Finnish Aliens Act* del 2004 è stata istituita la protezione umanitaria finlandese, ai sensi della quale veniva rilasciato un permesso di soggiorno a quelle persone che, al di fuori delle ipotesi previste dalla Convenzione di Ginevra e dalla Direttiva Qualifiche, non possono fare ritorno nel proprio paese di origine o paese di residenza abituale a seguito di una catastrofe ambientale o di una cattiva situazione di sicurezza che potrebbe essere dovuta a un conflitto armato internazionale o interno, o a una situazione precaria dei diritti umani. Inoltre, al fine di fornire tutela anche agli sfollati, ai sensi dell'art. 109 della normativa finlandese, è stata riconosciuta una forma temporanea di protezione anche agli "stranieri che hanno bisogno di protezione internazionale e che non possono tornare sani e salvi nel loro paese di origine o paese di residenza permanente, a causa di un massiccio spostamento di persone nel paese o nelle aree limitrofe a seguito di un conflitto armato, qualche altra situazione violenta o un disastro ambientale"⁵⁵.

Su una strada leggermente diversificata nelle sue tappe, il Parlamento svedese ha approvato nel 2005 il suo *Aliens Act*, assumendo fino al 2014 che il disastro naturale ricevesse le stesse tutele della protezione sussidiaria; solo successivamente venne creata una forma di protezione simile al regime finlandese, chiamata "altre esigenze di protezione", alla quale venne attribuita una tutela di tipo attenuata rispetto alle forme previste dalla protezione sussidiaria⁵⁶.

Ad ogni modo, entrambe tali forme di legislazioni, pioneristiche su un piano globale, sono state recentemente modificate in seguito all'ondata di flussi migratori provenienti dall'Africa e dal Medioriente. Nello specifico, il Legislatore finlandese ha abrogato ogni forma di protezione umanitaria, facendo sopravvivere la forma di protezione temporanea prevista dall'articolo 109 del *Finnish Aliens Act*; allo stesso modo la Svezia ha eliminato l'istituto delle "altre esigenze di protezione", ritenute ora applicabili soltanto per famiglie e bambini giunte nel paese prima del luglio 2016.

Quanto alle discipline specifiche delle forme di protezione umanitarie, è interessante osservare che esse divergevano nella sua esatta qualificazione, posto che quella finlandese non distingueva fra migrazioni

⁵⁵ Art. 109 Finnish Aliens Act.

⁵⁶ Ai sensi dello Swedish Aliens Act è destinatario di una forma complementare di protezione chiunque si trovi al di fuori del proprio paese di origine poiché perché lui o lei (1) ha bisogno di protezione a causa di un conflitto armato esterno o interno nel paese di origine e sente il timore fondato di gravi abusi o (2) non può tornare nel suo paese di origine a causa di un disastro ambientale.

dovute a fenomeni ad insorgenza rapida e quelli dovuti a lenta progressione, mentre quella svedese faceva rientrare nelle “altre esigenze di protezione” soltanto quei casi di migrazione dovute a eventi calamitosi e disastri naturali; inoltre, la legislazione finlandese non forniva un’esatta definizione di “calamità”, “disastri naturali” o “impossibilità di far ritorno”, così rendendo la disciplina molto più duttile di quella svedese, idonea a coprire situazioni più specifiche, come quella di un disastro nucleare o naturale (ad es. il disastro di Chernobyl)⁵⁷.

Quanto alla normativa italiana, come noto, essa ha subito diverse modifiche in relazione all’abolizione della protezione umanitaria prevista dall’art. 5 co. 6 del D.lgs. n. 286/98.

In particolare, il Legislatore si è occupato di tipizzare la casistica giurisprudenziale, creando una serie di permessi di carattere residuale applicabili nelle ipotesi in cui non è possibile riconoscere lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria.

Ai nostri fini si cita in particolare l’introduzione all’art. 20 *bis* del D.lgs. n. 286/98 di un “permesso di soggiorno per calamità” della durata di sei mesi, rilasciato allo straniero che non possa rientrare nel Paese di appartenenza in condizioni di sicurezza a causa di una “situazione di contingente eccezionale calamità”; una tutela che va, sostanzialmente, a riprendere uno dei casi di tutela previsti dalla precedente protezione umanitaria⁵⁸, attenuandone tuttavia il relativo contenuto della tutela garantita⁵⁹.

Ad ogni modo, tralasciando tutte le questioni di ordine intertemporale riguardante il regime di protezione applicabile, non rilevante ai nostri fini, relativamente ai caratteri di maggiore o minore favore rispetto alla “vecchia” protezione umanitaria, la Suprema Corte con una recente ordinanza si è espressa nel senso che se i motivi di calamità sono tali da non consentire un ritorno nel Paese di origine questi possono sia contribuire alla determinazione dei motivi di vulnerabilità atti a riconoscere, *ratione*

⁵⁷ In questo senso si esprime anche E. HUSH, *Developing a European Model of International Protection for Environmentally-Displaced Persons: Lessons from Finland and Sweden*, Columbia Journal of European Law, Columbia Law School, 2017.

⁵⁸ Con Circ. n. 3716 del 31-7-2015, la Commissione Nazionale per il Diritto di asilo individuava un elenco di ipotesi non esaustive ai sensi della quale veniva riconosciuta la protezione umanitaria nel regime precedente all’approvazione del D.L. 113/2018.

⁵⁹ Con l’attuale impianto normativo, infatti, pur venendo riconosciuta una forma tipica di protezione relativa ai motivi di calamità naturale, il relativo permesso di soggiorno non può essere convertito per motivi di lavoro e vi sono talune limitazioni relative all’accesso al SSN.

temporis, la protezione umanitaria ex art. 5, co. 6, del D. Lgs. 286/98, sia a giustificare il rilascio di un permesso di soggiorno ex art. 20 *bis*⁶⁰.

Occorre, tuttavia, evidenziare come anche in questa circostanza non vi è un'esatta definizione di calamità nella Legislazione italiana, pur se, a differenza di quanto avvenuto con la legislazione finlandese in passato, non sembra potersi ritenere che in questi casi l'ambito di tutela sia più elastico, anche considerata la *ratio* della modifica operata con il D.L. 113/2018, volta a tipizzare gli ambiti di protezione offerta.

In senso diametralmente opposto, contestualmente ad una valutazione della protezione umanitaria previgente al D.L. Sicurezza, da parte di taluni tribunali si riconoscono coraggiose pronunce di merito⁶¹, le cui qualificazioni giuridiche dei migranti ambientali, tenuto conto della stella polare in materia della sentenza n. 4455/2018 della Suprema Corte, sono state ottimamente riprese da una più recente ordinanza degli Ermellini, in base alla quale gli episodi ad insorgenza veloce, quali alluvioni, disastri naturali o terremoto, possono essere rilevanti *"ai fini del riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, potendo incidere sulla vulnerabilità del richiedente se accompagnata da adeguate allegazioni e prove relative alla possibile lesione di primari diritti della persona, che possano esporre il richiedente al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti fondamentali che ne integrano la dignità"*⁶².

Tale impostazione, dunque, va a riprendere i paradigmi già individuati da altre corti internazionali, seminando ipotesi di riconoscimento di protezione attenuata, sebbene ancora si tenga lontana da un'applicazione a tutto campo dei fenomeni di cambiamento climatico, contemplando soltanto quelli ad insorgenza rapida.

5. Conclusioni e considerazioni finali.

⁶⁰ Cass. 2563/2020. Rintracciabile al link:

<https://sentenze.laleggepertutti.it/sentenza/cassazione-civile-n-2563-del-04-02-2020>.

⁶¹ Trib. Bari R.G. 16152/2018. Rintracciabile al link:

https://www.meltingpot.org/IMG/pdf/tribunale_di_bari_decreto_del_7_giugno_2019.pdf:

Trib. L'Aquila R.G. 1522/2017. Rintracciabile al link:

https://www.meltingpot.org/IMG/pdf/ordinanza_umanitaria_bangladesh.pdf; Trib.

Napoli R.G. 7523/2017. Rintracciabile al link:

https://www.meltingpot.org/IMG/pdf/tribunale_di_napoli_ord_05062017.pdf

⁶² Cass. 2563/2020, par. 5.1.

A conclusione di tale esposizione risulta doveroso realizzare alcune riflessioni.

Abbiamo osservato che nella comunità scientifica vi sono notevoli difficoltà statistiche, scientifiche e metodologiche in relazione alla possibilità o meno di dimostrare un nesso causale fra i fenomeni di cambiamento climatico e i processi migratori.

Se, infatti, da un lato è evidente che i c.d. *sudden-onset events* sono idonei a condizionare forzatamente flussi di blocchi di individui, tale operazione risulta più complessa per i c.d. *slow-onset events*, poiché maggiori sono le difficoltà di individuare quando tali eventi sollecitano una migrazione forzata oltre i confini dei paesi di origine.

Ancora, abbiamo evidenziato che tali ultimi eventi si distinguono in relazione sia ad una maggiore dilazione temporale del loro spiegamento, sia per via di una risposta diversificata delle persone che li subiscono, oltre che per il rischio di vedere confuse le categorie di migranti ambientali con altri tipi di ragioni di espatrio, nondimeno quelle di carattere economico.

Inoltre, abbiamo evidenziato come le difficoltà sul piano giuridico sorgano in relazione alla possibilità o meno di qualificare tali tipologie di migranti (cioè sia quelli in conseguenza degli *slow* che dei *sudden-onset-events*) quali rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra ovvero facendo ricorso ad altre categorie, come quelle individuate dall'UNHCR, di "*internal displaced people*".

Sicché, se da un lato, ai fini di un riconoscimento dello *status* di rifugiato sembrano essere di buon auspicio alcune pronunce provenienti dalle corti internazionali (sentenza Teitiota), parimenti promettenti sono apparse talune soluzioni della normativa complementare, volte a garantire forme di tutela per paesi sottoposti disastri naturali o, in alcuni casi, al semplice cambiamento climatico.

Ebbene, pur a fronte di tali ottimistiche aspettative, anche tali soluzioni, come poc'anzi detto, presenterebbero dei limiti evidenti, specie se si considera, in riferimento al riconoscimento dello *status* di rifugiato, la natura delle procedure d'asilo dei paesi ospitanti, oltre che l'eccessivo onere probatorio in capo ai richiedenti asilo. Né tantomeno appare convincente, con riguardo alle *internal displaced people*, lasciare alle legislazioni complementari margini di protezione tali da essere soggetti alle fluide discussioni politiche dei paesi occidentali, i cui umori sono per natura oltre modo suscettibili rispetto agli imponenti fenomeni migratori in atto.

Pertanto, ciò che appare più sensato, per quanto ambizioso, dovrebbe trarre origine da un mutamento radicale del paradigma attorno al quale

2/2020

ruotano i profili di tutela della protezione internazionale, tale da porre al centro del dibattito sul diritto d'asilo non più categorie meramente ancorate a fenomeni sociali e culturali tipici di un'epoca ormai tramontata, ma individuate in una ben più ampia concezione di vulnerabilità, contemplando le complesse vicende che il mondo post-moderno si trova ad affrontare.

Tale soluzione, invero, dovrebbe prendere forma in uno strumento a carattere sovra-nazionale, alla stessa stregua di quello della Convenzione di Ginevra, prospettandosi esso come l'unico plausibile e razionale al fine di fondare una forma di riconoscimento di tutela di una categoria così sfumata nella sua concezione come quella dei migranti ambientali.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

A CURA DI

ALESSIO LO GIUDICE - THOMAS CASADEI

Democrazia e Parlamentarismo

ABSTRACT - By way of an introductory contribution to the focus on "Democracy and Parliamentarism", the article intends to provide a key to the historical-conceptual understanding of parliamentary democracy. In particular, it is argued that parliamentary democracy can be adequately investigated only in the light of the late-modern horizon within which a concept of democracy is outlined that is the child of the primacy of the subject thought as a free and autonomous entity. Consequently, it is proposed to understand the problems of contemporary parliamentary democracy and the prospects of "reform", subject of the focus, taking into account such a context and the crisis that has long characterized the foundations of the modern concept of democracy itself. The crisis of representative democracy is, more precisely, conceived as a crisis of the very places where it was possible, within the parliamentary form, to channel the conflict and structure the political mediation, as well as a crisis of the institutions' ability to frame the particular instances within a project of society in which, in some way, everyone can recognize themselves. In such scenario, different needs of analysis arise, with the contributions of Lucia Corso, Filippo Pizzolato, Alessandro Morelli, Rosaria Piroso, Silvia Salardi, Luigi Mariano Guzzo.

KEYWORDS - democracy, parliament, crisis, people

ALESSIO LO GIUDICE* - THOMAS CASADEI**

**I nodi della democrazia parlamentare,
tra presente e avvenire**

1. *Alle radici di una "combinazione"*

Nonostante le apparenze, democrazia e parlamento rappresentano i termini di una combinazione possibile ma non necessaria. Tanto dal punto di vista teorico quanto da quello storico si comprende, infatti, come la forma parlamentare indichi una via specifica per l'esperienza politica che all'ideale democratico intende ispirarsi.

Da una parte, la democrazia può essere, infatti, pensata senza la previsione dell'organo parlamentare, e ciò avviene, ad esempio, nella teoria e nella prassi della "democrazia diretta" e nella declinazione "cesarista", "bonapartista", "plebiscitaria"¹.

Dall'altra, il parlamento può essere previsto nell'ambito di un assetto istituzionale distante dalla forma politica democratica, per come essa è intesa nell'orizzonte concettuale moderno. Questa possibilità è incarnata, nella storia, dai regimi nei quali l'assemblea è composta da esponenti delle élite di potere coinvolti a vario titolo nel governo della società. In questo senso, è curioso notare come quello che da molti è considerato il primo esempio storico di parlamento in senso tecnico-giuridico, e cioè le *Curiae generales* convocate da Ruggero II a Palermo nel 1130 con la proclamazione del Regno di Sicilia², sia da ricomprendere proprio all'interno dell'ultima eventualità menzionata. E proprio attorno a questa questione si generano i conflitti rispetto al Parlamento inglese che portano alla rivoluzione dei *levellers*³.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Messina.

** Professore associato di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Per recenti discussioni critiche di questi profili con riferimento alla realtà contemporanea si vedano, a titolo esemplificativo, N. URBINATI, *Democrazia in diretta: le nuove sfide alla rappresentanza*, Feltrinelli, Milano, 2013; M. LUCIANI, *Bonapartismo, oggi?*, in «Teoria politica», 9, 2019, pp. 139-168. Proprio dalle due alternative menzionate alla democrazia parlamentare prende le mosse il contributo di Lucia Corso che apre questo focus.

² Cfr. S. DI MATTEO, *Storia dell'antico Parlamento di Sicilia (1130 – 1849)*, Mediterranea, Palermo, 2012.

³ C. RUSSELL, *Alle origini dell'Inghilterra moderna: la crisi dei parlamenti 1509-1660*, Il Mulino, Bologna, 1988.

In realtà, sottolineare la possibilità di una “democrazia senza parlamento” e di un “parlamento senza democrazia” conduce a riflettere sulla peculiarità storico-concettuale della *democrazia parlamentare* (che è frutto, appunto, di una specifica combinazione).

Conduce, in particolare, a comprendere come la democrazia parlamentare possa essere indagata adeguatamente soltanto alla luce dell’orizzonte tardo-moderno entro il quale si delinea un concetto di democrazia che è figlio del primato del soggetto pensato quale ente libero e autonomo. Di conseguenza, anche i nodi della democrazia parlamentare contemporanea e le prospettive di “riforma”, oggetto del focus che qui si introduce, vanno compresi tenendo conto di un tale contesto e della crisi che caratterizza ormai da tempo i fondamenti del concetto moderno di democrazia.

Com’è noto, il termine democrazia deriva dal greco *demokratia*, costituito da *demos e kratia*. L’origine greca rinvia a *demos*, inteso come comunità e, nello specifico, come il ceto popolare dei non possidenti che, nella *pòlis*, si oppone all’aristocrazia dei possidenti. *Kratia* deriva invece da *kratos* e indica la potenza, la forza che, nell’ambito sociale e politico, si traduce in potere.

Il termine “democrazia”, dunque, sin dalla radice greca⁴, rinvia, entro una certa misura, al potere del popolo. Ma questa definizione essenziale di democrazia come *potere del popolo*, che comporta il governo del popolo quale modello di organizzazione politica, rinvia, a ben vedere, a più elementi costitutivi, come *potere e popolo*, che acquistano un significato diverso in base al differente quadro storico e sociale entro il quale vengono adoperati⁵.

2. Il principio costitutivo dell’autogoverno e la nozione di popolo

La democrazia parlamentare, al di là delle diverse possibili accezioni,

⁴ Cfr., in proposito, gli studi di CH. MEIER: *Cultura, libertà e democrazia: alle origini dell’Europa, l’antica Grecia*, Garzanti, Milano, 2011. Cfr. CH. MEIER, P. VEYNE, *L’identità del cittadino e la democrazia in Grecia*, Il Mulino, Bologna, 1989.

⁵ Sui diversi significati storicamente assunti dalla democrazia resta un testo fondamentale M. FINLEY, *La democrazia degli antichi e dei moderni* (1973), Laterza, Roma-Bari, 1982. Cfr. anche W. CONZE, R. KOSELLECK, H. MAIER, CH. MEIER, H.L. REIMANN, *Democrazia* (1975), Marsilio, Venezia, 1993 (che costituisce la traduzione della voce *Demokratie* dei *Geschichtliche Grundbegriffe*). Per una visione d’insieme, *ex multis*: S. PETRUCCIANI, *Democrazia*, Einaudi, Torino, 2014.

rinvia ad una concezione politica, fondativa della modernità, nella quale la legittimità dell'istituzione pubblica si basa sulla volontà dei soggetti a cui l'istituzione stessa deve la propria esistenza.

Si basa, in particolare, sul *principio costitutivo dell'autogoverno* che, nelle teorie e nelle prassi democratiche, assume i tratti di un principio anche esecutivo. Tale principio potrebbe essere definito come il *nomos* del democratico nella modernità, cioè la misura che fonda, orienta e regola la forma politica democratica quale proiezione dell'idea della libertà individuale come indipendenza e come autonomia⁶. Tale principio, che si sostanzia nell'ideale regolativo dell'identità tra governati e governanti, prescinde dalle distinzioni, frequenti in letteratura, tra "democrazia procedurale" e "democrazia sostanziale", e prescinde anche dal significato delle diverse forme storiche di democrazia: liberale, repubblicana, socialista, costituzionale. Esso esprime, infatti, una condizione necessaria di pensabilità della forma democratica nella modernità.

La democrazia parlamentare è riconducibile a tale principio fondativo attraverso la mediazione della forma rappresentativa⁷.

Infatti, il compito costante della democrazia moderna è proprio quello di rendere immanente un'identità pensata, *ab origine*, come principio costitutivo concettualmente trascendente. Il tentativo sembra destinato a fallire perché lo scarto tra l'identità (ideale) e la portata materiale della rappresentanza (politico-istituzionale) è irriducibile. Kelsen descrive puntualmente lo scarto incolmabile tra il popolo governante e il popolo governato: «Ciò risulta tanto evidente che gli ideologi della democrazia non suppongono, il più delle volte, quale abisso essi dissimolino quando identificano l'un popolo con l'altro»⁸.

Tuttavia, è proprio la pretesa di occuparsi di tale abisso, pur consci dell'assoluta difficoltà dell'impresa, che regge la democrazia come forma politica della modernità compiuta. E la categoria moderna che rende

⁶ Sulla «democrazia come ideale normativo volta all'affermazione del principio di autonomia» si vedano le riflessioni di M. LALATTA COSTERBOSA: *Diritto e potere*, in M. LA TORRE, A. SCERBO (a cura di), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2003, pp. 163-10, in part. pp. 174-190; *La democrazia assediata. Saggio sui principi e la loro violazione*, DeriveApprodi, Roma 2014. Cfr., anche, M. LA TORRE, *Democrazia*, in M. LA TORRE, GF. ZANETTI, *Seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2000, pp. 177-217.

⁷ Sia consentito rinviare, a questo riguardo, ad A. LO GIUDICE, *Il soggetto plurale. Regolazione sociale e mediazione simbolica*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁸ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 60 (ed. or. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr, Tübingen, 1929).

visibile, e politicamente spendibile, l'identità governanti-governati è quella del *popolo*⁹, se intesa quale frutto di un pensiero sull'unità e sull'identità a partire dalla moltitudine empirica degli individui.

Infatti, il popolo non è, alle origini della tradizione democratica moderna, una realtà empirica. È piuttosto la persona rappresentativa, nel senso della maschera concettuale, dell'unità e dell'identità. È quindi una condizione di pensabilità della democrazia ma, in quanto tale, trascende le volontà empiriche, per rappresentare l'idea dell'unità, e non della somma, di tutte le volontà individuali. Il popolo è empiricamente introvabile¹⁰, dunque difficilmente rappresentabile, e per questo deve essere incarnato (dal sovrano assoluto in Hobbes), o azionato e retamente guidato (dal Legislatore in Rousseau), o inteso, secondo il più coerente rigore filosofico, come un'idea della ragione (nella teoria di Kant) e come parametro di legittimità delle leggi in quanto espressione storico-concettuale di un interesse autenticamente generale e ancora, nel corso dell'Ottocento, come espressione di una patria e di una repubblica (in elaborazioni militanti e radicali come quella di Mazzini)¹¹.

Sul piano dell'esercizio del potere nell'ambito della forma democratica, l'introvabilità empirica del popolo genera però inevitabilmente molteplici forme di rappresentazione dell'unità politica che danno vita a tecniche concretamente rappresentative. Tecniche che, è bene ribadirlo, presuppongono la possibilità di un pensiero sull'interesse generale, presuppongono cioè la realtà ideale e fondativa di un interesse che è generale in quanto di tutti, in grado quindi di legittimare, secondo la logica contrattualistica, l'istituzione democratica. Il problema tutto moderno è dunque, come è stato osservato, «quello dell'espressione della volontà politica dell'unico soggetto legittimo, cioè il popolo»¹². Queste tecniche, che la democrazia moderna ha elaborato e sperimentato nel

⁹ Per un'ampia e accurata ricognizione storico-concettuale del popolo come fonte dell'autorità politica, nonché delle aporie costitutive della «democrazia dei moderni», si veda l'opera, in tre volumi, *Il governo del popolo*, Viella, Roma, 2011-2014 (il primo è a cura di G. RUOCCO e L. SCUCCIMARRA, il secondo e il terzo sono a cura di G. BONAIUTI, G. RUOCCO, L. SCUCCIMARRA). Cfr., anche, V. PAZÈ, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

¹⁰ Sulla difficile rappresentazione del popolo è d'obbligo il riferimento a P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia* (1998), Il Mulino, Bologna, 2005.

¹¹ Cfr. M. RIDOLFI (a cura di), *La democrazia radicale nell'Ottocento europeo. Forme della politica, modelli culturali, riforme sociali*, Feltrinelli, Milano, 2006.

¹² G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 171.

tempo, mirano a rendere presente, seppur incompiutamente, il popolo empiricamente assente. Mirano cioè a rendere operativo, sul piano politico concreto, il principio legittimante di un autogoverno guidato dall'interesse generale. Va letta in questo senso la forma politica concreta della "democrazia rappresentativa"¹³, costruita intorno al sistema della delega politica e al mandato ad agire in nome del popolo¹⁴, nonché ad una concezione pluralistica dei soggetti e delle organizzazioni politiche.

Naturalmente, il problema della visibilità politica di un popolo materialmente invisibile si pone concretamente quando si affermano le condizioni per attribuire al popolo stesso la qualifica di "sovrano", come accade nel contesto della Rivoluzione Francese¹⁵.

A tal punto, non può non essere avvertita la necessità di affiancare alla rappresentazione dell'unità politica, garantita dall'idea stessa di sovranità, la rappresentanza politica vera e propria che ha per oggetto specifico il popolo quale soggetto sovrano.

Da qui germoglia concettualmente l'idea della democrazia rappresentativa, non come forma politica volta meramente ad esprimere (rappresentare) i molteplici interessi particolari, quanto piuttosto come forma di organizzazione del potere tesa a rendere tecnicamente operativo e politicamente legittimo il popolo sovrano¹⁶. A ciò si giunge tramite

¹³ Per un'analisi dei principi di fondo della democrazia rappresentativa, è d'obbligo il rimando all'ormai classico testo di B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo* (1995), Il Mulino, Bologna 2010. Si segnala, tra gli altri, anche N. URBINATI, *Democrazia rappresentativa: sovranità e controllo dei poteri* (2006), Donzelli, Roma, 2010.

¹⁴ Va letta cioè, come sostiene Y.C. ZARKA, *La légitimité démocratique en question*, in ID. (éd.), *Repenser la démocratie*, Armand Colin, Paris 2011, p. 80, alla luce dell'esigenza di storicizzare il principio della sovranità popolare una volta assodata la sua carica fondativa e legittimante dal punto di vista razionale: «Si la souveraineté est celle des peuples réels, elle doit pouvoir s'historiciser, c'est-à-dire abandonner le statut de pureté, d'absoluité et de sacralité que Rousseau lui conférait».

¹⁵ Come è stato sottolineato, «[g]li anni 1780-1800 sono di decisiva importanza per la comprensione moderna di democrazia. I significati odierni della parola vennero sviluppati e diffusi essenzialmente in quel periodo». «L'uso linguistico si trasformò soprattutto in due direzioni: [...] divenne definitivamente un concetto politico generalmente diffuso (anche se continuamente e vivacemente conteso) che servì sia alla autorappresentazione di determinati orientamenti di partito, sia alla denominazione di istituti costituzionali; [...] si verificò anche un ampliamento del contenuto [...] per accogliere valori più generali che facevano riferimento alla società e alla filosofia della storia» (W. CONZE *et alii*, *Democrazia*, cit., p. 63).

¹⁶ Questa ricostruzione è, d'altra parte, confermata anche da quelle critiche rivolte contro la democrazia rappresentativa soprattutto a causa della degenerazione privatistica del meccanismo parlamentare. È il caso della celebre critica di Carl Schmitt alla democrazia

l'istituzione di assemblee parlamentari elette dai cittadini (i cui membri non a caso rappresentano la nazione e non gli interessi particolari dei collegi presso cui sono stati eletti, come coerentemente prevede l'art. 67 della Costituzione italiana) che vengono concepite come il luogo privilegiato dove l'interesse generale può essere *politicamente elaborato*, a valle del confronto e del conflitto tra i diversi punti di vista rappresentati, e *giuridicamente azionato* attraverso la forma normativa della legge generale e astratta.

È questo, dunque, l'orizzonte concettuale che consente di comprendere la specificità teorica e pratica della democrazia parlamentare, nella prospettiva della democrazia come «indicatore di movimento della storia»¹⁷. Un orizzonte che, naturalmente, nel tempo si arricchisce e si complica attraverso molteplici processi storici che conducono, nel secondo Novecento, alla combinazione compiuta tra la democrazia rappresentativa, lo Stato costituzionale e lo Stato sociale.

3. *Dentro la crisi (e i suoi effetti)*

Bisogna però considerare che, ormai da decenni, la democrazia parlamentare, quale forma dominante di traduzione materiale dell'ideale regolativo democratico fondato sulla logica dell'autogoverno, soffre di una crisi strutturale¹⁸.

rappresentativa in cui uno dei punti di attacco è la configurazione storico-materiale dei parlamenti dei primi decenni del Novecento simili a veri e propri luoghi per svolgere trattative private. Ma di principio, anche per Schmitt, ad esempio in *Cattolicesimo romano e forma politica – La visibilità della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 51 (ed. or. *Römischer Katholizismus und politische Form*, Hegner, Hellerau, 1923), il parlamentarismo risponde all'esigenza della rappresentazione dell'unità politica: «Tuttavia l'odierno parlamentarismo – almeno secondo i suoi fondamenti ideali e teorici – implica il pensiero della rappresentazione». Il concetto è ulteriormente ribadito ne *La dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 286 (ed. or. *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928) dove si afferma che nello Stato borghese di diritto «il parlamento o la rappresentanza popolare presuppone sempre una vera e propria rappresentanza del tutto, cioè della nazione, del popolo unito politicamente. Il parlamento non è ancora inteso come un comitato di rappresentanti di interessi».

¹⁷ W. CONZE *et alii*, *Democrazia*, cit., p. 83.

¹⁸ *Ex multis*: A. BURGIO, *Senza democrazia. Un'analisi della crisi*, DeriveApprodi, Roma, 2009; C. GALLI, *Il disagio della democrazia*, Einaudi, Torino, 2011; D. PALANO, *La democrazia senza qualità. Le "promesse non mantenute" della teoria democratica*, Mimesis, Milano, 2015. In precedenza: M. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, J. WATANUKI, *La crisi della democrazia* (1975), Franco Angeli, Milano, 1977.

Si tratta di una crisi che va letta, soprattutto, alla luce della crisi dell'idea stessa di Stato sociale democratico, cioè della cornice storico-politica entro cui tale forma di democrazia si è da ultimo consolidata. L'obiettivo storico dei modelli europei di Stato sociale è stato certamente quello della piena occupazione, ma associato non a caso alla piena titolarità dei diritti politici e di cittadinanza. In altre parole, associato alla piena capacità dei cittadini di agire, allo stesso tempo, quali autori e destinatari delle leggi contribuendo alla formazione di uno spazio pubblico condiviso. In questo senso, il modello europeo di Stato sociale coincide con un modello più elaborato di democrazia parlamentare, in quanto riconducibile alla pretesa politica di garantire ai cittadini non solo libertà e autonomia ma anche eguaglianza sostanziali. Se lo Stato si occupa effettivamente dei bisogni materiali dei cittadini – e, a partire dal secondo Novecento, appunto, delle cittadine – attraverso interventi deliberati dalle istituzioni democratiche, i cittadini saranno tendenzialmente incentivati in misura maggiore a contribuire alla formazione della volontà pubblica che si compie in Parlamento usufruendo dei meccanismi e delle infrastrutture della democrazia rappresentativa (voto, sindacati, partiti).

La crisi dello Stato sociale democratico è, in particolare, il frutto di mutate condizioni materiali combinate a capovolgimenti ideal-politici. È riconducibile sia al mutato equilibrio politico-istituzionale seguito al crollo del Muro di Berlino sia ai processi di globalizzazione economico-sociale e giuridica¹⁹.

Concettualmente, la crisi dello Stato sociale democratico, e della forma rappresentativa di stampo parlamentare da esso veicolata, coincide con la crisi delle forme istituzionali di protezione sociale di stampo solidaristico o, con altro lessico, della cittadinanza sociale²⁰.

Negli ultimi decenni, gli attori nazionali tradizionali si trovano ad affrontare problemi di natura globale con strumenti istituzionali disegnati

¹⁹ Si vedano, in proposito, le opere di MARIA ROSARIA FERRARESE: *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000; *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002; *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006; *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010.

²⁰ Per una ricognizione storico-concettuale di questa nozione – strettamente connessa alla figura dei diritti sociali – si veda, da ultimo, C. CALABRÒ (a cura di), *Le vie della cittadinanza sociale in Europa (1848-1948)* Edizioni Storia e Letteratura, Roma, 2020. Per un'indagine con riferimento anche al più recente dibattito si veda M. LA TORRE, in ID., *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 219-246.

per risolvere questioni di portata locale. Ciò è il frutto dell'ampliamento, su scala mondiale, della scena del mercato e dei processi economici che (ri-)assumono i connotati di «poteri selvaggi»²¹, nonché della sfasatura tra spazio politico e sociale nazionale, da una parte, e spazio economico globale, dall'altra²².

Entro uno scenario così mutato, regolato dalla logica della competitività, gli Stati, come tradizionali attori politici, godono di un potere limitato di direzione strategica dell'economia, subiscono la concorrenza entro lo scenario globale, e giungono quindi a smantellare i sistemi di protezione e sicurezza sociale²³.

Del resto, il dato della globalizzazione si intreccia a fattori interni di crisi che, soprattutto dal punto di vista delle ricadute finanziarie, sorgono già alla fine degli anni Sessanta. Basti pensare all'aumento delle aspettative di vita; al calo del tasso di natalità; alla riduzione del numero delle persone impiegate nell'industria; allo sviluppo di nuove forme di povertà ed esclusione sociale, ma anche di pratiche inedite di sfruttamento.

Come effetto di questo processo, lo stesso sistema politico-partitico continentale muta, in base cioè alla mutazione dei tradizionali riferimenti sociali ed elettorali (si pensi alla scomposizione della classe operaia e alla sua perdita di centralità²⁴), e quindi di legittimazione democratica. Di conseguenza, un'ulteriore crisi si è aggiunta a quelle sin qui descritte: la crisi del partito di massa²⁵, e cioè del principale strumento politico e istituzionale posto a sostegno della democrazia parlamentare nel Welfare State.

La molteplicità dei fattori menzionati spiega, sul piano socio-politico, la disfunzionalità materiale e simbolica della democrazia parlamentare contemporanea.

Da una parte, per le ragioni macro-economiche sopra riportate, gli atti giuridici delle istituzioni rappresentative in larga parte non producono effetti funzionali ai bisogni dei soggetti che secondo la logica democratica

²¹ L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

²² Cfr. L. GALLINO, *Globalizzazione e diseguaglianze*, Laterza, Roma-Bari, 2000; ID., *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011.

²³ Cfr. O. HÖFFE, *La democrazia nell'era della globalizzazione* (2007), Il Mulino, Bologna 2007.

²⁴ Ma sul punto si vedano le acute argomentazioni contenute in L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, intervista a P. Borgna, Laterza, Roma-Bari, 2012.

²⁵ Sul punto si vedano le acute osservazioni di M. REVELLI, *Finale di partito*, Einaudi, Torino, 2013. Un'embrionale, e assai lucida, disamina delle cause strutturali di questo esito, era già avviata in P. FARNETI, *Elementi per un'analisi della crisi del partito di massa*, in «Democrazia e diritto», 5-6, 1978, pp. 14-24.

sarebbero gli autori ultimi di tali atti.

Dall'altra, a causa della crisi strutturale dei sistemi di organizzazione e mobilitazione politica di massa, i contesti sociali si atomizzano progressivamente rendendo impensabile la sostanza simbolica di un interesse generale che sia frutto del confronto e del conflitto tra diverse posizioni ideali, nonché tra diverse espressioni di interessi particolari.

Tale crisi strutturale della democrazia parlamentare rappresentativa ha determinato una vera e propria "metamorfosi della forma democratica", sempre più de-ideologizzata e sempre più ridotta a un insieme di procedure che consentono la giustapposizione e la negoziazione di interessi privati²⁶, esito di una potente opera di *disintermediazione* tesa a decostruire l'articolazione pluralistica della democrazia maturata nel corso del Novecento²⁷.

La *privatizzazione della sfera politica* è, a ben vedere, l'orizzonte di comprensione della pratica democratica contemporanea. Una pratica che si articola spesso intorno a partiti personali²⁸, subalterna a una logica globale economica di tipo finanziario, e trasformata in mera aggregazione di preferenze calcolabili e, soprattutto, manipolabili all'interno dell'arena digitale²⁹, ove i cittadini rischiano di essere ridotti a meri user³⁰.

La crisi della democrazia rappresentativa è dunque la crisi stessa dei luoghi in cui era possibile canalizzare il conflitto e strutturare la mediazione politica, della capacità delle istituzioni di inquadrare le istanze particolari all'interno di un progetto di società in cui, in qualche modo, tutti e tutte possano riconoscersi.

²⁶ Sia consentito rinviare a questo riguardo a A. LO GIUDICE, *La democrazia infondata: dal contratto sociale alla negoziazione degli interessi*, Carocci, Roma, 2012.

²⁷ Sul tema: C. BIANCALANA (a cura di), *Disintermediazione e nuove forme di rappresentazione*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano 2018; F. Bassanini (a cura di), *Il mostro effimero: democrazia, economia e corpi intermedi*, Il Mulino, Bologna, 2019. Cfr., anche, P. STRINGA, *Che cos'è la disintermediazione*, Carocci, Roma, 2017.

²⁸ Sia consentito rinviare a tal proposito a TH. CASADEI, *Mitologie del popolo e realtà del capo. Nuove tecnologie e organizzazioni politiche nel contesto italiano*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 3, 2015, pp. 877-900 (fascicolo monografico dedicato a "Partiti antisistema e partiti anti-partito nella crisi della rappresentanza politica")

²⁹ Su questi esiti si veda D. PALANO, *Bubble democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Scholé, Milano, 2020. Cfr., anche, G. GIACOMINI (a cura di), *Potere digitale: come Internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Prefazione di M. Sorice, Meltemi, Milano, 2018.

³⁰ Su questo punto si veda l'efficace trattazione condotta in S. PIETROPAOLI, *Capitalismo, democrazia e rivoluzione digitale*, in A. Cavaliere, G. Preterossi (a cura di), *Capitalismo senza diritti?*, Quaderni del Laboratorio H. Kelsen, Mimesis, Milano-Udine, 2021.

4. *Risposte: il caso italiano*

Nel dibattito pubblico italiano la crisi della democrazia parlamentare, soprattutto nell'ultimo decennio, ha dato forza all'idea del destino fatalmente segnato del parlamento che si è affermata grazie soprattutto all'ascesa di un movimento, come quello dei Cinque stelle, che al contempo ha rilanciato l'ideale della democrazia diretta.

Ciò ha dunque generato l'esigenza, come suggerisce **Lucia Corso** nel suo contributo, di riesaminare il rapporto tra critica radicale alla democrazia rappresentativa parlamentare (e suoi esiti in direzione dell'antiparlamentarismo) e democrazia.

L'antiparlamentarismo – soprattutto in una delle tre tipologie accuratamente descritte da Corso – «tocca al cuore una delle ambivalenze del principio democratico, il quale da un lato poggia sull'idea che le decisioni politiche vadano ricondotte alla volontà popolare, ma dall'altro affida ad un gruppo ristretto di rappresentanti la decisione politica».

La critica nei confronti dell'istituzione parlamentare si è tramutata così in una sempre più aggressiva spinta antiparlamentare sollecitando anche un vero e proprio «spirito punitivo» nei confronti dei parlamentari, intesi non più anche come espressione delle organizzazioni partitiche di massa e degli interessi dei vari settori della società ma esclusivamente come classe politica lontana dai bisogni della società e incapaci di assumere scelte in maniera efficace. È maturata l'idea di sbarazzarsi, infine, di una forma obsoleta di intermediazione politica come il Parlamento.

È in questo contesto che si colloca il recente referendum per la riforma costituzionale di modifica degli artt. 56, 57 e 59 della Costituzione, di recente approvata, che riduce il numero dei parlamentari³¹.

Se il clima iniziale della campagna referendaria pareva non consentire neppure un vero e proprio dibattito sulle due opzioni possibili – a favore della riforma o contro – a tal punto prevalente e pressante pareva la spinta verso “il taglio” (espressione adottata come slogan dai

³¹ La legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1 “*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*” è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 261 del 21 ottobre 2020. La legge costituzionale prevede la riduzione del numero dei parlamentari da 630 a 400 deputati e da 315 a 200 senatori elettivi.

principali proponenti della riforma, appunto dagli esponenti del Movimento Cinque stelle e dal loro capo politico Luigi Di Maio) – le cose sono cambiate nel corso di una campagna molto breve e condotta in condizioni eccezionali, a causa della pandemia da covid-19; sono infatti emerse una serie di argomentazioni teoriche sia a supporto sia contro il provvedimento di riforma che sono alla base di questo fascicolo e delle riflessioni condotte in questo contributo di apertura.

Ricollegandosi direttamente al quadro delineato da Corso, Filippo Pizzolato e Alessandro Morelli, attingendo all’approccio e agli strumenti del diritto costituzionale, con i loro contributi offrono un saggio di alcune delle principali argomentazioni che si sono confrontate.

Secondo la prospettiva di **Filippo Pizzolato**, la recente riduzione del numero dei parlamentari configura un intervento riformatore che può essere accolto come «occasione propizia» «per portare in scena la nuda essenzialità e anche la parzialità del Parlamento e avviare così un processo riformatore che lo rivesta di senso democratico-costituzionale». Da questo punto di vista, lo spirito antiparlamentare – mutuando l’espressione di Corso – potrebbe così tramutarsi in una forma di riabilitazione e riscatto della democrazia stessa.

Nel quadro costituzionale non vi sarebbe infatti «una via di esercizio della sovranità popolare, ma *forme* (al plurale) e *limiti* i quali non sono freni *alla* sovranità popolare», ma «il confine intrinseco di ognuna delle sue forme d’espressione in rapporto alle altre, di ognuno dei suoi canali in rapporto agli altri».

Seguendo questo ragionamento – che si pone nel solco dell’interpretazione della funzione del Parlamento di padri costituenti come Giorgio La Pira e Costantino Mortati che vi affidavano il compito di «un rispecchiamento delle pluralistiche espressioni popolari arricchito rispetto a quello garantito dalla mediazione partitica, già allora percepita come insufficiente» – la «Costituzione apre una pluralità perfino di canali rappresentativi, collocati a diversi livelli territoriali, ma anche spazi garantiti di autonomia personale, sociale e istituzionale».

Da quest’angolazione è orientata anche l’interpretazione del fenomeno più discusso negli ultimi anni in relazione alla «trasfigurazione della democrazia»³², il *populismo*, il cui vero rischio non sarebbe

³² Cfr. N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, EGEA, Milano, 2014. In una vastissima letteratura, si vedano una delle prime riflessioni sul mutamento in corso nelle democrazie europee e occidentali, quella di Y. MÈNY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia* (2000), Il Mulino, Bologna, 2001, e una delle trattazioni più accurate del

rappresentato dal «moto di ribellione, ben comprensibile, verso *élites* dimostratesi irresponsabili e autoreferenziali» – come scrive Pizzolato – quanto piuttosto da «l'idolatria di un immaginario popolo ridotto a una sola voce (fatalmente quella del potere)».

La risposta alla crisi della democrazia non è dunque quella della democrazia digitale/telematica o, d'altro canto, quella della tentazione populista (bonapartista, cesarista), che fa affidamento nell'autorità di un leader, immaginando che questo sia “buono” e capace di risolvere da solo le complessità del reale. L'indicazione è, semmai, quella di esplorare i «sentieri tracciati dalla Costituzione»³³, riattivando e valorizzando gli spazi effettivamente plurali di azione e di protagonismo della cittadinanza.

Se non sono mancate le argomentazioni che hanno sottolineato come la riforma in questione fosse ispirata in verità ad una forma radicale di antiparlamentarismo capace di costituire una minaccia per il sistema democratico, **Alessandro Morelli**, dal canto suo, mostra come durante la campagna referendaria tra gli stessi sostenitori della riforma siano emerse differenti (e, a suo avviso, «inconciliabili») visioni della democrazia e, conseguentemente, diverse idee sull'indirizzo che il discorso sulle riforme avrebbe dovuto (o dovrebbe) assumere dopo il “taglio”.

Si tratta, di fatto, di quattro risposte alla crisi della democrazia parlamentare che rinviano a diversi ambiti e che reagiscono alla “crisi di fiducia” verso il sistema rappresentativo³⁴, investendo altresì un forte potenziale di fiducia in altri strumenti che sarebbero risolutivi.

Una prima concezione è quella della *democrazia diretta digitale*, o *elettronica*³⁵, cui si è già fatto cenno.

In questa visione, gli strumenti della democrazia diretta dovrebbero sostituirsi (o comunque ritenersi prevalenti rispetto) a quelli della democrazia rappresentativa, destinata a essere superata dallo sviluppo delle tecnologie. Per i sostenitori di tale idea, il taglio del numero dei

contesto italiano, quella di M. TARCHI, *Italia populista: dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2018.

³³ F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Carocci, Roma, 2019.

³⁴ Su questo aspetto il rinvio è a P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), Castelvecchi, Roma, 2012.

³⁵ G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2017; G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, ETS, Pisa, 2017. Per una seminale trattazione di questi profili si vedano S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997 (ediz. accresciuta nel 2004); ID., *Iperdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

2/2020

parlamentari si inserirebbe nell'ambito di un più ampio disegno antiparlamentarista, volto a ridimensionare il ruolo delle Camere a vantaggio degli strumenti di democrazia diretta e partecipativa, la cui applicazione andrebbe potenziata o veicolata, appunto, da un massiccio *impiego di mezzi informatici, a cominciare dal voto elettronico*³⁶.

La seconda visione è quella della *democrazia maggioritaria, decidente, dell'alternanza*, un modello che ispira da diversi decenni una considerevole quota dello schieramento politico italiano e che connota l'orientamento, invero per nulla neutrale, di molti politologi. Qui la prospettiva cui si mira è un sistema bipolare che potrebbe originare dalla giusta combinazione di regole costituzionali e regole elettorali. L'affidamento è, in questo caso, a *precise tecniche di tipo prettamente istituzionale*.

I sostenitori della democrazia maggioritaria trascurano, tuttavia, il fatto che un eventuale bipolarismo appare piuttosto come un portato culturale non riproducibile con l'adozione di un sistema elettorale maggioritario o con qualche correzione dell'assetto istituzionale. «Per costoro», osserva Morelli, «l'effetto "ipermaggioritario" prodotto dalla combinazione tra la riduzione del numero dei parlamentari e l'attuale legge elettorale non sarebbe un danno bensì una correzione utile per la realizzazione di una compiuta democrazia dell'alternanza».

Nel dibattito pubblico svoltosi durante la campagna referendaria si è rivelata, poi, una terza visione, quella propria dei sostenitori di una *democrazia partecipativa localistica e autosufficiente*, una concezione che, valorizzando – come suggerisce per certi versi anche Pizzolato – il ruolo e le possibilità dei consessi locali, ritiene questi ultimi una linfa vitale per la democrazia, arrivando, secondo alcune teorizzazioni, ad essere del tutto (o quasi) fungibili rispetto al Parlamento nazionale. Il richiamo è qui ad una versione diversa della democrazia stessa e, dunque, a *strumenti che attengono le forme e le pratiche della partecipazione e della cittadinanza attiva*.

Una quarta visione è, infine, quella della *democrazia "giudiziaria"* e poggia sull'idea che giudici e corti siano, se non i soli, certo i soggetti più legittimati a decidere sulle questioni pubbliche fondamentali, in forza di una presunta superiorità morale rispetto agli attori politici o, più semplicemente, perché dispongono di mezzi inaccessibili agli altri organi istituzionali.

Chi muove da questa convinzione confida sul fatto che ad eliminare le disfunzioni del sistema politico siano organi previsti dalla democrazia

³⁶ Cfr. M. MANCARELLA, *eVoting e nuove dimensioni della democrazia*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2013.

parlamentare che dovrebbero acquisire una centralità pressoché assoluta: *i corpi della magistratura e del potere giudiziario*.

Se l'attivismo giudiziale può essere concepito, come ricorda **Rosaria Piroso** nel suo contributo, come «una conseguenza della crisi della “democrazia parlamentare e costituzionale”», esso può rappresentare anche una risposta, che va oltre «una forma di governo improntata alla dialettica tra forze politiche e sociali, orientate a costruire e condividere uno spazio comune entro il quale si estrinsechi una libera competizione».

La “politicità della giurisdizione” nelle società pluralistiche si può estrinsecare allora in una funzione di indirizzo politico che supplisca alle carenze degli altri poteri (*in primis* quello legislativo), rivestendo un ruolo nevralgico nella tutela dei diritti e, dunque, non minacciando la politica ma riarticolandone gli spazi di deliberazione.

Tuttavia, laddove il portato del costituzionalismo liberale – che sta alla base, del resto, della democrazia parlamentare – venga messo in tensione, forse non si può affermare assiomaticamente che la gestione giudiziaria dei conflitti incorpori un principio di autolimitazione e, secondo la logica dello “Stato giurisdizionale”, tenda al superamento delle disuguaglianze stabilite dalla legge.

Sul piano teorico, l'idea di un «costituzionalismo giuridico/giudiziario» si è rafforzata negli ultimi decenni in parallelo con la crisi della democrazia rappresentativa: essa fa del giudice il protagonista di *policies* sempre più estese ed incisive, fuori dalla logica della partecipazione e del consenso³⁷.

In Italia, il momento storico-genetico dell'espansione giudiziale ha segnato una relazione conflittuale tra il potere politico e il potere giudiziario, in parte riconducibile, come ricorda Piroso, «alla necessità di metabolizzare la centralità dei giudici in un sistema di *civil law*, in parte

³⁷ È ciò che, in chiave critica, va sotto il nome di *juristocracy*: R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 2004. Cfr., sul punto, P. COSTA, *Democrazia e Stato costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006, p. 66; A. AMENDOLA, *I confini del diritto. La crisi della sovranità e l'autonomia del giuridico*, Esi, Napoli, 2003 e, per un'articolata critica, B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi: un saggio* (2016), a cura di G. Stella, Mucchi, Modena, 2018. Sui profili applicativi di un costituzionalismo «di matrice giudiziaria», con specifico riferimento al controverso territorio disciplinare della bioetica, si veda G. CRICENTI, *I giudici e la bioetica: casi e questioni*, Carocci, Roma, 2017. Sulle stesse tematiche si veda anche A. Pisanò, *Crisi della legge e litigation strategy: corti, diritti e bioetica*, Giuffrè, Milano, 2016.

connesso al ruolo nevralgico che i magistrati hanno avuto nel concorrere a tracciare il passaggio tra la “Prima Repubblica” e la “Seconda Repubblica”³⁸.

Una tensione, quella delineata, che, a fasi alterne, si ripropone quasi come tratto sistemico, ma senza la radicalità che ha segnato il passaggio di fase succitato nella complessa storia della democrazia parlamentare in Italia, a lungo imperniata sul ruolo centrale dei partiti politici³⁹.

Si accennava, poco sopra, alla proposta di democrazia diretta che sarebbe possibile grazie alle tecnologie digitali.

Il cuore del messaggio politico del movimento Cinque stelle, e dei suoi “ideologi” Beppe Grillo e Gianroberto Casaleggio, è stato il superamento della democrazia rappresentativa attraverso la *net democracy*⁴⁰, un sistema in cui le decisioni politiche vengono prese attraverso strumenti di intelligenza collettiva⁴¹. Di qui l’idea dell’obsolescenza che avvolgerebbe il parlamento.

Rispetto alla crisi della democrazia parlamentare e alle risposte di questo tipo molteplici sono gli interrogativi connessi all’avanzare delle nuove tecnologie digitali; dal nostro punto di vista essi celano certamente «insidie populiste» (e queste hanno caratterizzato anche la recente revisione costituzionale italiana) ma anche alcune inedite possibilità.

Se affidare le pratiche democratiche a potenti calcolatori in grado di risolvere i problemi al nostro posto mediante algoritmi può avere un certo fascino, siffatta prospettiva non è aliena da profili fortemente problematici⁴².

³⁸ In generale, su questi profili resta fondamentale A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

³⁹ P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti: profilo storico della democrazia in Italia, 1945-1990*, Il Mulino, Bologna, 1991; ID., *La repubblica dei partiti: evoluzione e crisi di un sistema politico, 1945-1996*, Il Mulino, Bologna, 2006.

⁴⁰ Gaia. The future of politics.

https://www.youtube.com/watch?v=sV8MwBXmewU&ab_channel=CasaleggioAssociati

⁴¹ Grande affidamento su queste possibilità ha rivolto in alcune sue opere emblematiche PIERRE LÉVY: *Cyberdemocrazia: saggio di filosofia politica*, Mimesis, Milano, 2008.

Per alcuni profili problematici di questa proposta sia consentito rinviare a TH. CASADEI, *La democrazia nell’era di Internet: la filosofia politica di Pierre Lévy e il dibattito contemporaneo sulle reti digitali*, in «Filosofia politica», 1, 2014, pp. 143-154. Cfr., anche, L. CORCHIA, *La democrazia nell’era di Internet: per una politica dell’intelligenza collettiva*, con un saggio inedito di P. Lévy, Le Lettere, Firenze, 2011.

⁴² Si veda, in proposito, M. MEZZA, *Algoritmi di libertà. La potenza del calcolo tra dominio e conflitto*, Donzelli, Roma, 2019, il quale affronta il nodo di come la scienza matematica possa e debba essere oggetto di un nuovo contratto sociale e occasione di una

Come osserva puntualmente **Silvia Salardi**, nel suo contributo, «tra i tanti problemi che la democrazia in forma digitale deve affrontare [...] vi è quello di creare reali spazi pubblici di consultazione che siano accessibili a tutti nel rispetto dei diritti fondamentali».

Prima ancora, dunque, «di discutere circa il ruolo che al popolo deve essere attribuito nella decisione politica, ossia se deve esprimere un parere non vincolante ma rilevante oppure se la volontà popolare debba avere carattere deliberativo in senso stretto, vanno creati degli spazi pubblici a cui tutti possano accedere attraverso procedure semplici, trasparenti, in cui gli argomenti di discussione sono spiegati e resi comprensibili ai più. Questo problema non è ancora risolto».

A molti degli spazi di consultazione disponibili accede per lo più – ed è questa una questione centrale nella discussione delle possibili risposte alla crisi del sistema della democrazia parlamentare più – un pubblico *elitario*, sia perché manca un’equa distribuzione della possibilità di accesso, sia perché manca un altrettanto equa distribuzione delle competenze deliberative dei partecipanti.

Creare sfere pubbliche in cui varie comunità di persone, da quella nazionale a quella transnazionale, possono partecipare attivamente all’attività democratica, in cui vi sia attuazione concreta del principio dell’inclusività, «non è un problema solo tecnico, risolvibile con il ricorso al progresso tecnologico», ma un problema di tipo tutto politico.

Non vi è infatti solo il problema di ideare lo strumento o gli strumenti tecnologicamente adeguati a garantire il facile accesso e l’utilizzo trasparente delle sfere pubbliche di democrazia digitale; il problema della realizzazione dell’inclusività rimanda a quello della promozione e attuazione in concreto dell’«autonomia decisionale del popolo».

Si ricordava in precedenza che siffatta autonomia è un dato costitutivo della democrazia, ma è un elemento la cui realizzazione va costantemente ricercata e sviluppata.

negoiazione, anche conflittuale, fra gli utenti e i grandi proprietari dei dispositivi digitali. Cfr. anche G. FIORIGLIO, *Dittatura e censura dell’algoritmo. Neutralità, poteri e responsabilità dei motori di ricerca web automatici*, in «Rivista elettronica di diritto, economia, management», 1, 2015, pp. 63-86; N. LETTIERI, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Mucchi, Modena, 2000; G. Ziccardi, *L’uso dei social network in politica tra alterazione degli equilibri democratici, disinformazione, propaganda e dittatura dell’algoritmo: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in «Ragion pratica», 1, 2020, pp. 51-70. Diversi spunti critici sono contenuti anche in S. AMATO, *Biodiritto 4.0: intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2020.

La possibilità del governo e della partecipazione democratica – secondo i canoni della democrazia parlamentare di cui si è fatto cenno all’inizio – deve fare i conti con una dimensione non solo *quantitativa*, ma anche *qualitativa*, come del resto ammonivano le argomentazioni rispetto ad una concezione allargata della democrazia elaborate da Gaetano Mosca (richiamate nei contributi sia di Salardi sia di Corso).

Affinché la democrazia digitale non diventi una democrazia eterodiretta, i fruitori della tecnologia devono essere nelle condizioni pratiche di poter accedere a luoghi di discussione pubblica e di esprimere un consenso o un dissenso realmente informato.

«Il problema quindi dell’educazione culturale o alfabetizzazione dei singoli che compongono il *demos*» – come nota Salardi – diviene pertanto «una precondizione per l’esercizio della democrazia digitale». Tali aspetti più che in una logica di sostituzione possono porsi allora come una sollecitazione per la democrazia parlamentare a riconfigurare le sue dinamiche di partecipazione e a ripensare le forme del pluralismo che sempre dovrebbe connotarla.

I profili tecnologici della democrazia e la sfida sferrata ad essa da nuovi soggetti fortemente oligarchici come le multinazionali⁴³, ma pure la potenza dei grandi *players* globali che sono proprietari dei dispositivi digitali, impongono alla riflessione sulla democrazia di fare i conti con i suoi confini.

Da questi presupposti scaturisce la prospettiva che, mediante la revisione dei modelli costituzionali, coglie l’esigenza di espandere il «paradigma costituzionale attraverso lo sviluppo di un *costituzionalismo dei beni* – da tutelare o da proibire – in aggiunta al *costituzionalismo dei diritti*, all’altezza dei mutamenti tecnologici che oggi assicurano o, al contrario, minacciano la sopravvivenza»⁴⁴.

A siffatta prospettiva guarda il contributo di **Luigi Mariano Guzzo**, il quale – a partire da una critica dei possibili esiti della *e-democracy* e, in particolare, dei messaggi veicolati dal portale “Rousseau”⁴⁵ – delinea una possibile risposta alternativa, ispirata da una elaborazione che si è tradotta anche in un documento recente.

⁴³ N. HERTZ, *La conquista silenziosa. Perché le multinazionali minacciano la democrazia* (2001), Carocci, Roma, 2001.

⁴⁴ L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018, 223.

⁴⁵ Su questi profili si veda l’affilata critica svolta in M. BARBERIS, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2020.

Secondo questa proposta, che mira a superare la crisi della democrazia parlamentare senza svalutarne i presupposti fondamentali, è necessario, da un lato, garantire l'accesso di tutti ai beni fondamentali (o ai *beni comuni*), naturali (l'acqua, ad esempio) o artificiali (internet); dall'altro, mettere al bando quei beni che Luigi Ferrajoli definisce *illeciti*, ossia le armi che sono tecnologicamente sempre più avanzate, e introdurre una serie di limiti ai poteri economici per contrastare il dominio dei mercati finanziari.

Per realizzare un simile programma costituzionale non può essere sufficiente continuare a circoscrivere il diritto all'esperienza statale e alle forme della democrazia parlamentare consolidate nel corso del Novecento. L'*incipit* dell'appello-proposta "Per una costituzione della terra"⁴⁶ è certamente indicativo in tal senso: «La democrazia è a pezzi, le armi crescono, il diritto è rotto in tutto il mondo».

La proposta è dunque quella di un *costituzionalismo mondiale* (la Costituzione della Terra – si legge nel documento – dovrà essere la «regola d'ingaggio e la bussola di ogni governo per il buongoverno del mondo») e di una «nuova soggettività politica del popolo della Terra»: «il costituzionalismo statale che ha dato una regola al potere, ha garantito i diritti, affermato l'eguaglianza e assicurato la vita degli Stati non basta più, occorre passare a un costituzionalismo mondiale della stessa autorità ed estensione dei poteri e del denaro che dominano la Terra»⁴⁷.

La speranza di superare la crisi, o meglio *le* diverse crisi⁴⁸, della democrazia parlamentare è, in questo caso, consegnata alla possibilità, concepita come un'autentica «esigenza», di pensare ad una «norma mundi»⁴⁹ che possa orientare il governo della società globale a livello

⁴⁶ R. LA VALLE, L. FERRAJOLI, V. ONIDA, A. PEREZ ESQUIVEL, R. NOGARO, P. MADDALENA, M. GUGLIELMI, R. PETRELLA ET AL., *Perché la storia continui. Appello-proposta per una Costituzione della terra*, in *Chiesa di tutti Chiesa dei poveri*, 27 dicembre 2019 (<https://www.chiesadituttichiesadeipoveri.it/appello-proposta-per-una-costituzione-della-terra/>).

⁴⁷ Ivi.

⁴⁸ Oltre ai testi citati in precedenza, si vedano, a tal riguardo, M. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2011; G. PRETEROSI, *La politica negata*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

⁴⁹ Cfr. C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi: la lucha por el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2015.

giuridico e, al contempo, ridare forza ad una democrazia sempre più «assediata», e da più parti⁵⁰.

Per resistere all'assedio, a partire dal presupposto che, a nostro avviso, la democrazia parlamentare non è affatto una forma di governo e di organizzazione della società superata, riteniamo che non basti intraprendere una sola via ricorrendo solo ad alcuni "strumenti di resistenza" e ad attrezzi risolutivi ma occorra sviluppare un progetto che sappia cogliere le diverse sfide del presente, a partire dalle lezioni del passato (tenendo ben a mente gli esiti cui ha condotto, nel Novecento, l'abbattimento delle forme parlamentari della democrazia) e senza timore di guardare dritto all'avvenire.

Sotto questo profilo, e solo procedendo per cenni per ragioni espositive, ci pare necessario: prendere sul serio le sfide della democrazia digitale (elettronica), intendendola come insieme di pratiche non alternative ma integrative e di rafforzamento degli spazi di partecipazione, consultazione, attivismo democratici; ripensare (o forse reinventare) le relazioni tra diversi livelli istituzionali, mediante un approccio *multilevel* che miri a contemperare istanze partecipative "dal basso" ed efficacia deliberativa su scala nazionale e sovranazionale, a cominciare dall'Europa⁵¹ ma con uno sguardo certamente aperto alla dimensione planetaria; senza trascurare, aggiungiamo, la necessità di riconfigurare, alla luce delle trasformazioni sociali avvenute negli ultimi decenni, il rapporto tra potere politico e potere giudiziario, anche in questo caso con attenzione sia alla dimensione interna agli stati sia a quella internazionale.

⁵⁰ M. LALATTA COSTERBOSA, *La democrazia assediata. Saggio sui principi e la loro violazione*, cit., in part. pp. 83-145, in cui propone un'articolata «mappa delle insidie» (p. 84) che mirano a mettere «sotto scacco la democrazia».

⁵¹ Su questo aspetto sia consentito rinviare a A. LO GIUDICE, *Istituire il postnazionale: identità europea e legittimazione*, Giappichelli, Torino, 2011.

LUCIA CORSO*

Antiparlamentarismo e democrazia.

Riflessioni a partire dalle riforme costituzionali del cambiamento**

SOMMARIO: 1. *Basta con questa musica dell'avvenire* – 2. *Riforme del cambiamento e spirito antiparlamentare* – 3. *Antiparlamentarismo vecchio e nuovo* – 4. *L'Antiparlamentarismo moderato può far abortire le ulteriori riforme.*

1. *Basta con questa musica dell'avvenire*

Nel 1919 Max Weber si professava stanco «di questa musica dell'avvenire»¹. Dolendosi del tono sprezzante con cui molti colleghi avevano attaccato il parlamento tedesco «spesso nella forma più arrogante ed esagerata, [...] e senza alcuna traccia della buona volontà di voler anche solo comprendere in genere le condizioni di esistenza di un parlamento efficiente»², Weber però faceva notare che «l'eliminazione realmente totale dei parlamenti non [era] stata chiesta sul serio da nessun democratico, per quanto prevenuto che fosse»³. Purtroppo sarebbe stato smentito già qualche anno dopo la sua morte.

Da qualche decennio, l'idea del destino fatalmente segnato del parlamento ha cominciato a circolare nel dibattito pubblico italiano⁴, imponendo di riprendere un tema che sembrava ormai accantonato, quello del rapporto fra antiparlamentarismo e democrazia.

Le dittature fasciste hanno travolto e oscurato le articolazioni interne all'antiparlamentarismo che animava i circoli accademici europei già fra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. Si è negli anni consolidata la tendenza a leggere l'antiparlamentarismo alla luce degli esiti foschi e drammatici che ha avuto: tendenza che se da un lato ha portato a

* Professoressa associata di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Enna "Kore".

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ M. WEBER, *Parlamento e governo*, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 110.

² *Ivi*, p. 3.

³ *Ivi*, p. 110.

⁴ <https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/07/23/casaleggio-inevitabile-superamento-del-parlamento-pd-autoritario-di-maio-camere-inutili-dimostriamo-contrario/4511114/>; cfr. anche

https://www.repubblica.it/politica/2020/09/23/news/grillo_non_credono_nel_parlamento_m_a_nella_democrazia_diretta_-268302537/

sottovalutare la ricchezza di un movimento di pensiero che formulava anche critiche costruttive al parlamentarismo⁵, dall'altro ha favorito l'identificazione dell'antiparlamentarismo con una sola delle sue forme e cioè con il cesarismo. E invece era chiaro sin dall'inizio che la protesta antiparlamentare poteva seguire due direzioni per così dire opposte. Sia Kelsen che Schmitt sapevano che un conto erano le critiche antiparlamentari che, denunciando le pastoie di un parlamento sempre più soggetto agli interessi privati o di partito, proponevano di affidare la direzione politica ad un leader scelto direttamente dalla popolazione e sostanzialmente svincolato dalla fiducia parlamentare⁶; altro erano le doglianze contro un eccessivo distacco dei parlamentari dalla volontà effettiva dei loro elettori, magari accompagnate alla proposta di seguire l'esempio della dittatura del proletariato russa⁷. Su quest'ultima forma di antiparlamentarismo, prevalentemente interessata ad affiancare elementi di democrazia diretta all'impalcatura rappresentativa, si sono spese meno parole: sia perché la proposta di una democrazia radicalmente diretta non è mai stata veramente presa sul serio, sia perché questa forma è stata ritenuta infinitamente meno minacciosa per il sistema democratico rispetto alla proposta cesarista.

Negli ultimi decenni la maggior parte delle riforme costituzionali tentate o riuscite in Italia è stata testata sulla base del rischio di una qualche deriva cesarista, così che difesa dello status quo e difesa del parlamentarismo hanno finito per sovrapporsi. Oggi però il dibattito pubblico italiano è obbligato a confrontarsi con quella forma di antiparlamentarismo a cui non si è mai dato troppo credito: quella che, invocando forme di democrazia diretta, asserisce di portare avanti l'autentico vessillo dello spirito democratico e che addirittura propone di sbarazzarsi di forme obsolete di intermediazione politica, prima fra tutte il parlamento.

⁵ A. MANZELLA, *Lo stato del Parlamento e il futuro del Parlamentarismo*, in *Nuova antologia*, 3/2009, pp. 29-38.; T. E. FROSINI, *L'antiparlamentarismo e i suoi interpreti*, in *Rass. Parl.*, 4/2008, pp. 864 ss.

⁶ E. KENNEDY, *Carl Schmitt's Parlamentarismus in Its Historical Context*, Introduction in C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, MIT University Press, Cambridge, 2000, XXVI-XXVII.

⁷ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *La democrazia*, a cura di G. Giavazzi, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 147; cfr. anche ID., *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, cit., p. 76; N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e diretta*, in ID., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 2014, p. 32.

In questo breve saggio si sosterranno due tesi: la prima, più fosca, che la riforma costituzionale appena approvata di modifica degli artt. 56, 57 e 59 della Costituzione, che riduce il numero dei parlamentari⁸ (d'ora in avanti "la Riforma"), se letta alla luce dell'intero pacchetto di riforme definite del cambiamento, che include l'introduzione di forme di vincolo di mandato imperativo, l'introduzione di una forma di referendum propositivo che risulterebbe dalla procedura rinforzata prevista per i disegni di legge di iniziativa popolare⁹ e la revisione del quorum referendario¹⁰, sia ispirata ad una forma radicale di antiparlamentarismo capace di costituire una minaccia per il sistema democratico. La seconda, meno pessimista, che poiché fra gli argomenti a sostegno della Riforma, se singolarmente considerata, ve ne sono alcuni, per così dire, più benevoli nei confronti del parlamento, c'è ragione di sperare che il radicalismo del pacchetto di riforme del cambiamento venga nel prossimo futuro temperato e perfino superato. Le due tesi sono radicate sull'opinione che occorre distinguere fra forme di antiparlamentarismo: sia per un'ecologia del giudizio (sulle riforme), ma anche per rimanere vigili sui pericoli insiti in un'eccessiva animosità nei confronti dell'istituzione parlamentare, senza per questo inibire qualsiasi tentativo riformatore. L'auspicio è tuttavia che le ulteriori riforme del pacchetto vengano accantonate.

2. Riforme del cambiamento e spirito antiparlamentare

L'idea che i guai dell'Italia dipendano da un assetto istituzionale datato e che dunque possano essere superati con una riforma costituzionale è vecchia quarant'anni. Tuttavia, per decenni sembrava che

⁸ La legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1 "Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari" è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 261 del 21 ottobre 2020. La legge costituzionale prevede la riduzione del numero dei parlamentari, da 630 a 400 deputati e da 315 a 200 senatori elettivi.

⁹ La proposta di legge costituzionale n. 1089 modifica la disciplina dell'iniziativa legislativa popolare ex art. 71 Cost. affiancandole un nuovo iter "rinforzato" che può esaurirsi, all'inverarsi di alcuni presupposti, in un'inedita – quanto meno per il nostro ordinamento – consultazione referendaria. Anche il referendum di cui all'art. 75 Cost. è interessato dalla riforma costituzionale. La validità di entrambe le consultazioni popolari –rispettivamente propositiva ed abrogativa – è condizionata alla partecipazione di almeno il 25% degli aventi diritto al voto.

¹⁰ C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Oss. Cost.*, 3/2020, 87.

il tema centrale per il rinnovamento della politica italiana fosse la ricerca di un assetto capace di garantire stabilità istituzionale e governabilità.

La situazione è cambiata nel primo decennio del nuovo millennio. Per una serie di circostanze che non possono essere discusse in questa sede¹¹, il sentimento antipartitico che ha accompagnato la fine della prima repubblica si è tramutato in una nuova e più pervicace forma di antipolitica che ha riformulato la vecchia critica ai partiti tradizionali in una virulenta polemica nei confronti dell'istituzione parlamentare.

I due principali ideologi del Movimento 5 Stelle (d'ora in avanti M5s), Gianroberto Casaleggio e Beppe Grillo, dopo aver lanciato una chiamata per il parlamento pulito, inveito contro un'istituzione divenuta poltronificio, e avviato una campagna di raccolta fondi per una piattaforma che consentisse il voto online direttamente su questioni politiche¹², hanno poi preconizzato un parlamento senza partiti, dove i parlamentari si sarebbero trasformati da onorevoli in cittadini¹³, e poi da cittadini in sentinelle¹⁴. Il cuore del messaggio politico di Grillo e Casaleggio è stato il superamento della democrazia rappresentativa attraverso la *net democracy*¹⁵, un sistema in cui le decisioni politiche vengono prese attraverso strumenti di intelligenza collettiva, mentre i partiti politici, le religioni, le ideologie scompaiono dalla scena pubblica. Anche il parlamento diventa obsoleto¹⁶. È proprio avendo in mente il destino fatalmente segnato dell'istituzione parlamentare che Beppe Grillo si è spinto a prevedere il sorteggio dei parlamentari come criterio sostitutivo dell'elezione¹⁷.

¹¹ Sia consentito rinviare a L. CORSO, *When Anti-Politics Becomes Political: What can the Italia Five Star Movement Tell us about the Relationship Between Populism and Legalism*, in *European Constitutional Law Review*, 15(3), 2019, pp. 462-487.

¹² https://www.ilblogdellestelle.it/2005/09/parlamento_puli_1.html

¹³ B. GRILLO, D. FO, G. CASALEGGIO, *Il grillo canta sempre al tramonto*, Adagio (Kindle Edition), Milano, 2013, posizione 1044.

¹⁴ *Ivi*, posizione 1127.

¹⁵ *Gaia. The future of politics*, visionabile al link: https://www.youtube.com/watch?v=sV8MwBXmewU&ab_channel=CasaleggioAssociati.

¹⁶ B. GRILLO e G. CASALEGGIO, *Siamo in guerra*, Chiarelettere, Milano, 2013, p. 59; cfr. anche https://www.ilblogdellestelle.it/2018/07/lintervista_integrale_di_davide_casaleggio_a_la_verita.html

¹⁷ B. GRILLO, *Il Senato dei cittadini*, <http://www.beppegrillo.it/il-piu-grande-inganno-della-politica-e-farci-credere-che-servano-politici/> June 27 2018; accessed Dec. 8, 2020. Il tema del sorteggio non è sconosciuto alla letteratura: cfr. B. HENNING, *The End of Politicians. Time for Real Democracy*, Unbound, London, 2017, p. 337.

Sarebbe un errore non tenere conto di queste considerazioni, sviluppate in libri, blog e comizi, quando si vogliono leggere le riforme del cambiamento. Nel contratto di governo siglato fra Lega e M5s, le parti dichiaravano di rinunciare al progetto dei grandi cambiamenti costituzionali contenuti in una riforma organica¹⁸. Ma con la strategia dei piccoli passi, tuttavia, non veniva accantonata l'idea di superare la democrazia rappresentativa. All'art. 20, la drastica riduzione del numero dei parlamentari era giustificata con due argomenti: con la necessità di organizzare in modo più agevole i lavori delle Camere [...] e con l'opportunità di conseguire anche ingenti riduzioni di spesa.

Che quest'ultimo fosse, però, l'argomento prevalente, lo si può desumere non solo dalla relazione di accompagnamento alla riforma e dall'audizione del Ministro proponente¹⁹, ma anche da parecchi interventi dei deputati e senatori contestuali al dibattito parlamentare. La riforma fu da più parti ribattezzata il *Tagliapoltrone*²⁰, mentre il Ministro Luigi Di Maio preannunciava che alla riduzione del numero dei parlamentari avrebbe fatto seguito la riduzione degli stipendi dei parlamentari²¹.

Si può addirittura formulare l'ipotesi che la riduzione, prima ancora che ispirata ad esigenze di contenimento di spesa, sia stata mossa da un intento punitivo, vendicativo perfino, nei confronti non solo della classe politica ma del parlamento medesimo. Come ammoniva Paolo Carrozza con la memoria depositata in sede di audizione, «la scelta del numero dei membri elettivi non dovrebbe essere casuale o addirittura punitiva nei confronti della classe politica»²². Eppure, questo sembrava il vero intento ispiratore al grande e compianto maestro che non a caso accostava il taglio del parlamento ai vari tagli disorganici dei consigli regionali e che ne dava una lettura alla luce della dilagante antipolitica²³. Anche Massimo Luciani ha colto nella riforma una forte impronta antipolitica. Segnalando la

¹⁸ *Contratto per il Governo del cambiamento*, in https://download.repubblica.it/pdf/2018/politica/contratto_governo.pdf

¹⁹ *Audizione del Ministro Riccardo Fraccaro, svoltasi il 12 Luglio 2018, presso le Commissioni Affari costituzionali di Camera e Senato riunite (d'ora in avanti "Audizione Fraccaro")*.

²⁰ <https://www.ilblogdellestelle.it/2019/02/tagliapoltrone-approvato-in-senato-risparmieremo-mezzo-miliardo-con-345-parlamentari-in-meno.html>

²¹ <https://www.ilblogdellestelle.it/tag/tagliapoltrone>

²² *Audizione del prof. Paolo Carrozza del 22 novembre 2018 (d'ora in avanti, "Audizione Carrozza")*.

²³ *Ibidem*. Per una lettura che segnala la difficile quadratura del cerchio fra riduzione del numero dei parlamentari e rappresentanza politica, cfr. F. BIONDI, *Riduzione del numero dei parlamentari, legge elettorale e garanzia della rappresentanza politica: la difficile quadratura del cerchio*, in *Studium iuris*, 4/2020, pp. 407-413.

circostanza che la riforma sulla riduzione del numero dei parlamentari non possa che essere letta alla luce dell'intero pacchetto di *riforme per il cambiamento*, e soprattutto della proposte di introdurre in Costituzione l'iniziativa legislativa popolare indiretta (*vulgo*: il *referendum* propositivo) e di dare attuazione all'art. 116, Luciani non ha esitato a manifestare in sede di audizione le sue perplessità per il «segno» antiparlamentare delle modifiche, «non necessariamente rintracciabile nelle tre iniziative [di riforma] separatamente considerate»²⁴.

È vero che fra le motivazioni dei tre disegni di legge nn. 214, 515 e 805-A²⁵ veniva anche indicato «l'obiettivo di aumentare l'efficienza e la produttività delle Camere», ma nessuna relazione di accompagnamento, né alcun altro documento spiegava in che modo il numero ridotto di parlamentari avrebbe inciso sull'efficienza dell'iter legislativo. Non pochi costituzionalisti hanno messo in dubbio che questa relazione fosse fondata²⁶.

Quel che tuttavia a noi interessa non sono tanto gli effetti – allo stato imprevedibili – della riforma²⁷, quanto lo spirito che ne ha accompagnato il varo. Si è già detto dell'intento punitivo antiparlamentare. Viene da chiedersi, dunque, perché i riformatori abbiano anche voluto far menzione della maggiore efficienza del parlamento, lasciando dunque trapelare la contestuale e contraria intenzione di rafforzare l'organo che si voleva ridurre. Questa contraddizione fra l'antiparlamentarismo implicito nell'appello alla democrazia diretta e il desiderio dichiarato di voler in qualche misura riabilitare il parlamento emerge chiaramente nell'audizione del Ministro Riccardo Fraccaro, allora titolare del singolare Ministero dei rapporti con il parlamento e la democrazia diretta²⁸. Ed in effetti il Ministro sembrava, già fino all'atto del suo insediamento, consapevole di questa potenziale contraddizione. Dopo aver più volte ribadito l'intenzione di importare strumenti di democrazia diretta

²⁴ Audizione del prof. Massimo Luciani del 27 marzo 2019 ([d'ora in avanti, "Audizione Luciani").

²⁵ Tre erano le proposte di riduzione del numero dei parlamentari: il cd. Progetto Quagliariello; il Progetto Calderoli; il Progetto Fraccaro.

²⁶ Audizione del prof. Salvatore Curreri del 26 marzo 2019 (d'ora in avanti, "Audizione Curreri").

²⁷ Sul punto, cfr. E. VIVALDI, *Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari su alcune funzioni di 'garanzia' esercitate dal Parlamento*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?* Pisa University Press, Pisa, 2020, pp. 87-113.

²⁸ M. AINIS, *Fraccaro, il Ministro che si oppone a sé stesso*, in *Repubblica*, 17 giugno 2018.

nell'assetto costituzionale italiano²⁹, Fraccaro ha spiegato che poiché la democrazia «consente ai cittadini di partecipare direttamente alle scelte politiche del Paese [...], conferisce loro un maggiore potere di controllo sulle attività dei rappresentanti»³⁰.

Nella parte finale dell'audizione diviene più chiaro il rapporto fra democrazia diretta e rappresentativa che viene definito di *completamento*. Si tratta tuttavia di un completamento del tutto peculiare: la proposta non è infatti quella di *integrare* le decisioni parlamentari con forme più dirette di partecipazione politica, come il referendum o le legge di iniziativa popolare, ma di *correggere*³¹, raddrizzando le storture dell'organo rappresentativo dovute alle pressioni di interessi estranei alla volontà popolare³². Così, ad esempio, viene ricordato il contributo della democrazia diretta nel fare «da argine ad alcuni aspetti degenerativi della democrazia rappresentativa: [quali] le tendenze spartitorie dei partiti; la creazione di privilegi a favore dei governanti; l'incremento degli apparati burocratici; la dipendenza dalle *lobby*»³³.

Non c'è nulla di scandaloso nell'invocare che forme di democrazia diretta, il referendum innanzitutto ma anche l'istituto del richiamo (il *recall*) o le leggi di iniziativa popolare, affianchino ed integrino la democrazia rappresentativa. Già Hans Kelsen aveva salutato con favore soluzioni di questo tipo³⁴, prospettandole come strumenti che avrebbero fatto percepire il parlamento meno estraneo alle masse e dunque di fatto capaci di rafforzare il parlamentarismo³⁵. Non è tuttavia questo il caso delle riforme del cambiamento.

Ulteriore riprova dello spirito antiparlamentare che trapela a dispetto della retorica di rilegittimare il parlamento è data dalle altre riforme che fanno parte del pacchetto. Come si legge nella relazione che accompagna la proposta di legge costituzionale di modifica dell'art. 71 Cost., in materia di iniziativa legislativa popolare e di introduzione del "referendum propositivo", la democrazia diretta viene presentata come un meccanismo volto a *raddrizzare* e non a rafforzare la democrazia rappresentativa, la

²⁹ Audizione Fraccaro, 8.

³⁰ *Ivi*, 7.

³¹ C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, cit., p. 87.

³² Audizione Fraccaro, 11.

³³ *Ivi*, p. 7.

³⁴ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 81.

³⁵ *Ivi*, p. 84.

quale viene descritta come degenerata, farraginosa e indegna della fiducia dei cittadini³⁶.

La asserita riabilitazione del parlamento per effetto delle riforme ha una natura paradossale. Innanzitutto, se ne riduce drasticamente il numero, anche (ed in misura prevalente), con la motivazione di tagliare gli sprechi, cosa che lascia intendere che buona parte dell'assetto parlamentare venga percepito come uno spreco³⁷. In secondo luogo, l'obiettivo delle riforme - presentate come «una vera e propria rivoluzione copernicana per mettere i cittadini al centro del sistema politico»³⁸, viene declinato nei termini di ristabilire il «principio sacrosanto» [che] «è il popolo l'organo politico più qualificato»³⁹. Terzo, la riqualificazione del parlamento non consiste nel riconoscimento della centralità delle sue funzioni nell'assetto costituzionale ma viene associato alla trasformazione degli «elettori in cittadini e degli onorevoli in portavoce»⁴⁰.

3. Antiparlamentarismo vecchio e nuovo

La storia dell'antiparlamentarismo è vecchia più di un secolo e mezzo⁴¹. Ci spiega Hans Kelsen che fino a quando il parlamento fu visto come uno strumento di contenimento del potere sovrano e un rimedio ai privilegi di un ordinamento giuridico per caste, nessuno vi osò muovere critiche⁴²; ma che con l'affermarsi dei regimi democratici e con l'estensione del suffragio, l'istituzione cominciò ad essere investita da un malcontento diffuso.

Le critiche al parlamentarismo possono essere distinte in ragione degli argomenti addotti e in ragione dei rimedi proposti. Dalle varie

³⁶ Relazione del deputato D'Uva alla Proposta di legge costituzionale n. 1173, Modifica all'articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare, d'iniziativa dei deputati D'Uva e altri, presentata alla Presidenza della Camera il 19 settembre 2018.

³⁷ A. MARCHETTI, *Sulla riduzione dei "costi della politica"*, in E. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, pp. 143-153.

³⁸ R. FRACCARO, *Le Riforme del cambiamento: più democrazia e meno poltrone*, Conferenza stampa, 2 ottobre 2018, su www.riformeistituzionali.gov.it.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Per una suggestiva ricostruzione cfr. J. E. PARDO, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2020; ID., *Il pensiero antiparlamentare e le sue linee di influenza*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 203/204, 2019, pp. 7-29.

⁴² H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 147 ss.

combinazioni si possono trarre forme di antiparlamentarismo radicale e forme di antiparlamentarismo moderato.

Quanto agli argomenti, è possibile individuare almeno tre tipologie di critiche. La prima, tipicamente elitaria, si concentra sui criteri di selezione della classe politica. Essa muove dalla delusione per il deterioramento di un'istituzione che avrebbe dovuto rappresentare la voce della ragione all'interno dell'attività di direzione politica. Non si tratta di una critica necessariamente minacciosa per il principio democratico, perché anche nelle democrazie il tema del reclutamento della classe politica non può essere eluso. Quello della selezione dei parlamentari fu, ad esempio, un tema centrale nel dibattito costituzionale americano dove i guasti di una rappresentanza politica declinata solo su base locale erano ben presenti⁴³ e dove l'ipotesi di grandi circoscrizioni elettorali fu concepita proprio come antidoto al rappresentante politico eccessivamente sensibile agli interessi della propria base elettorale e di scarsa competenza. Sebbene non siano mancati autori che muovendo proprio dalla considerazione dell'incapacità del parlamento di assolvere alla funzione razionale e deliberativa, abbiano auspicato il superamento del principio parlamentare⁴⁴, in genere la critica elitaria rimane nel solco del principio democratico e quindi nell'ambito dell'antiparlamentarismo moderato. Si pensi a Gaetano Mosca, il quale, pur avendo denunciato la tendenza del parlamento a piegarsi ad interessi di parte⁴⁵ con la «creazione di un nuvolo di camerille e combriccole, illegali ma potentissime»⁴⁶, non esitò, all'avvento del fascismo, a difendere, da senatore, i valori del parlamento contro la dittatura⁴⁷. O a Vittorio Emanuele Orlando il quale, pur riconoscendo lo stato di «stanchezza e corruzione»⁴⁸ di tutti gli organi della vita pubblica, e il più generale spossamento morale dell'Italia degli anni '80 dell'Ottocento, formulò l'ipotesi che il parlamentarismo italiano, pur con i suoi difetti, avesse impedito mali maggiori⁴⁹.

⁴³ J. MADISON, *Federalist* 10, in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY (1787-1788), *The Federalist Papers*, edited by C. Rossiter, Signet Classics, New York, 2003.

⁴⁴ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 1 ss.

⁴⁵ G. MOSCA, *Teorica dei governi e governo parlamentare*, Loescher, Torino, 1884, capitolo VI, par. IV, p. 303.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ A. MANZELLA, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁸ V.E. ORLANDO, *La decadenza del sistema parlamentare*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, 2/1884, vol. 1, 589-600, p. 590.

⁴⁹ *Ivi*, p. 593.

La seconda tipologia di critiche investe piuttosto il modo di intendere il rapporto fra parlamento ed altri organi dello stato. All'idea monista di un governo espressione della maggioranza parlamentare viene contrapposta l'idea dualista o pluralista del bilanciamento fra poteri dello stato a cui corrispondono anche vari modi di declinare la rappresentanza politica⁵⁰. Anche in questo caso, se la critica è ispirata all'idea del bilanciamento fra poteri distinti, e non invece all'idea di soppiantare l'istituzione parlamentare con una forma plebiscitaria e cesarista, le democrazie non hanno molto da temere. Si può addirittura affermare che alcune delle considerazioni che appartengono a questa tipologia di antiparlamentarismo moderato contribuiranno a consolidare l'idea che anche l'attività del parlamento vada sottoposta a dei limiti. Josè Pardo ha ad esempio sostenuto la tesi che una certa forma di antiparlamentarismo moderato stia alla base dell'idea centrale nel costituzionalismo contemporaneo dei vincoli imposti all'attività del parlamento sotto la vigilanza delle corti costituzionali⁵¹.

La terza tipologia di critiche è quella che pone enfasi sull'incapacità del parlamento di assolvere pienamente alla funzione di rappresentare l'elettorato, o perché oscura gli interessi corporativi a cui va riconosciuta voce⁵², ovvero perché tradisce la volontà degli elettori. Qui l'antiparlamentarismo tocca al cuore una delle ambivalenze del principio democratico, il quale da un lato poggia sull'idea che le decisioni politiche vadano ricondotte alla volontà popolare, ma dall'altro affida ad un gruppo ristretto di rappresentanti la decisione politica⁵³. Non c'è spazio in questa sede per discutere della complessa questione della natura della rappresentanza politica ma qualche parola va spesa sul binomio democrazia rappresentativa e democrazia diretta. Tre sono le obiezioni fondamentali alla democrazia diretta. La prima è di ordine meramente pratico. Società grandi e complesse hanno bisogno di una tecnica di elaborazione delle decisioni pubbliche⁵⁴ assolutamente incompatibile con la democrazia diretta⁵⁵. La seconda è di ordine sociologico / politico. Il

⁵⁰ M. COTTA, *Il sotto-sistema governo parlamento*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2/1987, pp. 241-283.

⁵¹ T.E. FROSINI, *L'antiparlamentarismo e i suoi interpreti*, cit; J. E. PARDO, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, cit.

⁵² Kelsen si fa carico di questa tesi per smontarla, cfr. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 86.

⁵³ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 10.

⁵⁴ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 147.

⁵⁵ N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e diretta*, in ID. *Il futuro della democrazia*, cit., p. 31

cittadino non dispone di alcuna competenza per compiere scelte informate e la massa «pensa soltanto fino a domani»⁵⁶. Ci dice Weber che se ci fossero elezioni popolari aventi ad oggetto leggi di bilancio o leggi fiscali non si arriverebbe a qualcosa di diverso da «progressive confische del reddito e del patrimonio e nazionalizzazioni»⁵⁷. La terza obiezione è di ordine teorico. Se la democrazia presuppone libertà, la democrazia diretta richiede il cittadino totale⁵⁸, «l'individuo rousseauiano chiamato a partecipare dalla mattina alla sera per esercitare i suoi doveri», che però non è che l'altra faccia dello stato totale. Ed è per questo che la democrazia rousseauiana è stata interpretata come democrazia totalitaria in polemica con la democrazia liberale⁵⁹. Il cittadino totale e lo stato totale sono due facce della stessa medaglia, perché partono entrambi dallo stesso principio, che tutto è politica, cosa che implica «la riduzione di tutti gli interessi umani agli interessi della polis, la politicizzazione integrale dell'uomo, [...], e l'eliminazione della sfera privata»⁶⁰. Ma se le concezioni radicali di democrazia diretta sono «insensate»⁶¹, Bobbio non mostra simpatie maggiori per forme più blande di critica alla democrazia rappresentativa come il mandato imperativo e il richiamo del rappresentante infedele, che l'autore riconduce nell'alveo della critica socialista alla democrazia «borghese», e di cui segnala, come nei casi della Comune di Parigi e della dittatura del proletariato di Lenin, il fallimento⁶². Max Weber ci offre anche una spiegazione di questi fallimenti: «una *democratizzazione soltanto passiva* sarebbe una forma assolutamente pura del *potere burocratico incontrollato*»⁶³, la quale, se messa in connessione con l'economia socialista, darebbe vita ad una «politica corporativa della *sussistenza assicurata*» ostile «all'interesse economico alla *razionalizzazione*»⁶⁴.

Dunque se la democrazia rappresentativa è garanzia di libertà e se il parlamentarismo è la espressione più autentica della democrazia rappresentativa, va riconosciuta al parlamento la stessa funzione di

⁵⁶ M. WEBER, *Parlamento e governo*, cit., p. 117.

⁵⁷ *Ivi*, p. 112.

⁵⁸ N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e diretta*, cit., p. 32.

⁵⁹ *Ivi*, p. 33; cfr. anche M. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2014, *ebook*, posizione 219.

⁶⁰ N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e diretta*, cit., p. 33.

⁶¹ *Ivi*, p. 31.

⁶² *Ivi*, p. 39.

⁶³ M. WEBER, *Parlamento e governo*, cit., p. 109.

⁶⁴ *Ivi*, p. 109 s.

mediazione svolta propria della rappresentanza. Fu chiaro su questo punto Hans Kelsen il, quale, pur negando valore al concetto di rappresentanza politica ma riconoscendo l'importanza del parlamento come tecnica di elaborazione delle decisioni collettive, qualificò il parlamentarismo come il «necessario compromesso fra l'idea semplicistica della libertà politica e il principio della differenziazione del lavoro»⁶⁵; e vi colse un limite all'eccesso di radicalismo.

4. *L'Antiparlamentarismo moderato può far abortire le ulteriori riforme*

Il parlamentarismo è innanzitutto una tecnica di contenimento del radicalismo: sia del radicalismo cesarista che di quello democratico. Max Weber spiega in dettaglio la funzione di mediazione: «[...] di fronte al fiduciario (sostanzialmente) cesaristico delle masse in Inghilterra essa [l'esistenza del parlamento] garantisce: 1) la *stabilità* e 2) il *controllo* della sua posizione di potenza; 3) il mantenimento delle *garanzie giuridiche* contro di lui; 4) una forma regolata nella quale i politici che cercano di ottenere la fiducia delle masse *diano prova di sé* nell'ambito del lavoro parlamentare; e 5) una forma *pacifica* di rimozione del dittatore cesaristico quando egli ha *perduto* la fiducia delle masse»⁶⁶.

Non tutte le forme di antiparlamentarismo sono un rischio per la democrazia però. Non lo è un antiparlamentarismo che denunci la scarsa qualità dei rappresentanti parlamentari e che auspichi che i partiti politici possano nuovamente svolgere quel ruolo di *coltura* delle classi dirigenti⁶⁷; non lo è neanche un antiparlamentarismo che segnali le eccessive lungaggini dell'iter parlamentare e che magari proponga il superamento del bicameralismo perfetto. Non è un caso che le critiche più blande all'istituzione del parlamento sono state *derubricate* a manifestazioni di falso antiparlamentarismo⁶⁸.

Si è detto che fra le motivazioni addotte per la Riforma vi era anche quella di rendere più efficiente la deliberazione parlamentare. Non è mia intenzione prendere posizione sulla fondatezza di questa pretesa. Va però

⁶⁵ H. KELSEN, *La democrazia*, cit., p. 72.

⁶⁶ M. WEBER, *Parlamentarizzazione e democratizzazione*, in ID., *Parlamento e governo*, cit., p. 108.

⁶⁷ A. PANEBIANCO, *Modelli di partito. Organizzazione e potere nei partiti politici*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 477 ss.

⁶⁸ R. REDSLOB, *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form*, J.C.B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 1918.

2/2020

tenuto in conto che milioni di cittadini che hanno votato la Riforma hanno creduto ed accettato questo argomento. Si tratta di un argomento che si colloca nell'ambito dell'antiparlamentarismo moderato o addirittura, per usare l'espressione del giurista tedesco Robert Redslob, di un falso antiparlamentarismo⁶⁹. Questo argomento fa guardare alla Riforma con un atteggiamento meno fosco. Se dovesse prevalere sull'altro – quello del contenimento di spesa – potrebbe far sperare che lo spirito punitivo nei confronti dell'istituzione parlamentare possa nel futuro attenuarsi e perfino tramutarsi in un desiderio di riabilitazione e riscatto.

Se e quando questo mutamento venga intrapreso, è ancora prematuro saperlo. Un indizio in questa direzione potrebbe essere dato dalla rinuncia a dar seguito alle altre riforme del pacchetto.

⁶⁹ *Ibidem.*

2/2020

FILIPPO PIZZOLATO*

Parlamento e popolo sovrano, dopo il referendum costituzionale**

Nel dibattito suscitato dal recente referendum costituzionale, credo si dovessero scansare due rischi opposti, ambedue ben presenti: il primo, corso da alcuni sostenitori della riforma costituzionale confermata, di giustificare la riduzione del numero dei parlamentari sul presupposto inconfessabile dell'inutilità del Parlamento; il secondo, corso da alcuni oppositori della riforma stessa, di riferirsi, magari implicitamente, a un'idea di sovranità parlamentare in continuità con lo Stato liberale ottocentesco o dei primi decenni del Novecento, per la quale la rappresentanza parlamentare costituiva l'*unico* (e ben selezionato) punto di contatto tra lo Stato e la realtà sociale sottostante, per il resto rigorosamente separati¹. Rispetto a quest'ultimo approccio, non si tratta banalmente di prendere atto di un cambiamento degli ultimi tempi, ma di riconoscere che la stessa Costituzione repubblicana guarda al rapporto tra democrazia e parlamentarismo in un modo più ricco e articolato, tracciando una svolta mai pienamente completata e sentieri mai convintamente seguiti.

Si può, con sintesi brutale, pensare alla rappresentanza politica in scia ad Thomas Hobbes (o anche a Gerhard Leibholz) come l'attività di "rendere presente" un'entità ideale (il popolo) altrimenti (in mancanza cioè del rappresentante) assente o addirittura inesistente; o, in alternativa, almeno a partire da Hans Kelsen, come rispecchiamento in sede istituzionale di un pluralismo di interessi sociali, politicamente mediati². Al cospetto di queste concezioni, i costituenti hanno preso nettamente congedo dalla prima nobile tradizione che si reggeva su un'atavica diffidenza verso il pluralismo sociale, reputato sede di una conflittualità lacerante da cui il legislatore doveva essere immunizzato affinché potesse ordinare unitariamente la società. La nostra Costituzione, all'opposto,

* Professore ordinario di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ G. BERTI, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca. *Principi fondamentali art. 1-12*, Zanichelli - Soc. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 279.

² Per la distinzione, v. M. DOGLIANI, C. TRIPODINA, *La sovranità popolare e le sue forme: la forma rappresentativa*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano. 1. Sovranità e democrazia. I*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 277 ss.

mira a un'integrazione profonda tra società e istituzioni, di cui il principio di sussidiarietà è ispirazione sintetica.

Volgendoci ora alla rappresentanza come rispecchiamento, la questione del rapporto di questa concezione con l'impianto costituzionale è sicuramente più complessa di un accoglimento o di un ripudio *tout court*.

La Costituzione riconosce sovrano un popolo concreto e irriducibile a una volontà semplificata, che sia "decisa" come unica: la sua unità è pensabile solo in termini di patto o di relazione tra articolazioni plurali di cui i principi fondamentali tracciano la geografia essenziale (formazioni sociali, istituzioni territoriali, comunità linguistiche, confessioni religiose).

Al cospetto di un popolo siffatto, concreto e organizzato, la sovranità popolare si svolge attraverso vie plurali (le «forme» di cui all'art. 1 Cost.) di partecipazione sociale, economica e politica, caratterizzando la democrazia in termini di cooperazione, alimentata da prassi di corresponsabilità (sul modello archetipico del lavoro), prima e più che di una decisionalità spiccia ed escludente³. Le diversità ospitate nel popolo e costitutive di questo sono riconosciute come complementari, espressione di una ricchezza da conservare, oggetto pertanto di una sfera dell'"indecidibile". In cauta analogia con il racconto biblico di Babele, potremmo spingerci a dire, anche del popolo, che si tratta di tutelarne «il nome moltiplicando le narrazioni. Per non dirlo invano, per non ridurlo all'idolo, che si consegna tutto nella presa immediata, lo si dice in molti modi»⁴. Il vero rischio del populismo non è il moto di ribellione, ben comprensibile, verso élites dimostrate irrisponsabili e autoreferenziali, ma l'idolatria di un immaginario popolo ridotto a una sola voce (fatalmente quella del potere).

Nel quadro costituzionale, così succintamente descritto, non vi è una via di esercizio della sovranità popolare, ma appunto *forme* (al plurale) e *limiti* i quali, però, si badi bene, non sono freni *alla* sovranità popolare, ma il confine intrinseco di ognuna delle sue forme d'espressione in rapporto alle altre, di ognuno dei suoi canali in rapporto agli altri. E infatti la Costituzione apre una pluralità perfino di canali rappresentativi, collocati a diversi livelli territoriali, ma anche spazi garantiti di autonomia personale, sociale e istituzionale. E di ognuno di questi traccia l'argine: la dialogicità (o democraticità interna) per le formazioni sociali; l'unità l'indivisibilità e la leale collaborazione per le autonomie territoriali; la laicità per le fedi...

³ F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Carocci, Roma, 2019, p. 26 ss.

⁴ A. REGINATO, *Babele. La sfida di leggere il mondo*, in *Servitium*, 249/2020, p. 20.

2/2020

Il problema, non di facile (e forse nemmeno di statica) soluzione, è che ruolo abbia il Parlamento in questo “coro” di espressioni popolari, quale sia cioè la missione specifica dell’organo di rappresentanza politica nazionale. Credo che si possano cercare le risposte ripensando sia ai dibattiti sulla struttura dell’organo parlamentare, sia alla sua preminente funzione legislativa. Quanto alla struttura, è illuminante ricordare la proposta, naufragata per obiezioni teoriche e difficoltà pratiche, di Giorgio La Pira e di Costantino Mortati in occasione dei dibattiti in Assemblea Costituente, di immettere nel Parlamento non solo la rappresentanza dei cittadini *uti singuli*, ma anche della ricchezza dei corpi intermedi (formazioni sociali, istituzioni territoriali, ecc...), secondo un modello di bicameralismo federale (sociale oltre che istituzionale)⁵. Questa idea, depurata da un certo organicismo oggi ancora più inattuale di allora, lascia però trasparire la volontà costituente di un Parlamento che fosse capace di un rispecchiamento delle pluralistiche espressioni popolari arricchito rispetto a quello garantito dalla mediazione partitica, già allora percepita come insufficiente. Quanto alle funzioni, l’articolo 5 Cost., nella sua parte decisamente dimenticata⁶, ci ricorda che la legge dovrebbe adeguarsi, ne «i principi ed i metodi (...) alle esigenze dell’autonomia e del decentramento». La funzione della legge può dunque essere così sintetizzata: aprire spazi di autonomia e, per richiamare i termini usati da Amartya K. Sen, di «capacitazione» della partecipazione sociale; non anzitutto quella di “chiudere”, secondo una logica decisionistica che è espressione di potere e fonte di esclusione; e dunque rapportarsi al pluralismo di cui vive il popolo per promuoverlo, contrastandone quelle manifestazioni che, facendosi potere privato, contraddicono le premesse costituzionali di libertà uguaglianza e partecipazione.

È stato fedele a questo compito il Parlamento repubblicano? Nella migliore delle ipotesi solo parzialmente. Il suo ruolo costituzionale è rimasto soffocato da persistenti suggestioni o da attese di esclusività decisionistica, peraltro velleitaria e inadeguata rispetto ad attori monocratici al riguardo ben più attrezzati. E soprattutto il Parlamento, nella sua funzione di rispecchiamento, è rimasto indebolito – direi di più: tramortito - dal degrado dei partiti, e cioè di quel soggetto-vettore che doveva portare nelle istituzioni l’energia vitale dei cittadini. Non bisogna

⁵ Si v. la proposta e i suoi presupposti culturali in G. LA PIRA, *Il valore della Costituzione italiana*, in *Cronache sociali*, 2/1948, 2. C. MORTATI, *La seconda Camera*, in *Cronache sociali*, 9/1947, p. 3.

⁶ Sempre da meditare il commento di G. BERTI, *Art. 5*, cit., p. 277 ss.

certo farsi abbagliare dai sondaggi, ma nemmeno ignorare le tendenze che indagini demoscopiche osservano, specie quando quelle tendono a consolidarsi. Ci si riferisca ad esempio alle indagini periodiche, svolte da un serio istituto di ricerca⁷, sulla fiducia nutrita dagli italiani verso le istituzioni: da dieci anni a questa parte, i dati evidenziano la quasi totale mancanza di fiducia dei cittadini nei confronti dei partiti, di cui il prezzo più alto è pagato proprio dal Parlamento (che occupa la penultima posizione in questa classifica di gradimento). Il Parlamento è cioè trascinato verso il basso dai partiti, perché la messa in scena - interpretata dai gruppi parlamentari - del pluralismo e della mediazione non appare più veritiera. In questo modo, la credibilità della rappresentanza politica nazionale, come veicolo di domande e di partecipazione sociali, ha perso terreno e attrattiva al cospetto di altri canali di esercizio della sovranità popolare. Il Parlamento è insomma già da tempo molto distante da quanto i costituenti progettavano dovesse essere. Perché sia difeso occorre che sia riformato... In particolare, è ancora possibile, in presenza di partiti così malconci, chiusi nel vicolo cieco della «forza senza legittimità»⁸, credere a una rappresentanza intesa come rispecchiamento?

Non v'è certamente da compiacersi di questa involuzione e tuttavia nemmeno basta lamentarsene e reclamare la restaurazione di una centralità (del Parlamento) perduta. È anche lecito, a mio avviso, dubitare che semplicemente si possa tornare a un immaginario eden pre-caduta. Ci si deve però porre il ragionevole obiettivo di frenare il declino e, in positivo, di ridare un senso costituzionalmente orientato e socialmente apprezzabile alla rappresentanza politica nazionale. È evidente che la recente riduzione del numero dei parlamentari è un intervento riformatore in sé parziale e, in quanto tale, inadeguato a raggiungere lo scopo suindicato. Essa può però - e ora deve - essere accolta come occasione propizia e perfino un po' irriverente per portare in scena la nuda essenzialità e anche la parzialità - spogliata ormai di una pretesa attorea di esclusività - del Parlamento e avviare così un processo riformatore che lo rivesta di senso democratico-costituzionale.

Una strada, da tempo e da molti indicata, e che sarebbe il caso di percorrere finalmente, è quella che mira a riportare i partiti entro la sfera dei rapporti sociali, democratizzandone la struttura e il funzionamento

⁷ www.demos.it/rapporto.php

⁸ P. IGNAZI, *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

secondo gli auspici dell'articolo 49 della Costituzione⁹. E tuttavia questa riforma, al punto di avvitamento della crisi a cui assistiamo, ancorché utile e anzi necessaria, potrebbe non essere risolutiva, perché una grande trasformazione ha ormai attraversato anche il corpo sociale, che appare ora fortemente – come si usa dire – “disintermediato”¹⁰. Il processo di disintermediazione allude a una partecipazione sociale che è fuoriuscita dai contenitori noti e solidi delle tradizionali formazioni sociali (partiti, sindacati, ma anche associazioni e strutture legate a concorrenti visioni del mondo) e che va assumendo tratti fortemente frammentati e addirittura individualizzati. Tale destrutturazione del legame sociale non va tuttavia identificata, come spesso si fa, con la fine della partecipazione, posto che vi sono segnali nitidi di senso contrario e cioè di disponibilità generose di cittadini attivi alla cura dei beni comuni sia nella sfera dei rapporti sociali, sia in relazione con le amministrazioni locali. Si tratta di disponibilità fattuali che hanno già stimolato un processo di adattamento normativo e istituzionale orientato al riconoscimento e alla promozione dell'impegno dei cosiddetti cittadini attivi¹¹.

Proprio la trasformazione indicata suggerisce come la trasmissione del pluralismo sociale entro la sfera istituzionale debba passare, oggi più di prima, dalle autonomie territoriali e, tra queste, proprio da quelle locali, strutturalmente a contatto con la grana fine (ora quasi pulviscolare) della partecipazione civica e con la concretezza di impegni che questa pare prediligere. Occorrono pertanto un rilancio e un investimento attorno al tema delle autonomie, ormai negletto da pressoché tutte le forze politiche, anche da quelle che si erano caratterizzate per un federalismo non privo di ambiguità. Con riferimento specifico al Parlamento, le riflessioni proposte portano ad avvalorare una conclusione su cui già da tempo insiste parte della dottrina, e cioè la necessità di completare (anzi, di riavviare)

⁹ Si v., ad esempio, E. ROSSI, E. BALBONI, L. CAIMI, A. MATTIONI, V. ONIDA, F. PIZZOLATO, *Democrazia nei partiti*, In Dialogo, Milano, 2010.

¹⁰ Nei termini generali, il processo è descritto da P. STRINGA, *Che cos'è la disintermediazione*, Carocci, Roma, 2017. Per i risvolti istituzionali e costituzionali, v. F. BASSANINI, *La democrazia di fronte alla sfida della disintermediazione: il ruolo delle comunità intermedie e delle autonomie territoriali*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, F. PIZZOLATO, A. QUADRIO CURZIO e L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 170 ss.

¹¹ G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'età della condivisione. La collaborazione fra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Carocci, Roma, 2015; G. MORO, *Cittadinanza attiva e qualità della democrazia*, Carocci, Roma, 2013, p. 212 ss.; e, dello stesso A., *Cittadinanza*, Mondadori Università, Milano, 2020.

l'interrotta transizione costituzionale verso un disegno istituzionale di tipo federale, coerente con la struttura pluralistica del popolo sovrano, mediante la creazione di una Camera delle autonomie o, ancora meglio, la costituzionalizzazione di un organo di raccordo inter-istituzionale¹² che restituisca al Parlamento capacità di rispecchiamento e attitudine al dialogo con luoghi vitali della società e che, di conseguenza, sia il presupposto per il rilancio di un'idea di legge che, quanto a contenuto, sia apertura e promozione di spazi per l'autonomia e, quanto a metodo, espressione di leale collaborazione. La soluzione della costituzionalizzazione di sedi di raccordo inter-istituzionale appare più felice per allontanare possibili suggestioni orientate a vedere nel Parlamento una sintesi per incorporazione di *tutto* il popolo plurale e per tradurre istituzionalmente l'idea della legge come accordo o intesa tra parti differenti.

Se invece il post-referendum conducesse a un frettoloso appiattimento delle due Camere attorno a un (ancora più) identico principio rappresentativo, l'occasione sarebbe ancora una volta persa o rimandata e il Parlamento sarebbe stato solo denudato e non rivestito della dignità che gli compete.

¹² I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Jovene, Napoli, 2006, p. 347 ss.

2/2020

ALESSANDRO MORELLI*

Che fare dopo il taglio del numero dei parlamentari?*

1. La riduzione del numero dei parlamentari, disposta dalla legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1, promulgata a seguito dell'esito positivo del referendum dello scorso settembre, ha lasciato aperte tutte le questioni sollevate durante la breve ma intensa campagna referendaria che ha preceduto la consultazione popolare. La drastica riduzione della rappresentatività del Parlamento non ha trovato finora compensazione in alcuno dei promessi interventi (a partire da quelli sulla legge elettorale), ritenuti necessari da molti degli stessi sostenitori della riforma, anche per far fronte ai problemi di funzionalità delle Camere (per i quali sono indispensabili alcune modifiche dei regolamenti parlamentari).

L'unico atto consequenziale finora approvato è il decreto legislativo 23 dicembre 2020, n. 177, che dando seguito alla delega contenuta nella legge 27 maggio 2019, n. 51, ha definito i collegi elettorali uninominali e plurinominali.

Una prima considerazione che deve farsi attiene proprio al sistema elettorale. Se si dovesse andare a votare con l'attuale legge elettorale, la riduzione del numero dei parlamentari, provocando la scomparsa di fatto di partiti e movimenti minori e scoraggiando la nascita di nuove formazioni politiche, comporterebbe quello che è stato definito un effetto "ipermaggioritario" (Silvestri). Se poi anche si arrivasse ad approvare una legge come quella attualmente in discussione alla Camera – sulla quale, peraltro, i lavori parlamentari si sono fermati –, che prevede un sistema proporzionale con una soglia di sbarramento al 5% e brevi liste bloccate, l'impatto non sarebbe molto diverso, soprattutto perché la soglia di sbarramento esplicita si sommerebbe a quella implicita, determinata dalla circostanza che la diminuzione dell'"offerta elettorale" corrisponderebbe a un aumento del costo di ciascun seggio in termini di voti, a beneficio delle forze politiche maggiori (Trucco).

Durante la campagna referendaria si è anche negato che la mera variazione del dato numerico della composizione delle Camere incida sulla rappresentatività delle stesse. Nell'uso del termine "rappresentanza", tuttavia, si è fatto riferimento a cose diverse. Non

* Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

appare inutile, quindi, ribadire il significato di termini che appartengono al patrimonio concettuale del diritto pubblico.

La rappresentanza politica è un concetto giuridico, normativo, un attributo convenzionalmente legato agli organi che si formano attraverso il meccanismo delle elezioni. Per Kelsen è una *finzione* giuridica necessaria al funzionamento di una democrazia in un ordinamento di grandi dimensioni, che realisticamente non può funzionare esclusivamente attraverso forme dirette di esercizio della sovranità popolare. La rappresentanza politica implica, quindi, un *dover essere*: i rappresentanti devono rappresentare i propri elettori. L'art. 67 Cost. afferma che ciascun membro del Parlamento rappresenta la nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato, ma ciò non significa che il rappresentante non debba tener conto della volontà dei propri elettori, perché questa disposizione va letta insieme a tutte le altre della Costituzione: all'art. 1, a norma del quale la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione; all'art. 49, secondo cui tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale; agli artt. 56 e 57, i quali prevedono che i deputati e i senatori siano eletti a suffragio universale e diretto, e così via. Il riferimento alla nazione va quindi inteso come un richiamo all'interesse generale della collettività che deve essere rappresentato e perseguito dai parlamentari.

La rappresentatività è, invece, un concetto politologico, che indica la capacità dei rappresentanti di dare risposte ritenute soddisfacenti, adeguate alle istanze dei propri elettori. Siamo, dunque, nel campo dell'*essere*, dell'effettività.

La rappresentanza senza rappresentatività è priva di effettività (Martines) e rischia di tramutarsi in un guscio vuoto, inutile per la democrazia.

Venendo al taglio del numero dei parlamentari, la questione è la seguente: i rappresentanti superstiti dovranno continuare a rappresentare l'interesse generale della collettività, tenendo conto degli interessi di tutti – e qui siamo sul piano della rappresentanza – ma riusciranno a farcela, considerato il loro numero ridotto e l'elevata quantità ed eterogeneità dei rappresentati e dei loro interessi?

2. Il problema della rappresentatività del Parlamento non è il solo che la riduzione del numero dei componenti delle Camere ha aperto (o accentuato). Un altro tema è quello della funzionalità degli stessi rami del

2/2020

Parlamento, che dovranno lavorare a ranghi ridotti. I regolamenti parlamentari, che già presentano da tempo carenze che richiederebbero interventi incisivi, necessitano ora di un'urgente, complessiva riscrittura, indispensabile a consentire quello svolgimento efficiente dell'attività parlamentare che era stato indicato come uno degli obiettivi della stessa riforma. Insomma, è ancora consistente il rischio dell'eterogenesi dei fini, nella quale è spesso incorso il riformismo italiano.

In una prospettiva più generale, continua a trovare seguito l'idea che il mutamento delle regole giuridiche (peraltro, solo di quelle relative al funzionamento degli organi dello Stato-apparato) possa produrre, di per sé, una sorta di palingenesi politica. Un rinnovamento che, tuttavia, esigerebbe più che altro un cambiamento radicale nel modo stesso di fare politica.

L'assetto istituzionale richiederebbe certamente alcuni interventi di ordinaria e anche di straordinaria manutenzione. Il discorso sulle riforme andrebbe però sfronato dalle connotazioni simboliche che lo rendono politicamente così attraente, ma che ne ostacolano, al contempo, uno sviluppo razionale. Nella campagna referendaria sul taglio dei parlamentari, la narrazione antipolitica e populista (su cui ora v. Salmoni) ha finito con l'incrociarsi con quella palingenetica, finendo con l'attribuire alla revisione in discussione la capacità d'inaugurare una nuova stagione di riforme istituzionali. Una capacità che, al netto della nuova ondata della pandemia da Covid-19, che ha in gran parte occupato l'attenzione delle forze di governo, parrebbe essere stata smentita dalle vicende verificatesi nei mesi immediatamente successivi alla consultazione popolare. Il dibattito sulle riforme – come, in verità, era prevedibile – si è infatti subito interrotto a causa dei veti incrociati delle diverse forze di maggioranza, che appaiono animate da idee diverse sulla legge elettorale ma anche sugli altri profili dell'assetto istituzionale al momento in discussione.

Durante la campagna referendaria, peraltro, si erano già manifestate, tra gli stessi sostenitori della riforma, differenti e inconciliabili visioni della democrazia e, conseguentemente, diverse idee sull'indirizzo che il processo riformatore avrebbe dovuto prendere dopo il taglio.

3. Una prima concezione era ed è quella della *democrazia diretta digitale*. In questa visione (dai tratti utopici o, a seconda dei punti di vista, distopici), gli strumenti della democrazia diretta dovrebbero sostituirsi (o comunque ritenersi prevalenti rispetto) a quelli della democrazia rappresentativa, destinata a essere superata, un giorno, dallo sviluppo

delle tecnologie. Per i sostenitori di tale idea, il taglio del numero dei parlamentari si inserirebbe nell'ambito di un più ampio disegno antiparlamentarista, volto a ridimensionare il ruolo delle Camere a vantaggio degli strumenti di democrazia diretta e partecipativa, la cui applicazione andrebbe potenziata o veicolata dall'impiego di mezzi informatici.

La seconda visione è quella della *democrazia maggioritaria, decidente, dell'alternanza*, un modello che ispira da diversi decenni una considerevole quota dello schieramento delle forze riformiste italiane. Si tratta dell'idea secondo cui un sistema bipolare potrebbe originare dalla giusta combinazione di regole costituzionali ed elettorali. Tale convinzione resiste anche dinanzi al fallimento degli esperimenti finora eseguiti, trascurando il fatto che il passaggio al maggioritario, nel 1993, non ha trasformato l'Italia nel Regno Unito e che l'endemica frammentarietà politica, tipica del nostro Paese, ha solo cambiato sede, producendo coalizioni occasionali, estremamente fragili. Il bipolarismo appare piuttosto come un portato culturale non riproducibile con l'adozione di un sistema elettorale maggioritario o con qualche correzione dell'assetto istituzionale. I sostenitori della democrazia maggioritaria continuano a ritenere invece che il problema stia nell'incompletezza del progetto riformistico, che promuovono ora in modalità diverse da quelle adottate in precedenza. Per costoro, l'effetto "ipermaggioritario" prodotto dalla combinazione tra la riduzione del numero dei parlamentari e l'attuale legge elettorale non sarebbe un danno bensì una correzione utile per la realizzazione di una compiuta democrazia dell'alternanza.

La terza visione è quella della *democrazia "giudiziaria"* e poggia sull'idea che giudici e corti siano, se non i soli, certo i soggetti più legittimati a decidere sulle questioni pubbliche fondamentali, in forza di una presunta superiorità morale rispetto agli attori politici o semplicemente perché dispongono di mezzi più potenti e adeguati, inaccessibili agli altri organi istituzionali. Chi muove da questa convinzione confida probabilmente sul fatto che, qualora le forze politiche non riuscissero a trovare un accordo sulla legge elettorale, sarebbe comunque la Corte costituzionale a occuparsi di eliminare le disfunzioni del sistema. A parte la sovraesposizione politica alla quale tale ipotesi sottoporrebbe ancora una volta l'organo di giustizia costituzionale, con l'ulteriore, conseguente erosione della sua stessa legittimazione, è evidente, tuttavia, che gli interventi del Giudice delle leggi sono comunque condizionati dalle procedure di attivazione del sindacato di

legittimità costituzionale e hanno inevitabilmente una connotazione occasionale, non potendo certo la Corte sostituirsi in tutto e per tutto al legislatore.

Nel dibattito pubblico svoltosi durante la campagna referendaria si è rivelata, infine, una quarta visione: quella propria dei sostenitori di una *democrazia partecipativa localistica e autosufficiente*, una concezione che, sopravvalutando il ruolo e le possibilità delle assemblee regionali e locali, ritiene queste ultime del tutto (o quasi) fungibili rispetto al Parlamento nazionale. Si tratta di una visione che trascura il numero e l'importanza delle materie sulle quali il legislatore statale esercita le sue funzioni, così come le competenze delle Camere, i soli organi, peraltro, che possono concedere e togliere la fiducia al Governo. Il Parlamento rimane, infatti, l'unico luogo istituzionale nel quale la complessità sociale e politica possa trovare una risposta unitaria, attraverso gli istituti della rappresentanza politica nazionale (v. Corte cost. 106/2002, 1/2014).

Erano e sono, tutte queste, visioni inconciliabili tra loro, che hanno certo concorso a determinare una netta vittoria dei sì al referendum costituzionale dello scorso settembre ma che difficilmente potranno condurre i vari esponenti delle forze politiche di maggioranza a raggiungere un accordo sulle riforme promesse.

4. La proposta di riforma presentata dal PD subito dopo il referendum sembra voler dare consistenza alle promesse fatte nelle settimane che hanno preceduto il voto referendario (proposte di legge costituzionale A.C. 2687 e A.S. 1960). Qual è, però, la logica che tiene i diversi interventi prospettati?

Nelle Relazioni di accompagnamento alle proposte in questione, si afferma che l'intento principale sarebbe quello d'introdurre un "modello di parlamentarismo razionalizzato", allo scopo di "rafforzare, coerentemente con i principi iscritti nella Costituzione del 1948, i meccanismi di funzionamento del rapporto di fiducia tra l'esecutivo e le Camere, garantendo una più sicura stabilità al Governo e restituendo al Parlamento il suo ruolo centrale nella definizione dell'indirizzo politico nazionale". Subito dopo si aggiunge un'altra finalità: quella di realizzare "una puntuale e circoscritta differenziazione tra Camera e Senato in ordine alla composizione, alle funzioni e alle modalità di svolgimento dei lavori delle due assemblee, al fine di migliorare la qualità del procedimento legislativo e meglio rappresentare gli interessi territoriali con riferimento alle decisioni che più incidono sulle competenze delle

regioni". Un terzo obiettivo è quello di "dare coerenza all'insieme delle innovazioni costituzionali iniziate con la riduzione del numero dei parlamentari e in corso di prosecuzione coi cosiddetti correttivi costituzionali già all'esame delle Camere". Tra questi, l'abbassamento a diciotto anni dell'età degli elettori del Senato, il superamento del criterio della base regionale per l'elezione del Senato, la riduzione dei delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica in modo da mantenere il rapporto numerico originario con i parlamentari.

Il problema di tali proposte sembra essere proprio quello della carenza di un disegno chiaro sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere. Interventi diretti a introdurre un *monocameralismo di fatto* (quelli intesi a valorizzare il Parlamento in seduta comune) si affiancano ad altri volti a differenziare le Assemblee legislative, sul piano della composizione e delle competenze, e ad altri ancora funzionali a rendere le Camere più simili tra loro, accentuando il bicameralismo perfetto.

5. Se, poi, si guarda a tutte le altre proposte avanzate dalle forze politiche di maggioranza e di opposizione, il quadro complessivo delle riforme in cantiere appare davvero caotico. Si va dal progetto di revisione dell'art. 71 Cost., con l'introduzione del referendum propositivo, e dell'art. 75 Cost. sul referendum abrogativo, con riguardo al *quorum* richiesto per la sua approvazione (A.S. 1089), al disegno di modifica dello stesso art. 75, volto a impedire la riproduzione della normativa abrogata in via referendaria per un periodo di cinque anni, a meno che non intervenga una deliberazione parlamentare a maggioranza assoluta (A.S. 852); e ancora da una proposta di legge, di iniziativa parlamentare, che abroga l'art. 99 Cost., al fine di privare il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL) della qualità di organo a rilevanza costituzionale, nella prospettiva di una sua successiva abolizione (A.S. 1124), a una che prevede la costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e l'introduzione di una clausola di supremazia statale (A.S. 1825). A queste si aggiungono altre proposte volte a introdurre l'elezione diretta del Presidente della Repubblica e a ridefinirne il ruolo, attribuendogli la direzione e la responsabilità della politica generale del Governo (A.C. 716); a inserire in Costituzione la previsione di un *quorum* qualificato (pari alla maggioranza assoluta o a quella dei due terzi) per l'approvazione delle leggi elettorali della Camera e del Senato (A.C. 2244 e A.C. 2335); a introdurre la tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione (A.S. 83, A.S. 212 e A.S. 1203).

6. L'avvio di un processo riformatore dagli esiti tanto incerti riporta con urgenza a un tema che non riesce a trovare spazio nel dibattito pubblico: quello della necessità di ripensare, prima di ogni altra cosa, il procedimento di revisione costituzionale. Da troppo tempo la procedura prevista dall'art. 138 Cost. appare insufficiente a garantire il principio di rigidità della Legge fondamentale, il quale non si pone in contrasto con il principio democratico, ma anzi lo rafforza. Se si ritiene che la democrazia sia solo il governo della maggioranza, la rigidità costituzionale appare come un intralcio: meno rigida sarà la Costituzione, più facile sarà per la maggioranza stessa adattarla alle proprie esigenze. Al contrario, se si ha un'idea diversa del principio democratico (più in linea con i dettami della Costituzione vigente) e si reputa che quest'ultimo prescriva un sistema nel quale la maggioranza legifera e governa *nel rispetto delle minoranze e dei loro diritti*, allora la rigidità acquista ben altro significato. In questa diversa prospettiva, *l'aggravamento della procedura di revisione costituzionale consente una più ampia partecipazione al processo di modifica della Legge fondamentale dello Stato, quella che riconosce e garantisce le regole basilari del gioco politico e i diritti inviolabili della persona umana.*

Occorre, dunque, mettere in sicurezza l'attuale procedura di revisione costituzionale. Con la riduzione del numero dei parlamentari, la maggioranza assoluta, prevista per l'approvazione delle modifiche costituzionali, non è più sufficiente: la stessa maggioranza uscita dalle elezioni potrebbe cambiare la Costituzione, raggiungendo perfino i due terzi dei voti sufficienti a impedire la richiesta del referendum previsto dall'art. 138. Dovrebbe prevedersi allora, da un lato, l'obbligatorietà di tale *quorum* e, dall'altro, la possibilità di chiedere in qualunque caso la consultazione popolare.

Sull'esempio di alcune esperienze straniere, potrebbe pensarsi, inoltre, d'introdurre una seconda procedura, più rinforzata, per le riforme organiche, nel rispetto dei limiti assoluti imposti alla stessa revisione (la forma repubblicana, i principi fondamentali e i diritti inviolabili), secondo un *iter* che, ad esempio, potrebbe prevedere, subito dopo l'iniziativa, lo scioglimento delle Camere, l'indizione di nuove elezioni e l'attribuzione del compito di approvare la riforma alle nuove Camere.

Si dovrebbe pensare, poi, di correggere il tiro degli interventi riformatori, mirando anche, e soprattutto, al piano politico-sociale. Dovrebbe darsi attuazione innanzitutto all'art. 49 Cost., con una legge che promuovesse in modo efficace l'adozione, da parte dei partiti politici, di

un'organizzazione interna democratica. Un intervento più efficace, che costringerebbe ad adottare una legge attuativa in materia, sarebbe quello di modificare la stessa disposizione costituzionale, adottando come modelli la Legge fondamentale tedesca, la Costituzione spagnola o quella portoghese, che prevedono espressamente che l'ordinamento interno dei partiti rispetti i principi della democrazia. Occorre valorizzare e potenziare adeguatamente i diritti di partecipazione politica dei cittadini, restituendo ai partiti il ruolo, assegnatogli dalla Costituzione, di formazioni intermedie necessarie al corretto funzionamento della democrazia rappresentativa; e, per far ciò, è necessario assicurarne la democraticità interna.

7. Qualche riforma istituzionale, peraltro, potrebbe riguardare direttamente anche la grave situazione di emergenza determinata dalla diffusione del Covid-19, che ormai da parecchi mesi stiamo affrontando. Una condizione che, come mi è capitato di dire anche in altre sedi, non dovrebbe ispirare l'adozione di riforme strutturali dell'ordinamento, poiché ciò che può andare bene in una situazione emergenziale può risultare intollerabile in condizioni di normalità (si pensi alle diverse limitazioni dei diritti fondamentali imposte negli ultimi mesi per contrastare la pandemia).

A fronte dei continui conflitti tra Stato, Regioni ed enti locali appare evidente, tuttavia, l'insufficienza della normativa in materia (quella relativa alla Protezione civile e quella sul Servizio sanitario nazionale), così come carente, sotto diversi profili, è anche l'impianto normativo definito dall'Esecutivo per gestire l'emergenza, che fa leva, com'è noto, sullo strumento del dpcm. Una riforma di rango legislativo potrebbe utilmente essere promossa in tale ambito, introducendo, per esempio, una legge-quadro in materia sanitaria idonea a definire, in modo chiaro, le competenze dei diversi livelli istituzionali nelle situazioni di emergenza (Silvestri).

8. Le confuse vicende politiche che stiamo vivendo in questo drammatico momento della nostra storia devono indurci ad adottare un atteggiamento molto prudente nell'affrontare il tema delle riforme. La contrapposizione tra riformisti e conservatori è stata raccontata spesso in modo distorto, perfino grottesco: i primi descritti come oltranzisti orientanti verso la trasformazione, a qualunque costo, di un sistema istituzionale presentato come il peggiore dei mondi possibili; i secondi,

2/2020

invece, come irriducibili difensori di una costituzione mummificata, idolatrata come la “più bella del mondo”. La realtà appare ben più complessa di questa caricaturale rappresentazione, se ci si sofferma a osservare cosa si voglia effettivamente cambiare e conservare nelle diverse proposte di riforma avanzate.

Sarebbe utile probabilmente uscire da questa contrapposizione così netta e provare a estendere il dibattito pubblico a temi centrali, che continuano a rimanerne fuori ma dalla cui trattazione non può prescindersi se si vogliono creare le condizioni per uno sviluppo sano delle istituzioni repubblicane.

ROSARIA PIROSA*

L'attivismo giudiziale come risposta alla crisi della democrazia parlamentare?**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La genesi dell'espansione del potere giudiziario a partire dal nesso tra democrazia e Stato di diritto – 3. L'attivismo giudiziale: alcune variabili – 4. La tutela delle Corti in rapporto al quadro politico-istituzionale.

1. Premessa.

Nell'esperienza italiana e in quella francese degli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, l'attivismo giudiziale ha costituito la risposta al fenomeno della dilagante corruzione dei funzionari pubblici e ai processi di amministrativizzazione dello Stato¹. Negli ordinamenti di *common law* del Nord America, la centralità sistemica (e incontestata) del potere giudiziario è stato uno dei fattori che hanno contribuito alla «costituzionalizzazione dei diritti»: in Canada, il ruolo nevralgico della Corte Suprema si è dispiegato nell'interpretazione evolutiva della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982)²; negli Stati Uniti, la giurisprudenza ha segnato la nascita del costituzionalismo americano³ e,

* Assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto presso l'Università degli studi di Firenze, Dipartimento di Scienze Giuridiche.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ In particolare nel nostro paese, a partire dalla vicenda di «Tangentopoli», i giudici hanno assunto la veste di censori di comportamenti illeciti, commessi da esponenti del potere politico. Si segnala sul tema, tra gli altri: C. GUARNERI, *Giustizia e politica in Italia. I nodi della Seconda Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2003.

² Cfr. R.J. SHARPE, K. ROACH, *Brian Dickson, A Judge's Journey*, The Osgoode Society for Canadian Legal History, University of Toronto Press, Toronto, 2004.

³ La storica decisione *Marbury v. Madison* (1803) non è scaturita da un principio costituzionale e non ha dato impulso ad una modifica della Carta fondamentale, ma ha affermato il principio della *judicial review of legislation*, destinato a incidere non solo nella federazione statunitense, ma anche in Europa e nel resto del mondo. Su questo aspetto si segnalano: S. SNOWISS, *Judicial review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven-London, 1990; M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971, in *Fordham L. Rev.*, 4/1972, pp. 1-117. Con specifico riguardo al contesto statunitense si veda P. KAHN, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, Yale University Press, New Haven-London, 1997, pp. 254-256.

fuori dall'approccio originalista⁴, ha affermato il principio di non discriminazione rispetto alla 'razza', al genere e all'orientamento sessuale⁵.

Con riguardo all'area euro-atlantica, decisivo per il consolidamento della presenza degli organi giudiziari nell'orizzonte politico, dunque è stato il costituzionalismo, che ha affermato «un riequilibrio del potere politico a favore di istituzioni addette alla tutela dei diritti e garanzie costituzionali delle persone e di altre soggettività»⁶. L'entrata in vigore di una costituzione rigida, infatti, non comporta l'automatico superamento delle leggi – talvolta di rango costituzionale – emanate nell'esclusivo interesse dei gruppi che detengono una posizione di privilegio⁷.

⁴ Per un'efficace disamina giusfilosofica dell'originalismo come paradigma che assegna ai giudici statunitensi il compito di custodi e rigidi interpreti della Costituzione: B. CASALINI, *Sovranità popolare, governo della legge e governo negli Stati Uniti d'America*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria e critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 224-259. Si segnala altresì il contributo del giudice Antonin Scalia (1936-2016), storico alfiere di tale orientamento giurisprudenziale in A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and Laws*, in Id. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, A. GUTMANN (ed. by), with comments of G. WOOD, L.H. TRIBE, M.A. GLENDON, R. DWORKIN, Princeton University Press, Princeton, 1997, in particolare 122-123. Si veda nello stesso volume la riflessione critica di R. DWORKIN sul concetto di *living constitution*: pp. 122-123.

Sulla prospettiva originalista, anche: R. BORK, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, The Free Press, New York, 1990; R. BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Liberty Fund, Indianapolis, 1997; R. BENNETT, L.B. SOLUM, *Constitutional originalism: a debate*, Cornell University Press, New York, 2011.

⁵ È evidente che l'approccio della Corte Suprema statunitense e la convergenza verso l'interpretazione evolutiva o originalista non possa essere ricondotta a scelte dogmatico-dottrinali, ma alla variabile centrale del quadro politico istituzionale che, nelle diverse fasi storiche, ha inciso sull'operato del giudice di ultima istanza e ne ha influenzato la composizione. Non è un caso che significative pronunce in materia di segregazione razziale (in primis *Brown v. Board of Education*-1954) si riconducano alla presidenza Warren.

⁶ M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 125.

⁷ L'identificazione nell'attivismo giudiziale di una causa di erosione dei fondamenti dell'ordinamento costituzionale – che caratterizza per esempio il dibattito scientifico brasiliano in materia – evidenzia in modo significativo una distonia rispetto a un quadro in cui il giudice emerge come garante delle libertà soggettive, dei «diritti contro la maggioranza». Per un'analisi esaustiva sul tema, si segnala E. DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos*, Saraiva, San Paolo, 2010. La sollecitazione che proviene da questo «capovolgimento di prospettiva», pertanto, può essere un monito a considerare il costituzionalismo liberale in rapporto alla complessità dei diversi ordinamenti. In senso più ampio, il caso brasiliano rimanda ad una riflessione sulla tenuta del paradigma del neo-costituzionalismo di matrice postcoloniale. Sull'impatto del costituzionalismo

Nel presente contributo si intende vagliare la tenuta di un'interpretazione che individua nell'attivismo giudiziale una conseguenza della crisi della «democrazia parlamentare e costituzionale» ovvero di una forma di governo improntata alla dialettica tra forze politiche e sociali, orientate a costruire e condividere uno spazio comune⁸ entro il quale si estrinsechi una libera competizione.

Questa lettura valorizza la genesi storico-sociale della transizione della forma democratica entro lo Stato di diritto. Il lemma «*dèmos*» indicava uno *status* etnicamente qualificato e l'appartenenza ai ceti più elevati della società. Nella filosofia rousseauiana, la «democrazia» poggia su una *fictio*, ovvero sull'idea che l'esercizio del potere legislativo sia la fedele espressione di una volontà generale, in cui il rapporto tra la maggioranza e le minoranze non è distinguibile. Nel presupposto che la legge attenti alle libertà soggettive, lo Stato di diritto disarticola questa prospettiva, mettendo in tensione l'assunto in base al quale la tutela dei diritti di libertà sia l'elemento di centrale definizione della forma democratica⁹. «Democrazia» e «Stato di diritto», pertanto, non risultano nozioni teoriche sovrapponibili¹⁰.

2. La genesi dell'espansione del potere giudiziario a partire dal nesso tra democrazia e Stato di diritto.

liberale nel diritto indigeno nell'America Latina, si veda D.E. BONILLA MALDONADO, *La Constitución multicultural*, Siglo de Hombre Editores, Bogotá, 2006.

⁸ Sui presupposti del concetto di dimensione costituzionale e sul rapporto tra l'esperienza di strutturazione della giuridicità e i processi di costituzionalizzazione, un imprescindibile riferimento è P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

⁹ Con riguardo al tema rimane un riferimento centrale L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

¹⁰ Nella teoria kelseniana, lo Stato di diritto costituzionale è un freno alla democrazia maggioritaria, venendo inteso «come uno strumento efficace per la protezione della minoranza», ma «utile per la democrazia però lo Stato di diritto è non in quanto intrinsecamente connesso con una serie di diritti presupposti che trovano in esso un'efficace difesa contro il potere, ma per gli effetti indotti dalla sua stessa natura giuridico-formale», cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 89-160, in particolare p. 135. Nella prospettiva di Luigi Ferrajoli, il concetto di «democrazia sostanziale o sociale» coincide con lo «Stato di diritto, dotato di effettive garanzie, sia liberali che sociali», a differenza della «democrazia formale o politica» corrispondente allo «stato politico rappresentativo, cioè basato sul principio di maggioranza quale fonte di legalità», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, in particolare p. 905.

A partire dalla teorizzazione kelseniana, lo Stato costituzionale di diritto si fonda sulla primazia delle norme costituzionali e sul controllo giurisdizionale di costituzionalità e viene concepito come l'antitesi dell'assolutismo. Com'è stato efficacemente sottolineato, lo Stato di diritto si fonda sul pessimismo potestativo, da cui ha origine l'assunzione della virtuale pericolosità del potere politico e sull'ottimismo normativo, che individua nello strumento giuridico un principio di limitazione¹¹ «giuridica»¹².

Lo Stato di diritto, pertanto, si traduce in un ridimensionamento della teoria legicentrica e in una modalità di proceduralizzazione dell'autoritarismo¹³. Mentre la democrazia viene storicamente ricondotta all'Occidente¹⁴, lo Stato di diritto, quale argine alle derive potestative della sovranità e strumento di tutela dei diritti¹⁵, trova equivalenti¹⁶ in esperienze che si situano oltre il perimetro concettuale delle *western*

¹¹ Cfr. D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, cit., p. 35.

¹² P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, cit., in particolare p. 90.

¹³ In merito al superamento del legicentrismo nel contesto europeo e con riguardo all'idea di proceduralizzazione si veda E. SANTORO, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008. Per un'analisi giusfilosofica relativa alle scansioni storiche e agli impieghi analitici, critici e valutativi della nozione di Stato di diritto e alle criticità dell'interpretazione del concetto di assolutismo, a partire dalla sovranità cinque-seicentesca, come potere sfrenato e illimitato, si segnala, invece il già citato contributo di P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, cit.

¹⁴ Sull'intrinseco relativismo del concetto di «Occidente» è prevalso un uso convenzionale, che, tuttavia, non cessa di veicolare una prospettiva eurocentrica. Questa consuetudine linguistica riconnette alla «cultura occidentale» e all'«identità occidentale» la democrazia e, per traslato il diritto, più che ricondurvi la colonizzazione ed il predominio.

¹⁵ «Si può discutere se fra diritti soggettivi e Stato di diritto sussiste un nesso di implicazione necessaria. Tuttavia, dato che lo Stato di diritto ha come finalità la protezione giuridica dei soggetti, appare naturale che a questo scopo si utilizzi la figura deontica del diritto soggettivo e le tecniche giuridiche che essa permette di adottare (...) Oggi l'idea che lo Stato costituzionale (e democratico) di diritto incorpori tra i suoi principi fondamentali una serie di diritti soggettivi è generalmente condivisa», L. BACCELLI, *Machiavelli, la tradizione repubblicana e lo Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, cit., pp. 424-459, segnatamente p. 436.

¹⁶ Con riguardo al tema dello Stato di diritto democratico, costituzionale e sociale e della crisi del paradigma social-democratico welfarista quale forma «thick» non esportabile e sull'alternativa di uno «Stato di diritto minimo» come esperienza condivisibile fuori dalla cultura politico giuridica occidentale, si segnala il già citato saggio di L. Bacelli, *Machiavelli, la tradizione repubblicana e lo Stato di diritto*, cit., in particolare pp. 425-426.

*democracies*¹⁷ e viene proposto come «criterio guida nelle relazioni internazionali»¹⁸.

In Europa, un passaggio decisivo nella riscrittura dell'ordine politico-giuridico ottocentesco – fondato sullo statalismo, da un lato, e l'individualismo dall'altro – è stato il processo che ha condotto alla Costituzione di Weimar del 1919. L'esperienza weimariana, infatti, mostra come «la divaricazione tra diritti e impegno governamentale del sovrano, per lungo tempo caratteristica del discorso sulla cittadinanza, viene interrotta o comunque posta su basi molto diverse»¹⁹ in quanto «l'integrazione passa attraverso l'attribuzione dei diritti che non sono soltanto la posta in gioco di un futuro più o meno lontano, bensì sembrano svolgere un ruolo rilevante nella trasformazione dell'ordinamento»²⁰.

Su questo snodo fondamentale si fronteggiano il normativismo kelseniano e il decisionismo schmittiano in relazione al modo in cui i poteri pubblici entro la nuova architettura costituzionale vengono chiamati ad affrontare la sfida dei diritti.

Come evidenzia Pietro Costa mettendo in luce la prospettiva di Carl Schmitt, il liberalismo (e la sua principale concrezione istituzionale, il parlamentarismo), da un lato, e la democrazia, dall'altro, sono modelli politico-costituzionali erroneamente intesi attraverso un rapporto di complementarità²¹. «Il parlamentarismo è il regno del confronto interminabile e della concorrenza fra opinioni e individui diversi. La democrazia è il trionfo dell'identità. Quali che siano i contenuti assunti dalla democrazia, la sua logica profonda è identitaria»²². Questo pensiero sottolinea l'istanza «policratica» del liberalismo e il carattere «monistico» della democrazia, con la conseguenza che il referente di essa non possa essere l'intera collettività sociale.

¹⁷ Su questo profilo, si veda R. BAHLUL, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, cit., pp. 617-645.

¹⁸ L. BACCELLI, *Machiavelli, la tradizione repubblicana e lo Stato di diritto*, cit., p. 425.

¹⁹ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 voll., 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 13. Sulla Repubblica di Weimar si vedano: G. BISOGNI, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello stato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005; U. POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Prismi, Napoli, 1989.

²⁰ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, cit.

²¹ *Ivi*, p. 53.

²² *Ivi*, p. 54.

A tal riguardo, veicolando efficacemente la concezione schmittiana, Stefano Pietropaoli osserva che: «in una prospettiva democratica il popolo non è più l'oggetto del potere ma diventa il titolare stesso della sovranità. Esso non può che essere un soggetto omogeneo, in quanto la democrazia si fonda su un meccanismo di inclusione e di esclusione che implica la possibilità di trattare gli eguali in modo eguale e i disuguali in modo diseguale»²³.

La promozione statale della libera partecipazione ai processi deliberativi sconta una condizione di crisi, connessa a un «affidamento strutturale» della capacità regolativa della legge a previsioni formali, che risultano inadeguate laddove il referente non sia quello di una società omogenea o di un gruppo dominante socialmente omogeneo. I criteri in base ai quali stabilire l'omogeneità o l'eterogeneità sono certo storicamente mutabili, ma risultano connessi a determinazioni istituzionali.

Le istituzioni mirano a saldare le connessioni sociali in senso omogeneizzante²⁴ e, pertanto, non tengono conto del pluralismo che caratterizza la società²⁵. In tal senso, il diritto giurisprudenziale colma un vuoto che, tuttavia, richiama l'attenzione alla complessità degli ordinamenti e dei mutati scenari globali.

Il costituzionalismo liberale presuppone la separazione e l'autonomia dei poteri, suggerendo che il ruolo del giudice debba essere messo a tema non soltanto guardando alla Costituzione di un paese, ma anche alla «politicalità» di essa, al progetto politico che la fonda e la sorregge. A tal proposito, risultano parziali le analisi che sovradimensionano il giudiziario e trascurano le funzioni esercitate dagli altri poteri, concettualizzate nel lungo percorso che ha condotto allo Stato costituzionale di diritto come forma non incentrata soltanto sul riconoscimento dello *status civitatis*, ma sulla garanzia dei diritti.

Una tutela costituzionalmente orientata integra un paradigma specifico nell'ampio *genus* della protezione giuridica. Per esempio, intendere la sicurezza in termini costituzionali significa considerare tale bene giuridico come una condizione di esercizio dei diritti e, non come

²³ S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Carocci, Roma, 2010, pp. 62-63.

²⁴ In tal senso, Georg Herbert Mead utilizza il termine «patologia sociale», per descrivere un processo che incide sulle dinamiche comunicative e, dunque, sulle relazioni intersoggettive che fondano il legame sociale. Cfr. G.H. MEAD, *Mind, self and society: From the standpoint of a social behaviorist*, University of Chicago Press, Chicago, 1934.

²⁵ La persistenza del paradigma organicista, tuttavia, è funzionale a garantire la capienza dello Stato sociale di diritto.

un'istanza omologa all'ordine pubblico, destinata a entrare in conflitto con libertà individuali e collettive²⁶.

3. *L'attivismo giudiziale: alcune variabili.*

Con riguardo agli ordinamenti di *civil law*, l'attivismo giudiziale viene inquadrato come l'effetto dell'inerzia e delle carenze del potere legislativo e del potere esecutivo, e non nei termini di escrescenza patologica di un sistema funzionale²⁷.

Centrali sono le posizioni che affermano che il processo di globalizzazione del diritto sia in grado di stabilizzare le relazioni tra gli uomini non solo in ambito nazionale, ma anche a livello mondiale e per le quali la globalizzazione giudiziaria risulta l'esito di un benefico processo di diffusione mondiale dello Stato di diritto²⁸.

L'approccio che si pone agli antipodi è quello che individua la sua idea centrale nel progressivo sviluppo di un governo globale diretto da *élites* transnazionali, guidate dagli avvocati dei grandi studi legali e dai dirigenti delle grandi imprese multinazionali, rispetto a cui gli organi giudiziari si collocherebbero in una posizione di subalternità²⁹.

Entrambe queste impostazioni hanno dei limiti perché connotano in senso aprioristico l'operato dei giudici, tralasciando referenti politico-giuridici concreti. Mentre la prima visione sopravvaluta la salute dello Stato di diritto, la seconda, in generale, sembra sottovalutare gli aspetti garantistici della funzione giurisdizionale, inducendo, tuttavia, a considerare come l'assenza di una cultura giuridica comune e lo scollamento dei giudici rispetto alla società si riflettano sull'effettività della tutela giurisdizionale.

L'equilibrio tra tali approcci richiede un'attenta considerazione del rapporto tra lo Stato di diritto, la democrazia parlamentare e costituzionale e il potere giudiziario. «Si può dunque dire che, specie in Europa, il costituzionalismo tenda a ricomporre l'immagine della

²⁶ Su questo profilo: T. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Libreria Bonomo, Bologna (San Lazzaro di Savena), 2010.

²⁷ M.R. FERRARESE, *op. cit.*, in particolare pp. 121-147.

²⁸ Pionieristiche in questo senso sono le analisi di A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton. Cfr., anche, M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, Le Seuil, Parigi, 2004.

²⁹ Cfr. Y. DEZALAY, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par le multinationals du droit*, Fayard, Paris, 1992.

democrazia, attraverso un parziale prosciugamento delle sue valenze politiche, e un rafforzamento del suo profilo giuridico, affidato a istituzioni contromaggioritarie»³⁰.

Tuttavia, i giudici possono statuire sulla rilevanza di un interesse pubblico esattamente come possono decidere che su di esso prevalga un diritto soggettivo individuale o collettivo. In questo senso, in alcuni sistemi, emerge la carenza del giudiziario come spazio di contenimento dei conflitti a fronte della centralità delle esigenze sicuritarie e della permanente attrazione nell'orbita del diritto penale di controversie che, per gli elementi della causa, afferirebbero all'ambito costituzionale o amministrativo.

Il giudiziario, nei paesi di *civil law*, per le modalità di reclutamento e il sistema di formazione, talvolta, opera come «corpo» staccato dalla società.

A differenza dei paesi di *common law*, i giudici non hanno esperienze professionali pregresse in altri ambiti e, tantomeno, nelle istituzioni di governo. Il *common law* storicamente, da un lato, ha assicurato l'indipendenza dei giudici e, dall'altro, li ha ricondotti in modo flessibile al sistema politico e alla società, per esempio, attraverso il legame con enti istituzionali e ambiti lavorativi. Un'autentica cesura tra la società e gli organi giudiziari, invece, si crea quando questi, con il loro operato, perpetuano la disuguaglianza sociale e si fanno portatori di interessi di classe³¹.

Occorre, poi, tenere conto della pluralità delle articolazioni del potere giudiziario e, in ogni caso, della basilare distinzione tra giudici di merito e decisori di ultima istanza, non soltanto in ragione del diverso grado di vincolatività delle sentenze negli ordinamenti. È indubbio, infatti, che i giudici di merito, in particolare nei sistemi di *civil law*, siano gravati e condizionati dalle scadenze processuali e siano più liberi di riferirsi al proprio orizzonte culturale. I decisori di ultima istanza sono chiamati,

³⁰ M.R. FERRARESE, *op. cit.*, p. 127.

³¹ In Brasile, per esempio, dopo la promulgazione della Costituzione del 1988, l'esercizio dell'attività giudiziale è stato individuato come uno strumento di proceduralizzazione del conflitto e la magistratura come la più solida istituzione statale. Il potere giudiziario, ritenuto il baluardo dello Stato di diritto, tuttavia, ha operato facendo ricorso al mero arbitrio più che alla discrezionalità quale espressione dell'autonomia decisionale o interpretativa. Cfr. D. DE CASTRO HALIS, *A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia*, in *Direito, Estado e Sociedade*, 24/2004, pp. 32-66; P. BONAVIDES, *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)* in *Estudos Avançados*, 51/2004, pp. 127-150.

invece, a svolgere una funzione nomofilattica, il cui adempimento è regolato da presupposti e tempi diversi da quelli che incombono sulle giurisdizioni inferiori, sebbene un determinato clima politico possa sensibilmente condizionare l'operato delle Supreme Corti.

È necessario inoltre considerare che l'accesso alla giustizia non sia un diritto universale quanto alla titolarità³², con la conseguenza che il ricorso ad un giudice non risulti concretamente esperibile da ogni essere umano.

D'altro canto, è innegabile che all'azione del potere giudiziario possa dare materiale impulso un singolo individuo o un gruppo, e gruppi politicamente non rappresentati. Pertanto, ci sono casi giudiziari nei quali confluiscono processi rivendicativi, le cui istanze non prese in considerazione dai governi degli Stati, vengono riconosciute attraverso il piano processuale.

Il giudice, tuttavia, non ha il potere di sancire *una et semper* la superiorità assiologica di alcuni beni su altri. Le gerarchie assiologiche vengono stabilite nel bilanciamento giudiziale che ha una matrice casistica e un carattere contingente. E ciò anche nell'ipotesi in cui l'organo giudicante valuti che i beni in gioco siano egualmente suscettibili di protezione e, attraverso il contemperamento, decida in base a un macro-principio valoriale³³.

L'affermazione di un orientamento giurisprudenziale può generare anche un esito simile a quello di previsioni legislative che cristallizzano la prevalenza di un bene giuridico e che, dunque, ne sanciscono la protezione rispetto ad altri soccombenti. In assenza di un approccio garantistico, si affermano precostituite posizioni di privilegio, configurabili come «diritti assoluti», rispetto ai quali situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela giuridica non hanno *chances* di concorrere. A tal proposito, un ordinamento costituzionale, assegnando autonomia e indipendenza ai giudici, non può escludere una deriva potestativa nell'amministrazione della giustizia, che, quindi, può riflettersi in un'attività giudiziale tutt'altro che conforme al principio di terzietà.

In generale, il problema centrale è quello di considerare la crescente espansione dell'autonomia del giudice e il *deficit* democratico che ne può

³² Sulla distinzione tra «universalismo dei titolari» e «universalismo dei fondamenti» si veda L. BACCELLI, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 8-12.

³³ Per un'analisi giusfilosofica del bilanciamento giudiziale si segnala B. PASTORE, *Le ragioni dei diritti. I diritti come ragioni*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2016, pp. 689-702.

conseguire, o più precisamente il modo in cui il principio della responsabilità democratica sia messo in tensione dall'espansione del potere giudiziario³⁴ posto che il giudice non può essere più considerato l'esecutore passivo di disposizioni etero-imposte.

4. *La tutela giudiziale in rapporto al quadro politico-istituzionale.*

Antoine Garapon e Julie Allard sottolineano in maniera molto efficace come il processo di globalizzazione giudiziaria riconfiguri il problema della responsabilità dei giudici³⁵.

La legittimazione dei giudici ha origine, innanzitutto, dagli assetti costituzionali degli Stati in cui operano. Sono le costituzioni nazionali che attribuiscono poteri a giudici indipendenti e sono le convenzioni e i trattati a stabilire previsioni analoghe a livello globale. Come sostengono Martin Shapiro e Alec Stone Sweet, se metto nel mio cortile un feroce cane da guardia, non posso escludere il rischio di venirme attaccato, magari rientrando di notte al buio³⁶. In questo senso, la metafora non suggerisce una generalizzazione, ma l'eventualità di una degenerazione.

Molte sono le variabili che possono incidere sul ruolo dei giudici in un ordinamento, il campo delle distinte situazioni soggettive rimanda ad altri criteri di legittimazione che risiedono nella competenza, nella formazione, nel rispetto di norme sostanziali e procedurali (tra cui l'imparzialità del terzo giudicante e il principio del contraddittorio).

In questo senso, l'attivismo giudiziale può considerarsi l'effetto di una patologia istituzionale che minaccia le costituzioni come *living instruments* e strumenti «duttili»³⁷, posto che i documenti fondativi dell'ordine politico giuridico, a livello nazionale e sovranazionale, stabiliscono i principi, ma non regolamentano la loro attuazione.

³⁴ Sul tema dell'esercizio della funzione legislativa in rapporto all'investitura democratica: F.A. HAYEK, *The Foundation of Freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1960, pp. 162-219.

³⁵ A. GARAPON, J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Editions du Seuil et la République des Idées, Paris, 2005 (tr. it. *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, (traduzione di C. MAGGIORI), Macerata, Liberilibri, 2006, in particolare pp. 89-182.

³⁶ M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 163.

³⁷ P. GROSSI, *op. cit.*, p. 118.

È quindi il quadro politico-istituzionale *in action*, oltreché (o più che) l'ordinamento costituzionale *in law*, a determinare le condizioni in cui il giudice può operare. In Canada, ad esempio, prima dell'entrata in vigore di una costituzione rigida incentrata sulla tutela dei diritti della persona, la Corte Suprema Canadese poteva essere considerata uno snodo funzionale del sistema del Commonwealth e, pertanto, una sorta di *captive Court*. A partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, la volontà politica di Pierre Elliott Trudeau, tuttavia, è stata determinante nel promuovere un diverso ruolo del giudice di Ottawa in seno alla nuova architettura costituzionale che, a livello federale, si è caratterizzata per una saldatura tra l'esercizio del potere politico e del potere giudiziario, indirizzata a promuovere l'apertura multiculturalista dell'ordinamento canadese.

In Italia, come si è accennato in apertura, il momento storico-genetico dell'espansione giudiziale ha segnato una relazione conflittuale tra il potere politico e il potere giudiziario, in parte riconducibile alla necessità di metabolizzare la centralità dei giudici in un sistema di *civil law*, in parte derivante dalla funzione cruciale che i magistrati hanno avuto nell'accertare la responsabilità penale degli esponenti dei partiti politici al governo e, quindi, nel concorrere a tracciare il passaggio tra la «Prima Repubblica e la Seconda Repubblica»³⁸ e, da questa transizione, nel gestire la pressoché «costante emergenza» della lotta alla criminalità organizzata. Pertanto, il quadro politico-istituzionale ha contribuito a delineare le condizioni per un diverso ruolo dei giudici.

Nello scenario della globalizzazione e con le migrazioni verso il nostro paese, il giudiziario non è stato una sufficiente alternativa al potere politico nella messa a tema della diversità culturale e religiosa, posto che i tribunali si sono pronunciati nel senso di ritracciare il terreno delle questioni giuridiche rilevanti in materie in cui il legislatore era intervenuto in modo repressivo e criminalizzante, ma il giudice di legittimità non sempre ha smentito l'orientamento del governo italiano. Un discorso analogo può ripetersi per le statuizioni della Corte Costituzionale sul matrimonio delle persone non eterosessuali. Questi fronti esemplificano i limiti strutturali che in un ordinamento di *civil law* incontra la possibilità che il diritto, attraverso l'operato dei giudici, contenga a livello sistemico il potere politico.

In generale, resta da vedere se, in forza del percorso storico che ha condotto allo Stato costituzionale di diritto, si possa far coincidere lo

³⁸ In generale, su questi profili si veda A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

strumento giuridico come modalità di limitazione del potere statale con l'esercizio del potere giudiziale. È stato efficacemente sottolineato che «come tante categorie del lessico politico moderno anche quella di Stato di diritto sembra condannata dalla stratificazione storica dei referenti e dalla complessità degli ordinamenti giuridici contemporanei all'implosione»³⁹.

La «politicalità della giurisdizione» nelle società pluralistiche si può estrinsecare in una funzione di indirizzo politico che supplisca alle carenze degli altri poteri, rivestendo un ruolo nevralgico nella tutela dei diritti e, dunque, non minacciando la politica ma riarticolandone gli spazi di deliberazione. Tuttavia, laddove il portato del costituzionalismo liberale venga messo in tensione, forse non si può affermare assiomaticamente che la gestione giudiziaria dei conflitti incorpori un principio di autolimitazione e, secondo la logica dello «Stato giurisdizionale», tenda al superamento delle disuguaglianze stabilite dalla legge. «Stato legislativo o stato giurisdizionale non hanno smarrito del tutto la loro potenzialità euristica, se non altro come contro-tipi-ideali per evidenziare le specificità delle attuali trasformazioni istituzionali»⁴⁰. Nello scenario della crisi dello Stato di diritto costituzionale, «i diritti fondamentali (azionabili in giudizio) rimangono dei diritti soggettivi di libertà nei confronti del potere statale e non anche delle oggettive (e vincolanti) norme di principio per tutti gli ambiti del diritto»⁴¹.

³⁹ P.P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria e critica*, cit., p. 387.

⁴⁰ *Ivi*, p. 391.

⁴¹ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, p. 191, cit. in P.P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, cit., p. 396.

2/2020

SILVIA SALARDI*

Democrazia e nuove tecnologie: scenari passati e dell'avvenire**

SOMMARIO: 1. *Delimitando i confini* – 2. *“Aristocrazie e Democrazie”* – 3. *La dimensione sostanziale della democrazia: dal potenziale di riscatto per un demos protagonista alla crisi profonda dell'esercizio di autogoverno* – 4. *L'incontro tra democrazia e tecnologia* – 5. *Il potenziamento umano come caso di studio*

1. *Delimitando i confini*

Le presenti riflessioni si dividono idealmente in tre parti. Nella prima parte riprenderò gli elementi centrali di un breve colloquio intercorso tra Mario Calderoni e Gaetano Mosca, pubblicato con il titolo *Aristocrazie e Democrazie* negli *Scritti di Mario Calderoni*¹. Si è scelto di partire da questo scritto perché le osservazioni in esso contenute si collocano agli inizi del XX secolo e consentono di sviluppare alcune considerazioni che, senza risalire eccessivamente indietro nel tempo, coprono un significativo arco temporale per il fenomeno della democrazia. Questo secolo, infatti, conosciuto come secolo breve e *Age of Extremes*², ci offre testimonianza di radicali trasformazioni in tema di democrazia, ma anche inaspettati progressi tecnologici. Dopo avere brevemente ripercorso il colloquio tra Mosca e Calderoni, nella seconda parte, metterò in luce il fondamentale incontro tra democrazia e diritti fondamentali per superare alcuni problemi indicati da Mosca. Infine, nella terza parte, si cercherà di capire se l'incontro con la tecnologia possa essere utile a superare la crisi della democrazia attuale. Particolare attenzione verrà data al tema della capacità deliberativa dei consociati su temi molto articolati che caratterizzano la nostra società ad alto impatto tecnologico.

Si rifletterà in conclusione sulla questione testé richiamata con riferimento pratico a un argomento al centro del dibattito bioetico di frontiera, ossia il *potenziamento umano*.

* Professoressa associata di Filosofia del Diritto e Bioetica presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca, Dipartimento di Giurisprudenza.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ M. CALDERONI, *Scritti di Mario Calderoni*, vol. 1, Società Anon. Editrice 'La Voce', Firenze, 1924, pp. 177-183.

² E. J. HOBBSAWM, *Age of Extremes. The Short Twentieth Century 1914-1991*, Michael Joseph, London, 1994.

2. "Aristocrazie e Democrazie"

Nel 1904, il giovane Mario Calderoni intervista il professor Gaetano Mosca «per ricevere da lui ancora qualcosa delle sue idee sempre acute e suggestive»³ in tema di democrazia⁴. Il professore era invero considerato uno dei pensatori più profondi e originali del tempo. Si definiva antidemocratico, ma non antiliberal. Si diceva antidemocratico in quanto individuava nell'aspirazione democratica «ad un governo effettivo del maggior numero»⁵, un errore fondamentale non tanto perché non desiderabile, ma in quanto «addirittura impossibile»⁶.

Aveva buoni motivi, di natura diversa, per sostenere questa impossibilità. Per un verso, Mosca poteva contare, a sostegno della sua opinione, su fatti storici che testimoniavano come nel tempo il potere politico fosse stato in mano per lo più a minoranze organizzate che hanno prevalso sulla maggioranza «disorganizzata»⁷. Minoranze che hanno potuto prevalere, di volta in volta, in quanto detentrici di una qualche forma di potere. Mosca sottolinea come non ve ne sia di un unico tipo, ma il potere, che consente controllo politico, varia da quello economico, al potere della ricchezza a quello religioso.

Per altro verso, Mosca poteva sostenere, tanto convintamente, l'impossibilità del governo della maggioranza, in quanto non poteva nemmeno immaginare quali straordinari scenari si sarebbero aperti dopo la metà del secolo XX grazie al progresso scientifico e tecnologico. In altre parole, non avrebbe mai potuto immaginare che la tecnologia avrebbe reso possibile l'impossibile, ossia che attraverso forme di "democrazia elettronica" o "digitale" si sarebbero aperte le porte all'*effettivo* governo dei più.

Eppure, nonostante la sua posizione antidemocratica nei confronti della *teoria astratta* della democrazia indotta, ad avviso di scrive, anche dall'ignoranza di ciò che il lontano futuro avrebbe portato con sé, Mosca, come mette ben in risalto Calderoni, non si mostra ostile nei confronti della *pratica delle democrazie*. Egli si definisce liberale e così commenta: «la democrazia nel fatto ha sostituito ad un metodo di scelta della classe

³ M. CALDERONI, *op. cit.*, p. 177.

⁴ Cfr. per tutti G. MOSCA, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare: studi storici e sociali*, Tipografia dello Statuto, Palermo, 1884.

⁵ *Ivi*, p. 181.

⁶ *Ivi*, p. 178.

⁷ *Ivi*, p. 179.

politica un altro metodo di scelta: e non si può dire che la sostituzione sia stata cattiva [...] Dobbiamo alla democrazia, almeno in parte, il regime di discussione in cui viviamo; le dobbiamo le principali libertà moderne: quella di pensiero, di stampa, di associazione. Ora il regime di libera discussione è il solo che permetta alla classe di rinnovarsi, che la tenga a freno, che la elimini quasi automaticamente quando essa non corrisponda più agli interessi del paese»⁸.

Nella sua veste liberale, egli si conferma favorevole alla composizione di una classe politica non compatta ed omogenea, ma eterogenea per origini e interessi. Egli ritiene che «quando [...] il potere politico proviene da una fonte sola, sia pure anche dalle elezioni a suffragio universale» sia «pericoloso e atto a divenire oppressivo»⁹.

Questa eterogeneità e varietà consentono, a detta di Mosca, di garantire giustizia e moderazione nell'uso del potere. Egli ritiene che la selezione della classe politica non debba necessariamente essere affidata ad un unico criterio. Possono concorrere alla selezione più criteri che spaziano dal suffragio alla scelta per cooptazione in base a capacità tecniche e culturali, e non nega che un ruolo lo possa giocare, unitamente ai criteri menzionati, anche quello dell'ereditarietà.

Il colloquio con Mosca è piuttosto breve, ma come osserva Calderoni a chiusura del suo scritto, contiene ampia materia di riflessione.

Sugli elementi che abbiamo evidenziato costruirò di seguito una breve riflessione sul percorso della democrazia alla luce dei cambiamenti storici e del contesto politico occorsi con l'affermazione delle democrazie costituzionali del dopoguerra, per approdare alla fase attuale in cui la democrazia digitale può contribuire a superare o, al contrario ad acuire, le difficoltà di rendere il popolo protagonista, soggetto e non oggetto della politica.

3. La dimensione sostanziale della democrazia: dal potenziale di riscatto per un demos protagonista alla crisi profonda dell'esercizio di autogoverno

Come emerge dal breve richiamo all'intervista di Calderoni a Mosca, quando si parla di democrazia il perno semantico attorno al quale ruota ogni dibattito sul tema è dato dal significato del termine nel senso comune, nella sua accezione etimologica, ossia il *potere del popolo* di

⁸ *Ivi*, p. 180.

⁹ *Ivi*, p. 181.

assumere direttamente o tramite rappresentanti le decisioni pubbliche. Attorno a questo perno semantico ruota tutta la forza evocativa e persuasiva, connotata positivamente, che tale concetto porta con sé dall'età antica. Si tratta di un concetto con una dimensione valutativo-normativa che induce a prendere partito per la libertà di tutti i membri di una società, in particolare per la libertà decisionale. La sua forza evocativa ha contribuito, e lo fa ancora oggi, a nascondere «due fallacie ideologiche che di solito accompagnano»¹⁰ la definizione solo formale della democrazia. Per un verso, la forza evocativa, facendo leva sulla funzione emotiva del linguaggio, consente di sdoganare, senza troppi problemi, l'idea illusoria che il potere del popolo sia sempre e comunque un potere buono e giusto. In questa prospettiva, la maggioranza prende sempre decisioni giuste e condivisibili: è la quantità che rende giusto il contenuto delle decisioni. Tuttavia, la *doxa* dell'infallibilità della decisione maggioritaria è smentita dalla storia recente e passata, sebbene permanga, profondamente radicata, nel sentire comune e ritorni spesso sulla scena del dibattito mediatico.

Per altro verso, la stessa connotazione positiva di democrazia formale tende a nascondere una raffigurazione illusoria del reale potere di autogoverno che il popolo può *de facto* e *de iure* esercitare, soprattutto nelle forme tradizionali di democrazia rappresentativa. Seguendo questa concezione, la sovranità popolare ha insita una costitutiva capacità di autogoverno, di esercizio dell'autonomia in forma di effettiva partecipazione e deliberazione del popolo. In altre parole, alla *doxa dell'infallibilità* della decisione della maggioranza si aggiunge la *doxa dell'innata autonomia decisionale del demos*. Questa capacità, tuttavia, va dimostrata, non la si può inferire considerandola un postulato della democrazia, se non al prezzo di incorrere in una fallacia naturalistica. E questo vale a maggior ragione oggi, come vedremo in seguito, in società «ad alto sviluppo tecnologico» dove «il compito centrale della politica» tende a «divenire sempre di più la gestione dei rischi sociali: rischi ambientali, demografici, sanitari nucleari, finanziari, prodotti e riprodotti circolarmente dal processo tecnologico»¹¹.

Bisogna rifuggire, come suggerisce Luigi Ferrajoli, dalle due *fallacie ideologiche* richiamate se si vuole parlare in maniera obiettiva e funzionale

¹⁰ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 28 ss.

¹¹ D. ZOLO, *Norberto Bobbio: l'alto della libertà e i rischi della democrazia*, in *Iride*, 1/ 2004, p. 10 ss.

della democrazia, dando quindi conto del fatto che la definizione di democrazia come governo del popolo è il punto di partenza di una «lotta per la libertà politica, cioè per la partecipazione del popolo all'attività legislativa ed esecutiva»¹². In altre parole, nel suo significato di governo del popolo, il concetto di democrazia non è solo descrittivo, ossia non «comporta» solo «riferimenti empirici circoscritti»¹³. Al contrario, ha una «dimensione valutativa o normativa, esprimendo un atteggiamento apprezzativo e un orientamento pratico rispetto al proprio designato»¹⁴.

Non vi è nulla di dato, di innato, ma vi è una aspirazione che va tradotta in pratica attraverso una scelta e un impegno per quella scelta. Mosca, come abbiamo letto, riteneva impossibile, nel senso di impraticabile, la strada della democrazia come governo della maggioranza, cioè riteneva impossibile la realizzazione pratica.

Tuttavia, da quando egli scriveva, molto è mutato sul piano antropologico, politico e giuridico. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, nasce un nuovo ordine fondato sui diritti umani¹⁵ e sul mutuo e virtuoso rapporto tra questi diritti e i sistemi democratici. Dal significato originario di democrazia come governo del popolo, la dimensione semantica del concetto si è ampliata sino «a indicare un modo di essere e di pensare»¹⁶. Oggigiorno è difficile che qualcuno si definisca, come aveva fatto Mosca, antidemocratico. Anche chi lo è, non manifesta esplicitamente questa attitudine. Così come nessuno, anche chi li viola, osa dire che i diritti umani non vanno tutelati. Vi è molta retorica che accompagna il discorso contemporaneo attorno ai diritti e alla democrazia e il rischio è quello di uno svuotamento e perdita di senso di questi concetti.

Tuttavia, nonostante queste antinomie assiologiche che caratterizzano atteggiamenti e attitudini del nostro tempo, è innegabile che, almeno sulla carta, la democrazia come governo del popolo ha molto guadagnato dall'incontro con i diritti fondamentali, sia nel rafforzare il suo contenuto semantico sia nell'individuare strumenti concreti per l'esercizio della sovranità popolare.

La trasformazione della democrazia in una vera e propria dimensione esistenziale origina infatti dalla virtuosa relazione che si è

¹² H. KELSEN, *La democrazia*, in ID., *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 32 ss.

¹³ U. SCARPELLI, *La dimensione normativa della libertà*, in ID., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 159 ss.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cfr., da ultimo, M. SAPORITI, *Tra limite e fondamento. I migranti e l'Europa delle logiche incompatibili*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹⁶ N. ABBAGNANO, *Voce Democrazia*, in *Dizionario di Filosofia*, UTET, Torino, 2016.

instaurata con i diritti fondamentali. Come ricorda Norberto Bobbio, «senza diritti dell'uomo riconosciuti ed effettivamente protetti non c'è democrazia; senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti»¹⁷.

Nella dimensione semantica contemporanea, il significato etimologico del termine dà conto di uno dei due significati pregnanti del concetto di democrazia, ossia quello "formale" o "procedurale". Vi è tuttavia la parte sostanziale e contenutistica che si è innestata con il paradigma costituzionale. Questa dimensione costituzionale ha introdotto vincoli e limiti rispetto a quello che si può o meno decidere. La cornice dei diritti fondamentali, che rappresentano la c.d. *sfera dell'indecidibile*¹⁸, garantisce che le decisioni prese e le loro ricadute pratiche debbano essere democratiche nel loro contenuto.

Il problema non è più solo quello che ravvisava il Mosca di *chi decide*, ma *cosa si decide* nei limiti a cui sottostanno tutti: le minoranze non possono governare indisturbate la maggioranza e la stessa maggioranza non può ridurre al silenzio le minoranze. La cornice dei diritti fondamentali, con il riconoscimento dell'eguale libertà nei diritti a tutte le persone, obbliga chi governa non solo al rispetto delle procedure decisionali democratiche, ma mette *tutti* al riparo da abusi che chi detiene il potere – ogni tipo di potere – potrebbe più agilmente perpetrare se la questione democratica si limitasse ad essere un mero problema di procedure.

Possiamo affermare che la dimensione costituzionale della democrazia ha avuto come scopo non solo quello di combattere deviazioni estreme di forme di governo basate sul supporto della maggioranza popolare come è stato il caso per i totalitarismi, ma anche e soprattutto le forme che Mosca, nel colloquio con Calderoni, indicava come *aristocrazie*. Il "che cosa" della democrazia sostanziale vincola tutti gli attori del gioco democratico e induce verso un governo della sfera pubblica e privata a favore dei più deboli e non necessariamente a vantaggio dei più numerosi. La democrazia sostanziale è vincolata da principi e valori tra cui emergono il rispetto della dignità e l'eguaglianza di tutte le persone. Con le parole di Hans Kelsen «Il senso più profondo del principio democratico è che il soggetto politico vuole la libertà non solo per sé, ma anche per gli altri [...] Così, affinché si pervenga a un concetto di forma sociale

¹⁷ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, p. 254 ss.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Principia Juris*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

democratica, è necessario che all'idea di libertà si aggiunga, limitandola, l'idea di uguaglianza»¹⁹.

Insomma, l'incontro con i valori del costituzionalismo moderno ha, almeno in via teorica, posto le basi per allargare la categoria degli attori della decisione politica, includendo realisticamente il popolo, ed eliminare, o almeno circoscrivere nella portata, uno dei problemi richiamati dal Mosca, cioè «la tendenza delle forze politiche a cristallizzarsi nelle stesse famiglie»²⁰. In altre parole, la democrazia costituzionale sostenuta dalla vocazione universalistica dei diritti fondamentali rappresenta l'argine concreto volto a contenere il potere delle oligarchie o *aristocrazie*.

La portata teorica dell'incontro tra democrazie e diritti fondamentali non si è tuttavia tradotta sempre e comunque in risultati coerenti sul piano della *democrazia reale* come ha ben evidenziato Bobbio quando parla di «promesse non mantenute della democrazia»²¹.

L'esistenza dello scarto tra teoria e pratica dipende da molti fattori, ma sicuramente è la stessa natura democratica del processo decisionale che, lasciando convivere spinte antinomiche interne al sistema, non consente di superare completamente la tensione etica che si instaura tra chi è in condizione di usare *effettivamente* il potere, soprattutto «il potere invisibile»²² e chi invece ne rimane solo destinatario.

Ma, un conto è la tensione strutturale caratterizzante i regimi democratici, che diversamente da governi totalitari, fondandosi sul dialogo e sul dissenso non possono eliminare con forza bruta le antinomie assiologiche del sistema. Come ricorda Luigi Ferrajoli un certo grado di ineffettività è invero fisiologico nelle democrazie costituzionali²³. Diversa invece è l'erosione intenzionale delle garanzie costituzionali da parte di chi avvantaggiandosi dei mezzi che ha a disposizione usa le apparenti maglie larghe del gioco democratico a proprio ed esclusivo vantaggio. La fotografia migliore di questo fenomeno l'ha fornita Luigi Ferrajoli con riferimento al contesto italiano del periodo berlusconiano²⁴, quando il capo di governo sosteneva di incarnare la volontà popolare. Eppure, proprio

¹⁹ H. KELSEN, *Forme di governo e concezioni del mondo*, in ID., *Il primato del parlamento*, cit., p. 43 s.

²⁰ M. CALDERONI, *op.cit.*, p. 182.

²¹ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984.

²² *Ibidem*.

²³ L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 19.

²⁴ *Ibidem*.

Kelsen aveva già avuto modo di sottolineare che «l'idea di democrazia implica assenza di capi»²⁵.

La crisi della democrazia nella sua dimensione costituzionale ha trovato una sconcertante manifestazione dapprima nell'operazione di verticalizzazione e personalizzazione del potere. Potere che tuttavia non si è mai qualificato come esplicitamente antisistema. A seguire, l'evoluzione della crisi della democrazia si è andata accompagnando all'ascesa di «movimenti e partiti antisistema che esprimono soprattutto una radicale protesta contro le forme di rappresentanza politica esistenti»²⁶.

In entrambi i casi, la democrazia costituzionale risulta fortemente minacciata dalla tendenza a confondere il governo *del* popolo con il governo *per* il popolo. Nel caso del capo inteso come incarnazione della volontà popolare si ha un ritorno alla dittatura della maggioranza che così facendo «ignora o quanto meno svaluta i limiti e i vincoli imposti dalle costituzioni ai poteri dalla maggioranza»²⁷. Nel caso dei movimenti e partiti antisistema, il panorama è variegato. Vi sono movimenti e partiti che si oppongono al funzionamento concreto del sistema costituzionale, così come vi sono movimenti o partiti contrari ai principi costituzionali. Mentre questi ultimi producono effetti palesemente dirompenti e perniciosi per la democrazia costituzionale, i primi possono indurre invece un cambiamento di rotta positivo della democrazia costituzionale attraverso strumenti volti a sottolineare il dissenso e la contrarietà alle prassi illegittime ormai invalse nel sistema democratico costituzionale. Tuttavia, il passo da movimento o partito antisistema nei sensi richiamati a movimento o partito anticostituzionale non è lungo. Quindi anche chi combatte il sistema per ridare luce e forza ai contenuti originari del sistema costituzionale, per liberarlo dalle grinfie del potere e restituire *il governo delle leggi* ai cittadini, non deve, a sua volta, cadere al di fuori della griglia normativa che garantisce la sovranità popolare e non la sovranità dei rappresentanti del popolo.

Spesso quest'ultima categoria di movimenti o partiti antisistema propone il ricorso alla tecnologia come mezzo di superamento della crisi democratica in atto, come accaduto in Italia con il noto Movimento 5 stelle. È questa davvero la soluzione e la via al rinnovamento sociale in

²⁵ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 120.

²⁶ Th. CASADEI, *Il mito del popolo della rete e le realtà del capo. Nuove tecnologie e organizzazioni politiche nel contesto italiano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2015, p.881.

²⁷ L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi*, cit., p. 24.

senso effettivamente democratico? Per rendere possibile ciò che Mosca riteneva impossibile, ossia il governo effettivo del popolo?

4. *L'incontro tra la democrazia e la tecnologia*

Qualche decennio fa è iniziato il dibattito attorno al suggestivo incontro tra democrazia e tecnologia intesa come panacea alla crisi della democrazia, soprattutto nella dimensione costituzionale. Quando si è cominciato a comprendere che attraverso la Rete sarebbe stato possibile applicare strumenti di effettiva partecipazione politica e dibattito pubblico da parte del *demos*, si sono indotte grandi aspettative riguardo a una riforma sostanziale della democrazia moderna. Insomma, la tecnologia avrebbe finalmente reso possibile ciò che Mosca riteneva impossibile: sovranità popolare effettiva, che si esprime in reale partecipazione e deliberazione. Quando il dibattito attorno alla democrazia digitale è iniziato si aveva molta fiducia nel fatto che gli strumenti tecnologici in generale e in particolare «Internet avrebbe[ro]²⁸ contribuito a far emergere una sfera pubblica transnazionale più inclusiva, deliberativa e radicata nella società civile»²⁹. Oggi quello stesso entusiasmo sembra scemato. Come si sottolinea a livello europeo «queste grandi aspettative sono menzionate raramente oggi. La comunicazione politica attraverso i media sociali è attualmente oggetto di ricerca, ma è difficile trarre conclusioni chiare sul loro ruolo nel sostenere la nascita di una sfera pubblica politica chiaramente definita»³⁰.

Tra i tanti problemi che la democrazia in forma digitale deve affrontare, e che in questa sede non possiamo accennare per motivi di economia discorsiva, vi è quello di creare reali spazi pubblici di consultazione che siano accessibili a tutti nel rispetto dei diritti fondamentali. Prima ancora di discutere circa il ruolo che al popolo deve essere attribuito nella decisione politica, ossia se deve esprimere un parere

²⁸ Inserito dall'autrice.

²⁹ STOA, *Le prospettive della democrazia digitale in Europa*, febbraio 2018, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/603213/EPRS_STU\(2018\)603213_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/603213/EPRS_STU(2018)603213_IT.pdf), ultimo accesso dicembre 2020.

Lo stesso STOA aveva realizzato un precedente studio nel 2011. Cfr. STOA, *E-Public, E-Participation and E-Voting in Europe- Prospects and Challenges*, 2011, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/471584/IPOL-JOIN_ET\(2011\)471584_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/471584/IPOL-JOIN_ET(2011)471584_EN.pdf), ultimo accesso dicembre 2020.

³⁰ STOA, *Le prospettive della democrazia digitale in Europa*, cit., p. 10.

non vincolante ma rilevante oppure se la volontà popolare debba avere carattere deliberativo in senso stretto, vanno creati degli spazi pubblici a cui tutti possano accedere attraverso procedure semplici, trasparenti, in cui gli argomenti di discussione sono spiegati e resi comprensibili ai più. Questo problema non è ancora risolto. Come emerge chiaramente a livello europeo, ma molte considerazioni valgono anche per i contesti nazionali, a molti degli spazi di consultazione già disponibili accede per lo più un pubblico elitario, sia perché manca un'equa distribuzione della possibilità di accesso, sia perché manca un altrettanto equa distribuzione delle competenze deliberative dei partecipanti. Creare sfere pubbliche in cui varie comunità di persone, da quella nazionale a quella transnazionale, possono partecipare attivamente all'attività democratica, in cui vi sia attuazione concreta del principio dell'inclusività, non è un problema solo tecnico, risolvibile con il ricorso al progresso tecnologico. Non vi è infatti solo il problema di ideare lo strumento o gli strumenti tecnologicamente adeguati a garantire il facile accesso e l'utilizzo trasparente delle sfere pubbliche di "democrazia digitale". Il problema della realizzazione dell'inclusività nasconde un importante e irrinunciabile *questione etica*, ossia quella della attuazione in concreto dell'autonomia decisionale del popolo in un contesto caratterizzato da una «crisi mondiale dell'istruzione»³¹. Si ricordava in precedenza che questa autonomia non è un dato costitutivo della democrazia, ma è un elemento la cui esistenza va dimostrata.

Possiamo oggi essere sicuri che il popolo, coincidente con la massa indistinta e conformista, possieda la capacità di autogoverno? Forse l'impossibilità del governo dei più di cui parlava Mosca era un'impossibilità non tanto quantitativa, quanto qualitativa?

Il problema non solo non è di poco conto, ma è una delle precondizioni che «rendono possibile il processo democratico»³². Nel discutere di democrazia digitale, si è da più parti richiamata l'attenzione sul fatto che se è innegabile che tecnicamente sarà, forse lo è già, possibile che tutti esprimano il proprio parere per via elettronica, eventualmente anche con forza vincolante, è anche vero che le questioni da affrontare nella società attuale richiedono conoscenze e competenze che i più non hanno. A tal proposito, occorre però rilevare che se è vero, almeno sulla carta, che ci si muove nella direzione di colmare il problema

³¹ G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 71.

³² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 413.

2/2020

dell'alfabetizzazione informatica dei cittadini³³, superando il *digital divide*, per promuovere una maggiore partecipazione democratica elettronica³⁴, è anche vero che il rischio è quello di limitare, anche in virtù delle formulazioni usate, ad esempio nel Codice dell'Amministrazione Digitale agli articoli 8 e 9³⁵, la promozione di una cultura digitale al solo «apprendimento delle modalità di utilizzo di determinati strumenti informatici»³⁶, senza includere un più ampio lavoro educativo volto alla sollecitazione di un approccio critico e analitico sulle questioni oggetto di consultazione o deliberazione.

Insomma, non si tratta solo di acquisire conoscenze e competenze tecniche e specialistiche, ma più in generale di sviluppare lo spirito critico che consente di avere la giusta distanza dalle cose e di operare, prima di decidere, per approfondire argomenti e temi su cui si deve esprimere un'opinione. Non credo si debba richiedere una competenza e conoscenza completa in assoluto delle questioni per ammettere che il cittadino non esperto possa esprimere la sua opinione. Quello a cui si deve mirare è piuttosto una conoscenza il più possibile completa rispetto al caso oggetto di decisione. A questo obiettivo si può giungere se nel percorso formativo di ogni individuo si punta all'*etica della responsabilità*³⁷ e al pluralismo delle idee, che consente di combattere diseguaglianze e discriminazioni tra individui. Perché si possa avere effettivo ed efficace autogoverno del popolo, occorre che i singoli che compongono il *demos* abbiano lo strumentario di base per *poter decidere altrimenti* da come viene loro imposto di fare. E questa imposizione può passare sia da canali

³³ L'articolo 8 del Codice dell'amministrazione digitale (CAD), d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, «prevede infatti che lo Stato e le altre Pubbliche amministrazioni promuovano iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini [...] anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali» cfr. S. D'ANCONA e P. PROVENZANO, *Gli strumenti della carta della cittadinanza digitale*, in R. CAVALLO PERIN e D-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 242.

³⁴ Cfr. l'articolo 9 del CAD che spinge le Amministrazioni a «promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini [...] al processo democratico [...] anche attraverso l'utilizzo [...] di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare».

³⁵ Confronta note 34 e 35 *supra*.

³⁶ G. FIORIGLIO, *op. cit.*, p. 215.

³⁷ Sul ruolo delle istituzioni scolastiche nell'educare cittadini responsabili cfr. M. NUSSBAUM, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Il Mulino, Bologna, 2013. Nelle questioni bioetiche questo aspetto è stato sottolineato da P. BORSELLINO, *Bioetica tra 'moralì' e diritto*, Raffaello Cortina, Milano, 2018.

tradizionali, ma anche da quelli tecnologici a disposizione, come dimostrato in varie occasioni attraverso le note *fake news*.

Affinché la democrazia digitale non diventi una democrazia eterodiretta, i fruitori della tecnologia devono essere nelle condizioni pratiche di poter accedere a luoghi di discussione pubblica e di esprimere un consenso o dissenso realmente informato. Il problema quindi dell'educazione culturale o alfabetizzazione dei singoli che compongono il *demos* diviene una preconditione per l'esercizio della democrazia digitale. Da una parte, affinché tale educazione sia efficace deve mirare sia a far acquisire il sapere utile alla vita in società sia «la capacità di sfruttare e associare le diverse conoscenze»³⁸. Questa seconda abilità è forse quella più importante nella società tecnologica, in quanto le asimmetrie tra chi detiene il potere tecnologico e chi ne è destinatario nascono dalla possibilità di rispondere o meno alle «domande cruciali che definiscono la conoscenza, l'autorità e il potere nella nostra epoca. *Chi sa? Chi decide? Chi decide chi decide?*»³⁹.

Se il *demos* non è incluso tra gli attori che fanno e che possono imparare, ne consegue che la logica che permeerà la democrazia digitale sarà quella di sottomissione e soggiogamento che da sempre minaccia la democrazia. Sarà un nuovo mezzo per riaffermare le *aristocrazie*, a riconferma di quello che Mosca sosteneva, ossia che «vi sono delle epoche di rinnovamento in cui il principio democratico ha il sopravvento; ma sono delle parentesi. Poi il principio aristocratico, che è la tendenza delle forze politiche a cristallizzarsi nelle stesse famiglie, ripiglia il sopravvento»⁴⁰.

In altre parole, le tecnologie dell'informazione applicate alla democrazia debbono essere guidate, in quanto non sono «neutrali e democratiche»⁴¹. Per evitare che chi guida l'uso delle tecnologie si muova entro i confini labili del *governo degli uomini*, necessita che i diritti fondamentali restino il principale riferimento per stabilire la soglia superata la quale il popolo e gli individui che lo costituiscono non sono più sovrani ma sudditi.

Ora il problema del divario conoscitivo derivante dall'iniquo accesso all'educazione potrebbe, secondo alcuni, essere superato tramite l'uso del

³⁸ L. ALEXANDRE, *La guerra delle intelligenze*, EDT, Torino, 2018, p. IX.

³⁹ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, LUISS University Press, Roma, 2019, p. 187.

⁴⁰ M. CALDERONI, *op. cit.*, p. 182.

⁴¹ G. FIORIGLIO, *op. cit.*, p. 27.

2/2020

progresso scientifico e tecnologico, in particolare tramite il c.d. potenziamento umano (*human enhancement*).

Di seguito darò brevemente conto di questo strumento e delle sue ricadute per l'esercizio della democrazia.

5. *Il potenziamento umano come caso di studio*

In breve, il potenziamento umano o *human enhancement* è ogni tentativo di migliorare abilità e capacità esistenti o di crearne di nuove attraverso interventi di carattere biomedico e biotecnologico effettuati direttamente sul corpo o sul cervello⁴². Gli strumenti a disposizione sono molti: dai farmaci agli interventi sul genoma, dalle protesi agli strumenti di stimolazione neurologica e così via dicendo. Gli scopi del potenziamento sono altrettanto variegati, dal miglioramento di capacità fisiche a quelle cognitive e tra queste ultime si può parlare di potenziamento di abilità mnemoniche, di miglioramento dell'umore e di potenziamento morale.

Credo che da questi brevi richiami emerga già l'articolazione e il tecnicismo del tema che ovviamente non potrà essere affrontato in questa sede in tutte le sue sfumature. Volendo tuttavia collegare questo tema alle questioni affrontate nei paragrafi precedenti due potrebbero essere le vie percorribili. Ci si potrebbe soffermare a discutere il potenziamento umano come mezzo per superare il problema di un'equa distribuzione delle capacità deliberative e sulla desiderabilità etica di interventi volti a potenziare i cervelli biologici⁴³. Ma questa prospettiva uscirebbe dai confini entro cui volevo mantenere le riflessioni proposte in questo contributo. Oppure, più coerentemente con l'approccio alle questioni trattate sino ad ora, il potenziamento umano può essere analizzato come possibile oggetto di deliberazione da parte del *demos* attraverso forme di democrazia digitale. In altre parole, partendo dal presupposto che ci siano già strumenti tecnologici che consentono libero, trasparente e sicuro accesso al dibattito pubblico, potrebbe (nel senso che ne sarebbe capace?)

⁴² Cfr. la definizione che ne dà lo STOA nello studio *Human Enhancement Study*, 2009, 6, [https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/IPOL-JOIN_ET\(2009\)417483](https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/IPOL-JOIN_ET(2009)417483), ultimo accesso dicembre 2020.

⁴³ Temi di cui mi sono occupata in altri scritti, cfr. S. SALARDI, *The "project of moral bioenhancement" in the European legal system: ethically controversial and legally highly questionable*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2/ 2018, pp. 241-260.

il *demos* esprimersi sulla desiderabilità etica del potenziamento umano cognitivo per i fini richiamati in precedenza? Dire la sua e fare una scelta democratica? Il dibattito sul potenziamento umano è già entrato nell'interesse istituzionale e non solo. È già entrato anche nella deontologia medica⁴⁴ e nella riflessione accademica sul ruolo della medicina⁴⁵ ed è oggetto di attenta discussione da parte di *comunità epistemiche* e di esperti. Infine, anche i media se ne occupano da qualche decennio. Potremmo quindi chiedere a buon titolo che una trasformazione radicale come quella che si può indurre mediante le tecnologie attuali di potenziamento cognitivo e che ha trovato già così ampia attenzione venga decisa da tutti i potenziali destinatari, quindi il *demos*. Lo potremmo chiedere – forse lo dovremmo esigere – ma, ad avviso di chi scrive, non è una strada praticabile, almeno allo stato attuale⁴⁶. Una decisione di questo tipo, quindi l'espressione di un consenso o dissenso informato in merito all'implementazione concreta e su larga scala del potenziamento umano, richiede non solo l'accessibilità totale alle fonti pubbliche di informazione e la possibilità di chiedere spiegazioni ad esperti⁴⁷, ma richiede che i cittadini siano in grado di comprendere l'interesse che il tema riveste per le loro vite e per l'umanità nel suo complesso con una capacità anticipatoria che in pochi hanno. Affinché l'interesse per un dato argomento cresca nel pubblico deve essere incentivato nel modo corretto da parte di chi non solo conosce il tema, ma è in grado di comprenderne la portata epocale. Spesso però chi conosce bene la ricaduta tecnologica ed etica del tema in oggetto è chi detiene il potere tecnologico. Costui ha quindi poco o nullo interesse a un confronto con un *demos* autonomo, forte di capacità critica e di distanza etica e libero nel pensiero. Ha piuttosto interesse ad affermare il determinismo tecnologico per ridurre la componente pluralistica e multiculturale che dovrebbe caratterizzare le democrazie, non solo quelle digitali. È chiaro che coloro che detengono il potere tecnologico, cioè per lo più soggetti privati, «tendenzialmente offriranno solo le garanzie compatibili con i loro interessi, in assenza di

⁴⁴ Vedasi articolo 76 *Medicina potenziativa*, codice di deontologia medica del 2014. L'articolo è stato modificato nel 2017.

⁴⁵ P. BENANTI, *The Cyborg: Corpo e corporeità nell'epoca del post-umano*, Cittadella Editrice, Assisi, 2012.

⁴⁶ Vi sono studi che dimostrano come sia ancora scarsa la percezione pubblica del tema. Cfr. A. M. DIJKSTRA e M. SCHUIJFF, *Public Opinions about Human Enhancement can enhance the expert-only debate: A Review Study*, in *Public Underst. Sci.*, 25, 2016, pp. 588-602.

⁴⁷ Come ad esempio auspicato da R. A. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Editori Riuniti, Roma, 1997.

altre iniziative, appariranno come le uniche “istituzioni” capaci di intervenire»⁴⁸.

Torna così a riproporsi il problema che Mosca accennava a Calderoni relativo alla provenienza del potere politico. Trasportato ai nostri giorni, se il potere politico deriva prevalentemente, o comunque è profondamente influenzato, da chi ha il potere tecnologico, l’esercizio reale della democrazia sarà illusorio. Anche nelle democrazie costituzionali, dove vi sono limiti e vincoli sostanziali per chi decide, i rischi relativi alla tenuta di tali vincoli, ossia dei diritti fondamentali, derivano «dal potere sempre più grande che le conquiste della scienza e delle applicazioni che ne derivano danno a chi è in condizione di usarne»⁴⁹.

Il tentativo di indirizzare su uno *human rights footing* il progresso tecnologico rappresenta la sfida odierna di un antico dilemma, ossia far finire il percorso in una norma e non nel potere effettivo⁵⁰. Un percorso che sembra sempre più irto di ostacoli procedurali che consentono ai detentori della tecnologia di mantenere il controllo sulla conoscenza, impedendo «una divisione delle conoscenze in linea con valori e aspirazioni di una società democratica»⁵¹.

Come uscire da questa situazione e *lift the power veil*?

Innanzitutto, i singoli non devono essere lasciati soli nel processo di costruzione della conoscenza e di ricerca dell’informazione. Proprio la tecnologia ben organizzata nei contenuti e democratizzata alla radice, vale a dire che non promuove solo teoricamente la democrazia ma è essa stessa democratica (*democratically designed*⁵²), potrà contribuire, nella cornice dei diritti fondamentali, intesi come elemento unificante e collante di fiducia, al cambio di rotta. Sarà allora davvero possibile una democrazia digitale che oltre a garantire la partecipazione dei più, ossia l’elemento quantitativo, avrà promosso anche il fattore qualitativo attraverso un’effettiva ed equa distribuzione della capacità deliberativa. Sarà possibile una classe politica *polifonica*, non derivante da un’unica fonte come già denunciava Mosca, in grado di garantire il rinnovamento e l’interesse della collettività.

⁴⁸ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 415.

⁴⁹ N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit., p. 263.

⁵⁰ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952.

⁵¹ S. ZUBOFF, *op. cit.*, p. 497.

⁵² Per mutuare un termine coniato nell’ambito della protezione dei dati, *privacy designed and by default*.

Inoltre, va superata l'intoccabilità giuridica, legata spesso ai vincoli burocratico-procedurali, dei detentori del potere tecnologico ed economico. Ci vogliono regole che, ad esempio come il GDPR⁵³, prevedano non solo sanzioni considerevoli per le violazioni dei diritti fondamentali, ma che puntino altresì alla previsione di procedure facili e semplici per l'accesso dei più deboli alla richiesta di difesa dei propri diritti.

Infine, ci vuole un impegno volto alla promozione dell'esercizio dell'autonomia fin dalla minore età. Molto in questo senso è già scritto nel quadro normativo europeo, ma lunga è ancora la strada per una traduzione in pratica di quei contenuti.

⁵³ Regolamento europea sulla protezione dei dati, 689/2016.

LUIGI MARIANO GUZZO*

Dalla *E-democracy* di Asimov alla Costituzione della Terra: il taglio dei parlamentari e la prospettiva di un costituzionalismo oltre lo Stato**

SOMMARIO: 1. *La fanta-politica di Multivac e la realtà di Rousseau: Norman Muller come icona del populismo* – 2. *Cronache dall'Italia: votare nell'emergenza pandemica* – 3 *Per non perdere la speranza: la Costituzione della Terra.*

1. La fanta-politica di Multivac e la realtà di Rousseau: Norman Muller come icona del populismo.

«Multivac ha scelto voi come il più rappresentativo, quest'anno. Non il più brillante, il più forte o il più fortunato; semplicemente il più rappresentativo. Non si può dubitare di Multivac, no?». Nella *E-democracy* immaginata da Isaac Asimov nel 1955 con il racconto “Franchise” e proiettata negli Stati Uniti d’America del nuovo millennio, è il potente calcolatore “Multivac” a selezionare l’unico elettore determinante per individuare il nuovo inquilino della Casa Bianca. Il calcolatore è in grado di ricostruire la volontà del popolo americano, incrociando dati e informazioni, e interpretandoli alla luce della risposta che l’unico elettore darà alla seguente domanda: «che cosa ne pensa del prezzo delle uova?».

Per le tornate elettorali del 4 novembre 2008 (nella realtà, proprio in questo stesso giorno, avrebbe vinto le elezioni il primo presidente afroamericano della storia, Barack Obama) il “prescelto” è Norman Muller. «Ciascun americano è soggetto alla mente plasmatrice di quello che gli altri americani fanno e dicono, di ciò che gli viene fatto e che lui fa agli altri. Si può portare un americano qualsiasi da Multivac perché esso esamini il suo atteggiamento mentale», spiega l’agente dei servizi segreti Handley a Muller, il nuovo Elettore dell’Anno, un «semplice commesso di un piccolo magazzino di Bloomington, Indiana, che non era nato grande e non aveva raggiunto la grandezza», ma che ora si trovava «nella straordinaria posizione di un uomo su cui si fondava la Grandezza»¹.

* Assegnista di ricerca in Diritto ecclesiastico e canonico e docente a contratto, Università “Magna Graecia” di Catanzaro, Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Per il racconto in lingua originale inglese cfr. I. ASIMOV, *Franchise*, in *If Worlds of Science Fiction*, August 1955, pp. 2-15.

Nella fanta-politica di Asimov è un potente calcolatore che, analizzando alcuni dati (oggi diremmo, utilizzando un *algoritmo*), individua l'uomo che è destinato alla "Grandezza". Questa sua fortuna Muller la costruisce senza troppi meriti né morali né sociali. Egli è «semplicemente il più rappresentativo». Vale a dire, è l'uomo *qualunque*. Un "cittadino" come tutti, che, per questo, rappresenta, più di altri, davvero tutti.

Le lancette della politica italiana, rispetto al racconto di Asimov, sono indietro di qualche anno, è vero. Ma le analogie con l'attualità politica sono sorprendenti.

Asimov immaginava Multivac, mentre ai nostri tempi e alle nostre latitudini, la piattaforma digitale prende il nome di Rousseau. Le narrazioni, tra fantascienza e realtà, hanno un'idea di fondo in comune: per garantire le naturali dinamiche democratiche può essere sufficiente l'algoritmo di un computer, che incrocia i gusti e le scelte degli elettori, le promesse elettorali e il mantenimento degli impegni presi. I rappresentanti del popolo sovrano, in questa visione, altro non sono che dei "portavoce", cittadini tra altri cittadini, legati al corpo elettorale da uno stretto vincolo di mandato. E ciò, come si può ben capire, non è compatibile con il divieto di mandato imperativo riconosciuto all'art. 67 della Costituzione italiana e con altre garanzie previste all'interno della Carta fondativa della nostra Repubblica.

Gli ideali della predestinazione, della Grandezza, della più ampia rappresentatività al minor costo economico e sociale possibile (è questa, in fin dei conti, la razionalità economica) alimentano i sostenitori della democrazia targata "Rousseau" (va sarebbe bene distinguere il portale dall'autore del *Contratto sociale*). E se i rappresentanti del popolo sono portavoce e niente più, tanto vale *tagliarli*. La meta-etica sulla quale si costruisce questa narrazione è, come si vede, essenzialmente utilitaristica². L'utilità, concreta, finisce che viene rapportata all'organo principale della democrazia rappresentativa: il Parlamento.

Mi sembra che possa essere così ricostruito, in sintesi, il contesto teorico che fa da sfondo alla L. cost. del 19 ottobre 2020, n. 1 "*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*"³, che riduce sensibilmente il numero dei parlamentari, da 630 a 400 i deputati e da 315 a 200 i senatori, dopo la conferma tramite

² Sulla nozione di utilitarismo in metaetica cfr. M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 249 ss.

³ *Gazzetta Ufficiale* n. 261 del 21 ottobre 2020.

2/2020

referendum. Di una revisione costituzionale espressione di “qualunquismo populista” ne hanno direttamente parlato i filosofi del diritto italiani, nell’appello promosso da Thomas Casadei e Alessio Lo Giudice⁴.

Il populismo è la condizione sociale in cui quelli come Muller di Asimov, i “semplicemente” più rappresentativi, trovano finalmente il loro momento di gloria, di Grandezza, in una democrazia ormai “imperfetta” (sono sempre parole di Asimov!) che della democrazia “perfetta” – nel senso di “effettivamente rappresentativa” – è solo l’ombra mediatica⁵. Sia chiaro, l’esercizio della sovranità da parte del popolo, nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione, non ha nulla a che vedere con le manifestazioni deviate del “populismo”⁶, che si alimentano di un popolo ormai disfatto. Il populismo è il processo politico di “disfacimento” del popolo, che segna la “decomposizione della rappresentanza politica a vantaggio della rappresentazione mediatica e, non ultima, la trascrizione del conflitto politico nel linguaggio giudiziario e morale”⁷, di cui l’Italia, da Silvio Berlusconi a Beppe Grillo, passando per Umberto Bossi, Matteo Renzi e Matteo Salvini, è “laboratorio politico, anticipatore di tendenze internazionali”⁸.

⁴ Questo referendum è l’espressione più trasparente del qualunquismo populista, *Huffington post*, 15 settembre 2020:

https://www.huffingtonpost.it/entry/questo-referendum-e-lespressione-piu-trasparente-del-qualunquismo-populista_it_5f6096e7c5b6e27db132a50c.

⁵ Vedi M. LA TORRE, *La “patria delle ombre”*. *Diritto e politica nella società dello spettacolo*, in A. SCERBO (a cura di), *Diritto e politica. Le nuove dimensioni del potere*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 31 ss.

⁶ Le volte in cui si è tentato di camuffare il populismo, lo si è fatto peraltro in malo modo. Nel suo primo discorso di fronte all’Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York, il 25 settembre 2018, il premier Giuseppe Conte (eravamo ancora al Primo Governo Conte, in una coalizione formata da Movimento 5 Stelle e Lega) ha respinto le accuse di sovranismo e di populismo, ricordando che «sovranità e popolo sono richiamati dall’articolo 1 della Costituzione, ed è in quella previsione che interpreto il concetto di sovranità e il suo esercizio da parte del popolo». Non a caso queste parole sono state definite come un “manifesto teorico” preoccupante che ha segnato il passaggio della metamorfosi del premier Conte da professore di diritto civile a primo ministro di un governo 5 Stelle – Lega: J. IACOBINI, *L’esecuzione. 5 stelle, da movimento a governo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2019.

⁷ I. DOMINIJANNI, *Fare e disfare il popolo. Un’ipotesi sul caso italiano*, in *Teoria politica*, n. VII/2017, p. 90.

⁸ *Ivi*, p. 89.

Il populismo di cui parliamo affonda, quindi, le sue radici in quella “ideologia italiana” ricostruita, sul piano teorico, da Massimo La Torre, laddove «la democrazia si converte in affermazione esistenziale di comunità compatte oppure in concorrenza o competizione di élites per la conquista o la difesa del potere; la cittadinanza si muta in identità esistenziale oppure in sudditanza e clientela, in quei “raccomandati” di cui sovente è fatta menzione nell’opera di Machiavelli»⁹. Di ciò ne dobbiamo essere consapevoli, per evitare che il diritto, in ultima analisi, si riveli, niente più niente meno, che la rassicurante “sottana della madre” di cui parla Kierkegaard¹⁰, un formale simulacro di un ordine costituito, piegato al potere della società dello spettacolo, cioè una *suppellettile*¹¹, in ultima analisi.

La concorrenza di gruppi sociali per la conquista o la difesa del potere, nell’ultimo processo di revisione costituzionale che ha riguardato l’Italia, ha trovato il suo stigma nell’anti-politica, nella pseudo-retorica dell’antiparlamentarismo¹². A proporre la riduzione del taglio di parlamentari sono state forze politiche, direttamente riconducibili a *stakeholder* che, in occasioni diverse, hanno affermato che il Parlamento, nel futuro, non serve più¹³ o di non credere più al Parlamento¹⁴. E, nel frattempo, il Parlamento è stato “tagliato”, depotenziato nei numeri, attraverso una cesura lineare, molto poco ponderata, cavalcando l’onda emotiva di un sentimento di rassegnazione che anima i cittadini nei confronti della classe politica¹⁵.

Al di là dei tecnicismi della riforma, del merito della stessa, se un taglio lineare dei parlamentari sia effettivamente risolutivo all’apparato democratico del Paese, è noto che il referendum costituzionale abbia

⁹ M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 165.

¹⁰ Cfr. S. KIERKEGAARD, *Esercizio del cristianesimo* (1848), in *Soren Kierkegaard. Le grandi opere filosofiche e teologiche*, Bompiani, Milano, 2013, p. 1953.

¹¹ Cfr. M. LA TORRE, *La “patria delle ombre”*, cit.

¹² Si veda in proposito il contributo di Lucia Corso a questo forum.

¹³ Lo ha affermato nel 2018, in un’intervista al quotidiano “La Verità” Davide Casaleggio, fondatore, insieme al padre Gianroberto, scomparso nel 2016, della società informatica che gestisce la piattaforma Rousseau.

¹⁴ È la dichiarazione di Beppe Grillo intervenendo in video conferenza al parlamento europeo, cfr. *La Repubblica.it*, 23 settembre 2020 (https://www.repubblica.it/politica/2020/09/23/news/grillo_non_credere_nel_parlamento_ma_nella_democrazia_diretta_-268302537/).

¹⁵ Vedi l’appello dei costituzionalisti: *Le ragioni del nostro No al referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in <https://noivotiamono2020.com/appello/>.

rappresentato, almeno indirettamente, uno strumento per mantenere l'equilibrio tra i partiti che compongono la maggioranza di governo. D'altronde, la strumentalizzazione della Costituzione e della sua revisione è tentazione fin troppo conosciuta, in questa Italia da seconda (o terza?) Repubblica, che del populismo ne è laboratorio. A riguardo, a monte, bisogna chiedersi se non sia stata la stessa decisione di chiamare i cittadini al voto per confermare la modifica della Costituzione, nel pieno del perdurare di uno stato di emergenza per una pandemia globale, una scelta dal carattere populista, che ha notevolmente compromesso la necessaria pubblicità del dibattito al funzionamento democratico.

2. *Cronache dall'Italia: votare nell'emergenza pandemica.*

Nella risoluzione del Parlamento europeo sulla proibizione “di fatto” del diritto all'aborto in Polonia¹⁶, in merito alla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020, che dichiara incostituzionale la *Legge sulla pianificazione familiare e regolamentazione dell'interruzione della gravidanza* del 1993¹⁷ nella previsione in cui riconosce la possibilità per le donne di interrompere volontariamente la gravidanza se il test prenatale o altre considerazioni mediche indichino un'alta probabilità di severe, irreversibili o incurabili malformazioni del feto, si registra un'importante indicazione sull'esercizio dei diritti nelle democrazie in tempi di Covid-19.

Il giudice delle leggi polacco si sarebbe pronunciato durante la seconda ondata della pandemia di Coronavirus in Europa, in un momento in cui le restrizioni basate su motivi sanitari negli Stati europei, Polonia compresa, impedivano «gravemente qualsiasi dibattito democratico adeguato e giusto processo, il che è cruciale quando si tratta di questioni relative ai diritti fondamentali»¹⁸. A riguardo, il Parlamento europeo

¹⁶ *European Parliament resolution on the de facto ban on the right to abortion in Poland*, n. 2020/2876(RSP), 26 novembre 2020, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0373_EN.html.

¹⁷ Il testo della legge può trovarsi sul portale “Licodu” al seguente link: <http://licodu.cois.it/?p=10789>.

¹⁸ *Traduzione mia*. Il passaggio si ritrova tra i “considerata” della Risoluzione alla lettera R): «whereas the ruling took place at a time when, owing to the second wave of the COVID-19 pandemic, public-health-based restrictions were in place in all EU Member States, including Poland, severely impeding any proper democratic debate and due process, which is crucial when it comes to fundamental rights issues».

“deplora” la circostanza che la decisione sia stata assunta in un periodo in cui le restrizioni sanitarie impedivano seriamente le necessarie dinamiche che alimentano la democrazia¹⁹. D'altronde, già con la risoluzione del 17 aprile 2020 il Parlamento europeo aveva stigmatizzato la scelta del Governo polacco di tenere le elezioni presidenziali nel corso dell'emergenza pandemica, in quanto ciò avrebbe potuto «mettere in pericolo le vite dei cittadini polacchi e minare al concetto di libere, eguali, dirette e segrete elezioni, come sancito dalla Costituzione polacca»²⁰.

Com'è noto, nella lettura di questi passaggi, contenuti in atti normativi non vincolanti del diritto unitario derivato, i fattori da considerare sono molteplici. Primo fra tutti, gli attentati alle garanzie dello Stato di diritto che si segnalano in Polonia a seguito delle elezioni del 2015 con l'ascesa al potere del partito “Diritto e giustizia”²¹. Tant'è che, ad onor del vero, con riguardo alle ultime elezioni presidenziali la preoccupazione dell'Europa e degli osservatori internazionali è stata rivolta più alla decisione del Parlamento polacco di modificare la legge elettorale a poche settimane dal voto – in contrasto, peraltro, con la Costituzione – che non

¹⁹ Cfr. il par. 3 della Risoluzione in commento: « [The European Parliament] deplors the fact that the ruling was released at a time when sanitary restrictions related to the COVID-19 pandemic were seriously undermining due democratic processes». È anche messo in evidenza (e “fortemente criticato”) come i divieti restrittivi sulle assemblee pubbliche sono state assunte senza l'introduzione dello stato di disastro naturale, per come prevede l'art. 232 della Costituzione polacca. Il testo della Costituzione polacca (1997) può essere letto sul portale “Licodu” al seguente link: <http://licodu.cois.it/?p=2831>.

²⁰ Traduzione mia. Cfr. *European Parliament resolution of 17 April 2020 on EU coordinated action to combat the COVID-19 pandemic and its consequences*, n. 2020/2616(RSP), 17 aprile 2020, par. 46: « Underlines that the Charter of Fundamental Rights of the European Union and compliance with the rule of law must continue to apply, and that in the context of emergency measures, the authorities must ensure that everyone enjoys the same rights and protection; emphasises that all measures taken at national and/or EU level must be in line with the rule of law, strictly proportionate to the exigencies of the situation, clearly related to the ongoing health crisis, limited in time and subjected to regular scrutiny; deems it totally incompatible with European values both the decision from the Hungarian Government to prolong the state of emergency indefinitely, to authorise the Government to rule by decree without time limit, and to weaken the emergency oversight of the Parliament, and the steps taken by the Polish Government – namely changing the electoral code against the judgment of Constitutional Tribunal and provisions laid by law – to hold Presidential elections in the middle of a pandemic, which may endanger the lives of Polish citizens and undermine the concept of free, equal, direct and secret elections as enshrined in the Polish Constitution» (in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_EN.html).

²¹ Vedi, per tutti, M. MIZEJEWSKI, *La crisi dell'ordine costituzionale in Polonia negli anni 2015 e 2016 con le sue conseguenze politiche*, in *Nomos*, 1/2017.

alla variazione giornaliera dei contagi da Coronavirus (numericamente esigua rispetto a quella di altri Stati europei). Basterebbe solo questo per far apparire forzate le analogie con altri Stati. Eppure, ma credo che i principi richiamati dal Parlamento europeo possano essere considerati importanti parametri interpretativi per valutare anche un aspetto spesso trascurato con riferimento al Referendum costituzionale che si è svolto in Italia, con urne aperte il 20 e il 21 settembre 2020: l'incidenza del Coronavirus nelle dinamiche elettorali. È stata la prima competizione elettorale, nell'Italia repubblicana, svoltasi nel contesto di una pandemia globale, tra la prima e la seconda virulenta "ondata".

Il referendum costituzionale ha subito un primo slittamento, dal 29 marzo 2020, proprio per garantire un'efficace campagna elettorale ai soggetti politici e un'adeguata informazione ai cittadini sul quesito referendario²². Il DPR del 17 luglio 2020 ha indetto le nuove date delle elezioni, che si sono tenute in una fase di emergenza pandemica che andava, dai 231 (del 17 luglio) ai 1350 (del 21 settembre) di contagiati ogni giorno in Italia²³. È interessante osservare che quando il Parlamento europeo scriveva, come abbiamo visto, che la data delle competizioni elettorali in Polonia avrebbe messo in pericolo la salute dei cittadini, le variazioni giornaliere in quel Paese si aggiravano intorno ai 461 nuovi contagiati²⁴.

In Italia, la volontà politica di svolgere in tempi rapidi la consultazione elettorale per la conferma della modifica della Costituzione, in riferimento al numero dei parlamentari, pare che sia prevalsa sull'esigenza di tutelare la salute dei cittadini. Non si tenuto molto conto della circostanza che questa particolare situazione di Coronavirus avrebbe reso «alcuni elettori più titubanti dall'uscire di casa, dall'andare all'interno di scuole dove ci saranno inevitabilmente degli assembramenti e, quindi,

²² La decisione è stata assunta dal Consiglio dei Ministri, in data 5 marzo 2020, che ha proposto al Presidente della Repubblica la revoca del DPR 28 gennaio 2020, con il quale, prima dell'emergenza sanitaria da Coronavirus, è stato indetto il referendum popolare confermativo.

²³ Questi dati sono ripresi dalle statistiche che offre *Google*, fonte: *COVID-19 Data Repository by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University*.

²⁴ *Ibidem*.

maggiormente indotti a rinunciare ad esercitare tale diritto», come ha dichiarato il costituzionalista Emanuele Rossi²⁵.

Eppure, sarebbe bastato che il legislatore avesse avuto uno sguardo pragmatico, orientato a garantire “diritti pratici ed efficaci”, come sottolineano i giudici di Strasburgo nella sentenza “Izzetin Dogan c. Turchia” (2016). Che poi è quello che il Sars-Cov-2 sta dimostrando in maniera evidente: rifugiarsi dietro la formale produzione di norme giuridiche serve a ben poco, senza una riflessione sulla loro applicazione pratica nei contesti sociali, economici e culturali di riferimento.

Nel perdurare di uno stato di emergenza, dichiarato il 31 gennaio 2020 tramite delibera del Consiglio dei Ministri²⁶ e prorogato al 15 ottobre con decreto-legge n. 83 del 30 luglio 2020²⁷ (al momento in cui si scrive, lo stato di emergenza è prorogato fino al 31 gennaio 2021, con decreto-legge n. 125 del 7 ottobre 2020²⁸), è stato comunque chiesto agli italiani di andare al voto per confermare la riduzione del numero dei parlamentari (negli stessi giorni sono state pure indette le elezioni regionali e locali, rinviate per l'emergenza sanitaria in atto²⁹). E neanche gli appelli alla prudenza da parte dei *virologi* hanno avuto presa³⁰.

Vi è da ricordare che le nuove elezioni sono state indette, dopo il decreto-legge n. 18/2020 (cosiddetto "Cura Italia"), che con l'art. 81 ha esteso da 60 a 240 giorni (fino al 19 settembre 2020) il termine entro il

²⁵ La video intervista di Emanuele Rossi, rilasciata a “Canale 50”, è stata pubblicata su *Sant’Anna Magazine Multimedia*, al seguente link: <https://www.santannapisa.it/it/multimedia/canale-50-elezioni-regionali-toscana-referendum-costituzionale-e-covid-19-le-conseguenze>.

²⁶ *Delibera del Consiglio dei Ministri. Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, 31 gennaio 2020, in *Gazzetta Ufficiale*, 1 febbraio 2020.

²⁷ Il decreto-Legge è convertito con modificazioni dalla L. 25 settembre 2020, n. 124, in *Gazzetta Ufficiale* del 28 settembre 2020, n. 240.

²⁸ *Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020*, in *Gazzetta Ufficiale* del 7 ottobre 2020.

²⁹ Vedi D.L. 20 aprile 2020, n. 26 – *Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020*, convertito con modificazioni in L. 19 giugno 2020, n. 59.

³⁰ Il 10 settembre 2020 su *Sky Tg 24* Massimo Galli dichiarava: «Ci troviamo in una situazione in cui le problematiche di emergenza sanitaria rimangono ma si mantengono le elezioni come se niente fosse. Come se muovere l'intera popolazione italiana per farla andare in luoghi fisici magari dovendo attendere e certamente non per appuntamento, quindi ci possono essere addensamenti, ammassamenti e code, sia totalmente indifferente in una situazione come questa».

quale indire il referendum tramite decreto del Presidente della Repubblica. Ci si dovrebbe interrogare sulla possibilità, nelle more di un evidente processo di alterazione del sistema delle fonti del diritto³¹, di stabilire un termine ulteriore, e comunque dopo lo stato di emergenza.

E, ancora, dovremmo interrogarci sulla opportunità di un voto che incide nella modifica dell'impianto costituzionale della Repubblica nel perdurare di uno stato d'emergenza, in cui le libertà fondamentali sono di diritto limitare. E, ancor domandarci, quanto in un periodo di emergenza pandemica siano state, in effetti, pregiudicate le ordinarie dinamiche democratiche. Non abbiamo gli strumenti per offrire una risposta, in questa sede, alle domande. Ma certamente si deve mettere in evidenza che da febbraio 2020 l'attenzione dell'opinione pubblica è stata – com'era normale che fosse – maggiormente concentrata sulle notizie relative alla diffusione del *virus*, e ciò anche nei giorni nei giorni immediatamente precedenti alla consultazione elettorale, allorquando la curva dei contagi iniziava, pure se lentamente, a risalire, dopo le *aperture* della stagione estiva. Né si può pensare che le potenzialità offerte dalla rete internet, al giorno d'oggi – soprattutto in assenza di garanzie costituzionali che ne garantiscano un accesso paritario sull'intero territorio nazionale e il necessario affrancamento da poteri economici privati – siano tali da sostituire il confronto, il dibattito, la dialettica che animano le tradizionali campagne elettorali³².

3. *Per non perdere la speranza: la Costituzione della Terra.*

Insomma: le insidie populiste che hanno caratterizzato la recente revisione costituzionale italiana sono evidenti, a partire dalla stessa indizione delle consultazioni elettorali nel perdurare di uno stato di emergenza sanitaria.

Ma il futuro, con l'avanzare delle nuove tecnologie digitali, è davvero legato all'assioma meno rappresentatività più democrazia? Finiremo, in altre parole, per affidare le nostre pratiche democratiche ai potenti calcolatori in grado di risolvere i problemi al nostro posto? Questi

³¹ Così G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020.

³² Il rischio è stato ben messo in evidenza da V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in Osservatorio AIC, n. 3/2020, pp. 9 ss.; M. SICLARI, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, in *Nomos*, n. 2/2020.

punti interrogativi ci portano a ritenere che una necessaria revisione dei modelli costituzionali è segnata dall'esigenza di espandere il «paradigma costituzionale attraverso lo sviluppo di un *costituzionalismo dei beni* – da tutelare o da proibire – in aggiunta al *costituzionalismo dei diritti*, all'altezza dei mutamenti tecnologici che oggi assicurano o, al contrario, minacciano la sopravvivenza»³³. È necessario, quindi, da un lato, garantire l'accesso di tutti ai beni fondamentali (o ai *beni comuni*), naturali (l'acqua, ad esempio) o artificiali (internet); dall'altro, mettere al bando quei beni che Ferrajoli definisce *illeciti*, ossia le armi che sono tecnologicamente sempre più avanzate e introdurre una serie di limiti ai poteri economici per contrastare il dominio dei mercati finanziari. Tutto ciò, insomma, ci riporta alla dimensione che abbiamo estremo bisogno di un *diritto di pace*.

Ovviamente, per realizzare un simile programma costituzionale non può essere sufficiente continuare a circoscrivere il diritto all'esperienza statale. Lo stesso progetto cosmopolita kantiano di una federazione di Stati era a servizio di una costruzione giuridica e politica di pace. In questa dimensione, il diritto internazionale si concepisce quale spazio in cui svolgere il dibattito pubblico (e, comunque, non come forma di governo del mondo).

«La democrazia è a pezzi, le armi crescono, il diritto è rotto in tutto il mondo», inizia con queste parole l'appello-proposta “Per una costituzione della terra”³⁴, firmato da giuristi, economisti, teologi, sociologi, intellettuali (tra i quali anche un ex Senatore della Repubblica italiana, Raniero La Valle, uno dei più importanti filosofi del diritto viventi, Luigi Ferrajoli, un presidente emerito della Corte costituzionale italiana, Valerio Onida, ed un premio *nobel* per la pace, Adolfo Perez Esquivel) che chiedono una «inversione del corso delle cose». La proposta è quella di un “costituzionalismo mondiale” (la Costituzione della Terra – si legge nel documento – dovrà essere la «regola d'ingaggio e la bussola di ogni governo per il buongoverno del mondo») e di una «nuova soggettività politica del popolo della Terra». È questa la strada, secondo i firmatari, affinché la storia, la storia dell'uomo, «continui»³⁵: La tesi è la seguente: «il

³³ L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018, p. 223.

³⁴ R. LA VALLE, L. FERRAJOLI, V. ONIDA, A. PEREZ ESQUIVEL, R. NOGARO, P. MADDALENA, M. GUGLIELMI, R. PETRELLA ET AL., *Perché la storia continui. Appello-proposta per una Costituzione della terra*, in *Chiesa di tutti Chiesa dei poveri*, 27 dicembre 2019 (<https://www.chiesadituttichiesadeipoveri.it/appello-proposta-per-una-costituzione-della-terra/>).

³⁵ Lo scenario descritto è, in effetti, inquietante: «se nei prossimi anni non ci sarà un'iniziativa politica di massa per cambiare il corso delle cose, se le si lascerà in balia del

costituzionalismo statale che ha dato una regola al potere, ha garantito i diritti, affermato l'eguaglianza e assicurato la vita degli Stati non basta più, occorre passare a un costituzionalismo mondiale della stessa autorità ed estensione dei poteri e del denaro che dominano la Terra».

Per quanto oggi può sembrare utopico un simile progetto, è sotto gli occhi di tutti che le difficili relazioni internazionali, i perenni conflitti armati e le enormi diseguaglianze tra le popolazioni mondiali, segnano l'esigenza di pensare ad una "norma mundi"³⁶ per il governo della società globale a livello giuridico.

Proprio nella fase di redazione di questo contributo, il 14 dicembre 2020, un malfunzionamento ha interessato la piattaforma Google in tutto il mondo per circa 45 minuti (intorno alle 12.47, ora italiana). Diversi servizi pubblici, direttamente connessi all'esercizio fondamentali dei diritti, nel globo sono stati interrotti da un "crash" che ha interessato una piattaforma privata. Basta solo questo esempio per sottolineare come una riflessione sul costituzionalismo dei beni oltre lo Stato non sia più rinviabile.

Chi pensa che le tecnologie digitali possano essere surrogati della democrazia rappresentativa è fuori dalla storia del mondo e dal destino dell'umanità. È significativa l'immagine che propone Mauro Barberis: con le tecnologie digitali (egli parla dei *social*, in realtà) bisogna fare come Ulisse dinnanzi al canto delle sirene: «usarli, ma restando strettamente legati all'albero maestro della razionalità»³⁷.

mercato della tecnologia o del destino, se in Italia, in Europa e nelle Case Bianche di tutti i continenti il fascismo occulto che vi serpeggia verrà alla luce e al potere, perderemo il controllo del clima e della società e si affacceranno scenari da fine del mondo, non quella raccontata nelle Apocalissi, ma quella prevista e monitorata dagli scienziati».

³⁶ Cfr. C. GARCÍA PASCUAL, *Norma mundi: la lucha por el derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2015.

³⁷ M. BARBERIS, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2020.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES
(editor)

“Il diritto contro se stesso”. Una discusión sobre el positivismo jurídico, y su crisis y sus críticos

Con la participación de:

AMALIA AMAYA (UNAM-Edimburgo)

LETICIA BONIFAZ (UNAM)

JORGE CERDIO (ITAM)

MASSIMO LA TORRE (Universidad de Catanzaro-Tallin)

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES (Universidad de Guanajuato)

2/2020

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES*

(editor)

“Il diritto contro se stesso”.

Una discusión sobre el positivismo jurídico, y su crisis y sus críticos

Presentación del editor

El 28 de agosto se llevó a cabo “en” México una presentación de la última obra del Prof. Massimo La Torre, impreso bajo el sello de LEO S. OLSCHKI. Con este evento, la Universidad de Guanajuato se sumó a otras actividades organizadas con la finalidad de saludar a IL DIRITTO CONTRO SE STESSO. SAGGIO SUL POSITIVISMO GIURIDICO E LA SUA CRISI, tales como las auspiciadas por la Universidad de Palermo o por la Universidad de Catanzaro. Los comentarios corrieron a cargo de las Profesoras Leticia Bonifaz Alfonso y Amalia Amaya. Asimismo, participaron el Prof. Jorge Cerdio Herrán y el Catedrático de Catanzaro y autor de la obra. Antes de pasar a las discusiones quiero decir brevemente dos cosas que considero importantes. La primera, en relación con el autor y su libro. La segunda, referida al catálogo en el que se incorporó.

El autor de IL DIRITTO CONTRO SE STESSO no requiere presentación, mucho menos en una casa como la Universidad Carlos III de Madrid. Recientemente, Francesco Biondo en una reseña a otro libro escrito por el propio La Torre sobre el tema del anarquismo no dudó en señalar se trata de «uno de los filósofos del Derecho italianos más eminentes» y lleva razón. Además, La Torre se desempeña como Director del Programa de Doctorado en Derecho en la propia Universidad de Catanzaro, cuyo seminario anual reúne una nómina relevante de filósofas y filósofos del Derecho de todo el mundo. También es profesor invitado en la Universidad de Tallin, Estonia, en la que ha organizado conferencias sobre algún tema de trascendencia global (la última, sobre populismo). La dilatada actividad docente de Massimo La Torre certifica su talla de verdadero maestro del Derecho Público europeo. Cuenta con el reconocimiento del gremio iusfilosófico en su Italia natal, en Alemania, en el Reino Unido o en España, pero no sólo.

Pasando ya al libro, en mi opinión, IL DIRITTO CONTRO SE STESSO viene a enriquecer una vasta obra que cuenta con contribuciones de primer orden al concepto de derecho subjetivo, las discusiones filosófico-políticas durante la República de Weimar y su posterior colapso, la tortura, el anarquismo o elementos

* Profesor Titular “A” en el Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT (Nivel 1) de México.

para el desarrollo de una teoría institucionalista del Derecho. Estas páginas continúan una empresa iniciada hace décadas. Como he dicho en otro lugar¹, el programa teórico del Prof. La Torre puede entenderse a través de dos elementos persistentes en su trabajo: su oposición al paradigma positivista, a aquellas teorías del Derecho de base decisionista cuya piedra angular es la soberanía estatal, por una parte, y su empeño de desarrollar una teoría más “civil” o “mitte” del Derecho, por la otra, y en donde la práctica jurídica tenga el protagonismo que le corresponde. Pues bien, este libro puede considerarse un capítulo más en dicho esfuerzo; concretamente, ofreciéndonos una compleja historia crítica del positivismo jurídico. Al igual que todos sus escritos, este trabajo es tanto erudito como profundo, sin dejar de ser por ello interesante. Tiene la virtud de estar escrito de manera muy atractiva.

El libro, finalmente, forma parte del prestigioso catálogo de la editorial LEO S. OLSCHKI, casa fundada en Verona en el año de 1886, trasladada luego a Venecia y en la actualidad tiene su sede en Florencia. Se especializa en el campo de las humanidades con títulos sobre arqueología, arte, historia, literatura, musicología u otras ciencias. Con un gran reconocimiento en el gremio, es una casa editorial que expresa una profunda devoción por el oficio del librero, por lo que cada volumen a su cuidado representa un suceso editorial en Italia. Desde el año de su fundación ha publicado únicamente 102 títulos en materia jurídica -casi siempre de historia del Derecho-. Esto es notable, si tenemos en cuenta de que han transcurrido cerca de 134 años desde aquella fecha. Dicho esto, “escuchemos” ahora a cada una de las y de los presentadores en el turno correspondiente, tal y como se suscitó el debate en las plataformas digitales. No quiero concluir esta breve presentación sin agradecer todas las facilidades brindadas por el Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

* * *

AMALIA AMAYA*

Me da un gusto enorme participar en este evento y tener la oportunidad de comentar el libro de Massimo LA TORRE, ¡caro amico il Professore di tanti anni! Es un placer inmenso poder estar aquí discutiendo

¹ Véase: F. M. MORA SIFUENTES, *Más allá de la teoría imperativista del Derecho*, en M. LA TORRE, *Contra la tradición. Perspectivas sobre la naturaleza del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2016, 11 y ss.

* Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Actualmente es *British Academy Global Professor* en la Universidad de Edimburgo, Reino Unido.

2/2020

su trabajo. Además de los motivos personales, que son muchos y profundos, están las razones de corte académico y es que este libro me parece que tiene algunas características que lo hacen un libro singular.

En primer término, es un producto -como se señala al inicio de libro-, tanto de la docencia como de la investigación. Es producto de haber reelaborado trabajos de investigación previos y también textos preparados para la docencia. En este sentido, es una maravilla ver cómo puede ser un insumo interesante para la investigación, por un lado, y, por otro lado, cómo puede ser un material para una docencia de alto nivel. Esto es peculiar en el ámbito de filosofía del Derecho donde generalmente la docencia va por un lado y la investigación va por otro lado. La retroalimentación entre ambos es poca y existe una gran cantidad de investigación, no quiero decir estéril, pero sí “estéril” desde el punto de vista de aumentar la calidad docente. Entonces, creo que es un texto extremadamente útil tanto para fines de investigación como de docencia. Esto lo hace singular en el contexto de la literatura que se suele hacer en filosofía Derecho, al menos.

Por otro lado, en todo el libro resulta clara la intención de Massimo de forjar vínculos entre la teoría y la práctica jurídica. Esto no es peculiar de este libro, sino que es algo que, creo, anima toda su obra. Nuevamente, tampoco es algo tan común. No lo es porque en filosofía del Derecho en muchas ocasiones se definen los problemas de investigación, se definen cuáles son los objetos de investigación sin tener una idea clara de qué manera esto va a contribuir a mejorar la práctica jurídica. Soy de la opinión la teoría del Derecho tiene que orientarse o al menos uno de los horizontes que hay que tener en mente cuando uno trata de definir un proyecto de investigación o de escribir un libro es “¿de qué manera va esto a mejorar la práctica jurídica?”. En tal sentido, este puede ser un libro de filosofía del Derecho para juristas. Yo coincido contigo Massimo: es un libro de un filósofo pensado para los juristas y no solamente para estar elucubrando acerca de argumentos cada vez más sofisticados, más alejados en realidad de cuáles son las preocupaciones a las que se tienen que enfrentar los profesionales del Derecho.

Además de aunar docencia e investigación, por un lado, y la teoría la práctica, por otro, también es un libro que supera la visión reductiva de la filosofía del Derecho donde la tradición anglosajona tiene un peso desmedido. En efecto, en este recorrido tan amplio que hace el libro de distintas teorías de que la filosofía del Derecho contemporánea -que incluye algunos desarrollos del siglo anterior-, hay un balance que tampoco es frecuente en los textos que dan una visión panorámica como este de filosofía

del Derecho (en este caso, del concepto de Derecho, restringido a esto). Hay tanto autores anglosajones tratados cuidadosamente como H.L.A. HART, Ronald DWORKIN, Frederick SCHAUER o Jules COLEMAN, en alguna medida; sino también autores como Neil MACCORMICK u otros italianos como Luigi FERRAJOLI, autores alemanes como Robert ALEXY o españoles como Liborio HIERRO y Francisco LAPORTA, argentinos como Carlos S. NINO. Incluso, otra cosa que tampoco es tan común, en voces del Derecho Internacional ver en qué sentido teoría del Derecho Internacional, de hecho, está enfrentándose a cuestiones centrales en el ámbito de la filosofía del Derecho como lo es nuevamente el concepto de Derecho. En este caso se trata de un autor finlandés, Martti KOSKENNIEMI. Considero pues que es un libro abarcador. Es refrescante ver cómo no gira todo entorno a la tradición anglosajona analítica, ni siquiera en una de sus concepciones, las que es más característica. Eso sí, se echan en falta quizá las teorías feministas o las teorías críticas que también algo tienen que decir acerca de la relación Derecho y moral. Pero bueno, no todo se puede. Obviamente tampoco hay una pretensión de exhaustividad como se señala al final de la obra. No se puede todo, ni en un curso, ni en un libro. Entonces, considero que por esta amplitud el libro también es singular en el contexto de la producción iusfilosófica.

Recapitulando. Tres son las razones por las cuales me parece que esta es una contribución muy importante. En primer término, porque se aparta de la manera en que en no pocas ocasiones se hace filosofía del Derecho y se aparta para mí en una buena dirección de integrar docencia e investigación, teoría y práctica. En segundo lugar, y vinculado con esto último, la obra busca tener una utilidad para los prácticos, para quienes trabajan con el Derecho. Por último, se ofrece una visión amplia de las contribuciones que se hacen desde distintas tradiciones y culturas jurídicas al ámbito filosofía del Derecho. Después de haber dicho esto, me gustaría centrarme en el resto del comentario no tanto en un capítulo específicamente (de hecho, consideramos los comentaristas en dividirnos el libro, pero no resultó por la complejidad de la obra). Quiero centrar mi atención en lo que Massimo caracteriza como el común denominador de las distintas teorías que aparecen discutidas en el libro y, sobre todo, analizar cuál es el problema con la tradición iuspositivista que diagnostica el profesor LA TORRE en él, lo que nos ayudará a indicar cuáles podrían llegar a ser algunos remedios a esta diagnosis que realiza en esta obra.

«El común denominador -y aquí cito- de las distintas teorías examinadas en el libro es el conocimiento difuso de que la normatividad

2/2020

fuerte, los valores, los principios los criterios morales o políticos no pueden mantenerse fuera del recinto de la experiencia jurídica». Se ha pasado según el Profesor LA TORRE, de una ambición de convertir la teoría del Derecho en una *ciencia del Derecho* con un manto de neutralidad a una teoría del Derecho que debe asumir las responsabilidades que le son propias. (¡Como si la ciencia fuera neutral!, pero bueno, se asocia la neutralidad con la ciencia). Si entendemos la teoría del Derecho con una *política del Derecho* e impregnada, por tanto, de razones fuertes, de una teoría normativa fuerte, no puede dejarse de lado la filosofía moral. Este es, según el profesor de Catanzaro, el núcleo que uniría a todas estas distintas de teorías o que el estudio de estas teorías nos lleva a ver cómo el ámbito de la moral no puede estar excluido de la experiencia jurídica. Otra cosa muy diferente, y así lo van poniendo de manifiesto las distintas teorías discutidas en el libro, es cómo vamos a incorporar esta percepción de la relevancia de una normatividad fuerte en la experiencia jurídica. Esto es, cómo se incorporará al estudio del Derecho.

Señala LA TORRE que para algunos esa incorporación ocurrirá dentro del concepto Derecho, como hace, por ejemplo, Ronald DWORKIN. Para otros, sin embargo, la normatividad fuerte debe estar completamente excluida, separada, como hace Joseph RAZ. Mientras que otros -y me encanto la manera de plasmarlo- tratan de “transfigurar” o “transustanciar” conceptos morales y que se transformen en conceptos jurídicos. Esta me pareció tanto una idea linda como linda la manera de expresarla. No es casual que la “transustanciación” o la “transfiguración” tengan un tinte religioso. En realidad, ésta es una de las maneras en la que se ha incorporado esta dimensión normativa fuerte dentro del positivismo jurídico. En efecto, el iuspositivismo está asociado a un deontologismo que, como decía Elizabeth ANSCOMBE, tiene una raíz religiosa con su idea de un “legislador universal”. Tal apreciación encaja muy bien en esa “dimensión religiosa” del deontologismo, y creo que ANSCOMBE llevaba razón, que esa idea está ahí al hablar de transustanciar o transfigurar. Entonces, si hay diferencias importantes entre las teorías, de cómo las distintas teorías discutidas en el trabajo incorporan ese aspecto normativo fuerte lo que va a tener implicaciones importantes -como dice Massimo y coincido con él en este punto- para temas fundamentales como el de la metodología que debemos usar para estudiar el Derecho, el concepto de autoridad o la ética de las profesiones jurídicas. Sobre este último punto volveré más adelante.

Algo, sin embargo, que no pueden evitar ninguna de estas teorías y que no logran ni siquiera una teoría excluyente como la de J. RAZ, es que el

práctico de Derecho -y de nuevo estoy siguiendo aquí al profesor LA TORRE- al enfrentarse a las controversias jurídicas no tenga razonar. Es decir, para el profesor italiano ninguna teoría releva al práctico de «la fatiga de interrogarse por las razones», por el sentido, los fines, el fundamento de los materiales normativos que tiene que aplicar. Las normas no se aplican por sí solas, sino que, y aquí vuelvo a citarlo, «en el momento de su concretización, de su aplicación al caso específico necesitan razones y las razones necesitan de una teoría» (bueno en realidad estoy parafraseándolo, más que citándolo estrictamente). Su punto es que las normas en el momento de su aplicación al caso específico necesitan razones y las razones de teoría. Nuevamente no puedo estar más de acuerdo con Massimo, tampoco puedo decirlo mejor ni muchísimo menos, porque creo que efectivamente es así. En el momento de la aplicación hay toda una constelación de razones diversas que requieren ser atendidas y ello requiere un esfuerzo teórico enorme.

Llegados a este punto, quiero preguntarle acerca de los contornos o los lineamientos que habría de tener esta teoría. Si le entiendo bien, la misma debe tener la sofisticación teórica necesaria, resultado de haber incorporado todos los avances en filosofía moral, pero tiene que servirle, a su vez, al práctico del Derecho para poder tomar las mejores decisiones en un contexto en el que hay razones normativas fuertes. Aquí se nos está llamando la atención sobre cuestiones muy relevantes. Formularé tres preguntas acerca de cuál sería este tipo de teoría, esta teoría acerca de las razones aplicables en el caso concreto, aquellas razones que subyacen a la aplicación al caso concreto de una norma, que no se aplica obviamente por sí sola. La primera pregunta es que, en esta teoría, tiene un lugar fundamental la capacidad de juicio. El profesor LA TORRE habla de la «facultad de juicio» y tal facultad viene asociada con la empatía, como él mismo señala. Parece que esa facultad es central para poder especificar qué es lo que distintos conjuntos de razones exigen en el caso concreto para poder aplicar, en último término, las normas jurídicas al caso concreto. Entonces al darle una importancia central en esta teoría del Derecho a la facultad de juicio, implica virar hacia el sujeto, implica de alguna manera que estamos cambiando la perspectiva de análisis. El foco de atención es el sujeto que aplica la norma y no tanto la norma que es objeto de aplicación y aquí ya nos estamos desviando de lo que es el centro del positivismo jurídico de una manera fundamental. Se está sustituyendo una perspectiva sistémica, y sobre este apartamiento de la tradición iuspositivista por parte del profesor LA TORRE vuelvo al final. Lo que resulta interesante, pues, es

2/2020

que estamos abandonando una visión sistémica y, de algún modo, centrándonos en el sujeto, en el profesional que está aplicando la norma al caso concreto hay un giro del objeto hacia el sujeto. De ahí mi pregunta, ¿cómo podríamos describir esta facultad?, ¿qué podríamos decir de esta facultad de juicio más allá de que es un sentido de la justicia o qué es sensible a la “pretensión de justicia” que tiene el Derecho? Como puede apreciarse, ello resulta central para el profesor a LA TORRE.

Por mi parte, algo que considero atractivo o mi tendencia es vincular una explicación de esta facultad a la idea de virtudes aristotélicas o a la tradición de aristotélica y tratar de ver cuáles serían los distintos rasgos de carácter que son necesarios para poder atribuir esta capacidad de juicio o que son necesarios para que esta capacidad de juicio opere de manera tal que resulte en decisiones que atiendan las razones normativas fuertes aplicables. Me gustaría saber, por tanto, como entendería el profesor LA TORRE esta capacidad de juicio. Menciona en algún momento a KANT menciona también a ARISTÓTELES (por cierto, ésta es una combinación posible pero difícil) y si quisiera saber un poco más respecto a cómo se entendería esta capacidad de juicio que tiene que jugar un papel central en el contexto de esta teoría del Derecho que emerge del estudio de las teorías jurídicas del siglo pasado y de este siglo en su libro.

Mi segunda pregunta es que el libro, saca a la luz una conexión que me parece tanto central como descuidada generalmente en teoría del Derecho o por lo menos hay poco interés en vincularlo. Me refiero a la conexión entre teoría del Derecho y teoría de la ética profesional. Hay muchos trabajos en teoría del Derecho y hay muchos trabajos también en ética jurídica. Pero pocos que traten de vincular la ética profesional con la teoría del Derecho y que saquen a la luz con claridad que asumir una determinada teoría del Derecho tiene implicaciones para la manera que entendemos la ética profesional como este libro. Antes de ello, me observar que yo no acabe de entender por qué el último capítulo es un “apéndice” en sí y no un capítulo, pues cierra el argumento del libro al centrarse en el legalismo como una versión extrema del positivismo. Algunos de los argumentos a largo del libro como que tienen un cierre en este apéndice, lo que en mi opinión sería suficiente para considerarlo un capítulo más. En fin. Volviendo a mi punto, en ese apéndice está la discusión sobre legalismo y de cómo nos lleva a una teoría de la ética profesional que consagra una “amoralidad moral”, donde el abogado debe ser parcial, y no solamente que lo es, sino que debe serlo. Esto es fatal según Massimo LA TORRE, y coincido plenamente con él. En efecto, es una aproximación fatal a la ética

profesional, entonces si ésta no es, y esta es una teoría positivista ¿no?, no parece que en ese sentido el positivismo jurídico este tan bien situado para proveer de una buena ética profesional. Pero entonces, me pregunto, ¿cuál es la alternativa? Considero, a este respecto, que una teoría de la ética profesional tiene que ser una alternativa atractiva a la ética de la parcialidad que se deriva del legalismo como prototipo del positivismo jurídico. Pero quisiera saber ¿cómo visualiza esa ética profesional?, ¿en qué sentido te parece que debería desarrollarse? Igual y aquí me equivoco, pero me da la sensación de que abogas por una teoría principialista, una teoría deontológica principialista, que también podría ser consecuencialista. Me parece que tú inclinación es más bien hacia una teoría de deontológica de la ética profesional. Sin embargo, esto lo veo un poquito problemático porque de la misma manera que las normas no se aplican por sí solas, las normas y los códigos de conducta profesional tampoco se aplican por sí solas. Nos volvemos a encontrarnos con las mismas limitaciones que tienen las normas en general y las normas jurídicas en particular. Tal como se ha ido mostrando a lo largo del libro, entonces para solucionar los problemas prácticos que los profesionales del Derecho tienen que enfrentar hay que ir quizás más allá de lo que sería una aproximación a la ética jurídica estrictamente en términos de normas, si es que es así como efectivamente la visualizas.

Finalmente, me pregunto si esta teoría del Derecho que emerge en la discusión de las teorías propuestas por las distintas versiones del positivismo, capaz de resolver las cuestiones morales involucradas en la aplicación del Derecho, capaz de orientar al práctico del Derecho en la resolución de problemas, qué tienen una dimensión normativa fuerte, etc., me pregunto si esa teoría en realidad es una teoría que puede ser una teoría positivista. No sé si estamos ante la crisis del positivismo jurídico o realmente, más bien, en el “abandono” o “muerte del positivismo”. Porque si lo que pone de relieve el libro es que realmente *la experiencia jurídica no puede desmoralizarse*. Ésta es una lección que aprendemos de las últimas versiones del positivismo jurídico, si realmente la lógica de aplicación de las normas involucra una dimensión normativa fuerte y esta dimensión normativa fuerte resulta tan difícil de acomodar que hasta casi tenemos que apelar una teoría de la transustanciación para poder incorporar esta dimensión normativa fuerte. A lo mejor resulta que el positivismo jurídico no es la teoría que nos permite dar cuenta de la experiencia jurídica, una vez que sabemos cuán compleja es y cuán cargada de razones morales está. En el libro examinas en el capítulo quinto algunas estrategias de rescate

2/2020

como la de F. SCHAUER o la del positivismo jurídico incluyente, por ejemplo. Sin embargo, me pregunto si estas estrategias de acaban de tener sentido: ¿por qué tendríamos que empeñarnos en continuar dentro de un paradigma cuando estamos realmente enfrentando problemas que resultan difíciles de solucionar si nos sentimos constreñidos por el propio paradigma, en este caso, el del positivismo jurídico? No sé si el liberalismo político no es el fin de la filosofía política, como tantas veces se ha sostenido. Pues a lo mejor el positivismo jurídico tampoco es el fin de la filosofía del Derecho. Me gustaría saber si en realidad esta teoría amplia impregnada de valores, relevante para la práctica, es una teoría positivista o sí más bien tu teoría del Derecho es francamente post-positivista.

LETICIA BONIFAZ*

Es para mí un gran gusto estar en la presentación de este libro del profesor Massimo a LA TORRE. Massimo y yo nos conocemos desde el año de 1994, cuando coincidimos en Bolonia gracias a Samuel GONZÁLEZ RUÍZ, quien nos acompaña en este evento. Puedo ver también a la profesora Carla HUERTA OCHOA y a otras, muchas, queridas amigas a través de la pantalla.

Antes que nada, quiero agradecerte la paciencia Massimo, el trabajo, la cantidad de horas que le dedicaste a este libro. Quedó realmente maravilloso. En su momento, había propuesto, efectivamente, que nos dividiéramos el contenido de tu obra, pero resulta prácticamente imposible dividirlo pues conforma una unidad dada la continuidad de su argumento. Déjame decirte que yo sí lo compré en *Amazon*, pero me llegó a la Ciudad de México y ahora mismo me encuentro en Chiapas. Por ello leí esta versión electrónica que me mandaron y si te quiero agradecer, porque cualquiera que se ha dedicado a la filosofía o la teoría del Derecho sabe lo que hiciste. Este trabajo de reconstrucción, como la mayoría de tu trabajo, el cómo lo haces, es realmente extraordinario. Actualmente estoy dando la clase de epistemología jurídica y tu libro va a ser clave para mis alumnos.

De tu libro también me gusta su enfoque. Yo no hablaría, como lo ha hecho hace un momento Amalia AMAYA, de la “muerte del positivismo”, de *un* positivismo, sino de *muchos* positivismos. Aprecio cómo vas mostrando la evolución y cómo vas engarzando las teorías. Porque normalmente, y justamente hablando de la separación entre la docencia y formación de los

* Profesora de la Facultad y el Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

investigadores, lo más común es ver autores aislados. Tú vas mostrando, en cambio, como hay una liga o nexo entre ellos y cómo nada queda cerrado para siempre. Esto puede verse, por ejemplo, cuando empiezas a trabajar y explicar la teoría de H.L.A. HART, por supuesto que haces la referencia a Hans KELSEN. Y hay unos cuántos puntos de la teoría de KELSEN, pueden haberse visto superados o contruidos de otra manera. Desde el punto de vista epistemológico, para mí es muy importante ver cómo un autor remite al otro, en un proceso de reconstrucción continua. Además, cada autor va poniendo unos puntos que no necesariamente sustituyen al anterior, del trabajo y de lo que haces con HART, dónde se empieza a mostrar la parte de la moral, pero también la idea de obligación, de tener una obligación o sentirse obligado a algo, hasta la parte que normalmente que se enseña acompañada luego del *Post-scriptum*. Pues bien, una de las cosas que más me gustaron del libro es como aparece Ronald DWORKIN en escena, rompiendo con su maestro. Me gusta cómo vas presentando a cada uno de los dos, en donde la teoría de DWORKIN se va oponiendo o superando o planteando de manera distinta a la de HART. De tal manera que se empieza a hacer patente algo que tiene que ver con provenir y trabajar con el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, porque esta visión es más próxima al juez -y no sólo hacia el "juez Hércules"- sino en general, al trabajo de los jueces, y eso es claro en DWORKIN. Empiezan a mostrarse visiones diferentes, pero, insisto, visiones que no son sustituidas unas por otras, sino que van aumentando nuestro caudal o cultura jurídica, en mi opinión. Decía hace un momento la profesora Amalia que, en nuestro cuadro, en nuestra pintura del Derecho, hay una gran complejidad. Me parece que ello es así, sobre todo, porque tenemos un conocimiento *acumulativo*, más que sustitutivo. Con ello lo que tenemos es cada vez más elementos para explicar la misma cosa, en nuestro caso, el concepto de Derecho.

Entonces, para buscar dónde está la esencia y qué enfoque le damos no solo quizás a la parte sociológica del Derecho sacada de algún positivismo, pero presente en otros. En el positivismo jurídico, cada vez que los hechos o a la parte social "sale por la puerta", se te va a regresar "por la ventana" puesto que necesariamente la cuestión sociológica estará presente. Creo que ello así, y lo creo más por mis trabajos últimos. Como podrán imaginarse, en años recientes mi investigación se ha concentrado en la labor de los jueces y de los operadores jurídicos. Pero antes de referirme a este punto, y una vez que se da la respuesta de DWORKIN a HART, me gusta cómo en la trama general del libro pasas a analizar la obra de Neil MACCORMICK, de Ota WEINBERGER con la intención de mostrar nuevos enfoques y lo que

2/2020

ellos importan. Sobre todo, cómo van abonando algunas cuestiones novedosas para ir completando una idea que cambia de foco, cambia de método, cambia de qué es lo que se considera relevante. Dicho lo anterior, me gustaría comentar la parte en la que se habla del legalismo y de la formación de los jueces, una parte que ha sido para mí fundamental.

Como ustedes saben, una gran mayoría de personas dedicadas al Derecho Penal, al Derecho Laboral, al Derecho Civil, al Derecho Familiar, etc., menosprecian la teoría general del Derecho y la filosofía del Derecho. Con tal menosprecio es muy difícil que, después, cuando están en procesos de argumentación, tengan la claridad analítica que se necesita para manejar la complejidad de los planteamientos. Gracias a tu libro, pueden tener tal claridad analítica. Ese entramado teórico que logras desmenuzar Massimo, y la manera en cómo lo haces, es clave para saber cuál es tu función como operador jurídico. Sin estas herramientas que nos ofreces, parecería que ese conocimiento supuestamente “neutral”, como dice la profesora AMAYA, no precisaría de un sustento teórico porque ni siquiera hay una retroalimentación permanente con los prácticos del Derecho o se trata de casos excepcionales. Es decir, los jueces y los operadores jurídicos que conocen teoría del Derecho, que conocen filosofía del Derecho, son la excepción. Obsérvese que estamos hablando de los aplicadores de la norma, que en gran medida reproducen la idea legalista de que la aplicación del Derecho es casi automática. Por ello les resulta luego tan difícil entender la serie de consideraciones morales, sociológicas, económicas o de uso político que están detrás de una decisión judicial. Y ahora sí quiero vincular esta parte con mi experiencia reciente.

Mis últimas investigaciones sobre el Poder Judicial de México indican que, mientras más alto es el nivel del tribunal, más probabilidades tienes de encontrar esta ligazón que tú propones, es decir, la retroalimentación de la teoría y la filosofía del Derecho con la práctica. En los tribunales de primera instancia se ve muchísimo menos. Pienso que esto es relevante justamente porque, no todas las decisiones que hoy se toman a nivel de poderes judiciales se puedan explicar sólo desde el Derecho. Muchas de las decisiones están hoy basadas en cuestiones que podrían salirse de los límites o márgenes según algunas teorías. Hace un momento, Massimo hablaba de que la querida Giulia LA TORRE PASCUAL está interesándose en el Derecho Internacional Público. Pues bien, tomo su interés por esa materia como ejemplo, porque, en México, la validez de los tratados y las convenciones internacionales trajo consigo una verdadera revolución en el Derecho. A partir de la reforma de 2011 en el Derecho mexicano se detonó

lo anterior, pues supuso dar a los jueces “en automático” nuevos elementos de cómo resolver las cuestiones sometidas a su consideración. Ahora bien, esos elementos adicionales en ocasiones son visibles y en otras no son visibles en sus sentencias. ¿Qué quiero decir con esto? Para ejemplificarlo, tomemos el caso de los temas de género o, mencionadas hace un momento por Amalia, las teorías feministas del Derecho. En los temas de género, o mejor, “juzgar con perspectiva de género” implica necesariamente ver las desigualdades centrales en que ha estado colocada la relación entre hombres y mujeres. No basta, en consecuencia, la sola norma de un Derecho de Familia. Tiene que intervenir, tiene que producirse una interpretación mucho más compleja y fuera de una simple previsión normativa.

Para concluir mi intervención, quiero decirte Massimo que tu trabajo, la forma en que vas llevando al lector, tiene un gran valor, porque el libro “atrapa”, y creo que no solo atraparé a los que somos apasionados de la filosofía Derecho, yo creo que atraparé a cualquier persona. Hay en tu reconstrucción permanente, en tu escritura, un nexo entre los distintos autores, que hacen que el lector quiera saber más, quiera saber qué siguió. Al concatenar las teorías te das cuenta, por ejemplo, que un autor tan relevante en la actualidad como L. FERRAJOLI, no es generación espontánea, sino que hubo antes, que se nutre de otros autores. En definitiva, estar en la presentación de este libro ha sido para mí un gran gusto. Me permite felicitarte personalmente y también decirte que, a buen seguro, tu libro será de muchísima utilidad no sólo en México sino en cualquier parte donde haya un interés genuino por la filosofía del Derecho. Gracias a Francisco MORA-SIFUENTES por su invitación y muchas gracias a todos.

JORGE CERDIO*

Muy buenas tardes. Es un placer para mí también sumarme a la felicitación a la Universidad de Guanajuato por la organización de este evento para discutir el último libro del profesor Massimo LA TORRE. De los que estamos aquí, tal vez soy yo el que tiene menos tiempo de conocer a Massimo, aunque siempre he encontrado en sus escritos muchas provocaciones que me hacen sentirme cercano a su gusto por la fuente, por la filología que hace con los autores. Pero, sobre todo, me identifico con su

* Profesor Numerario de Tiempo Completo del Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Director del Centro de Acceso a la Justicia-ITAM.

2/2020

arrojo y pasión con la que trata algunos temas, como por ejemplo la tortura, algo que recuerdo vívidamente. Quisiera dividir mi participación en dos partes. En primer lugar, en relación con la obra y, en segundo lugar, para hacer algún comentario que pueda quizás detonar la discusión con nuestro autor y con todos los que nos acompañan.

Respecto de la obra en general, tanto la profesora Amalia AMAYA como la profesora Leticia BONIFAZ han hecho ya una buena presentación, una buena caracterización. A mí me gustaría únicamente agregar que la misma también tiene un cierto valor literario. Disfruté la manera en que hilaba tanto presentaciones de fuentes como datos geográficos, presentaciones críticas y como mezclaba en un buen balance y una buena progresión una disertación que se disfrutaba leer en cada capítulo. También quiero agregar que este libro en la presentación y en el título, aunque tiene una tesis de recorrido con relación al positivismo, me parece que es va mucho más allá que eso. Quizás es un título que le queda corto al libro. Cuando empiezas a leerlo y piensas que vas a encontrar una meta-discusión acerca de positivismo y como han sido evolucionados o enfrentados contemporáneamente a otras ideas, esto no es lo que encuentras, en realidad. Podría decir sin temor a equivocarme que existen no pocos lugares en *Il Diritto Contro se Stesso* donde se presentan ideas positivistas, o de autores que se asumen positivistas, pero que la discusión que se entrelaza es más rica. Invita a un recorrido de cómo esos libros que acompañan un tema (los *companions to*), y por otra parte también invita o formula preguntas de discusión con puntos de vista propios del profesor LA TORRE, que te permite conocer aspectos que desconocías. Personalmente ignoraba algunas de las citas que hace, también abrumadoras en su diversidad. Algunos autores me han llamado mucho la atención los modos, dónde los ha presentado y cómo los ha citado, como el postmodernismo, por ejemplo. Con todo esto quiero decir que el libro tiene un “estilo” muy balanceado, que hace fácil su lectura, que es más amplio que el positivismo, diría yo a propósito de él, entrelazando una mirada muy interesante a ciertos paradigmas de la teoría contemporánea del Derecho y que lo hace de una manera personal. Me da la impresión, con todo, de que se trata de un trabajo que podría todavía reponerse con un par de capítulos más, reelaborando la tesis final sobre el legalismo y práctica profesional a cada una de las discusiones de los capítulos que tiene. Considero que es una obra riquísima tan solo por el recorrido que nos invita a hacer y por esto felicito a Massimo. Desde ya también quiero decir que me va a ser un placer también discutir y seguir releendo el libro con otros colegas.

Señalado lo anterior, ahora tengo que decir que yo no soy positivista de “closet” sino todo lo contrario. Soy un positivista “puro y duro”, pero más que nada soy un meta-positivista. Al decir esto, soy plenamente consciente que la mera palabra es objeto de estudios y de bibliotecas enteras. De modo que, incluso, si uno tiene la precaución de distinguir tipos o sentidos de positivismo jurídicos, se queda muy corto. En realidad, está “sobre-teorizado” el panorama del iuspositivismo a tal grado que cualquier discusión sensata me parece a mí, casi inefable. Es muy difícil no caer en abuso de la expresión. De un lado, empíricamente, hay mucha literatura que se ha dicho positivista, hay mucho dedicado a reclasificar esa bibliografía y hay otros que han tratado de forma estipulativa de “meta-meta clasificar” esas primeras clasificaciones. A estas alturas parece que esos esfuerzos corresponden ya propiamente a la Filología. Tratan de establecer con mayor precisión todavía más una nueva frontera: sea por diferenciar entre aplicación e identificación del Derecho, sea por lo que deba ser una teoría, diferenciando entre razón teórica y razón práctica, diferenciando entre distintas épocas y autores, o las discusiones en diferentes autores por sí mismas, etc. Cada vez más, uno encuentra bordes más finos que tratan de ser asépticos con esta palabra. Creo que, en este punto, yo no voy a caer en ese abuso de “sobre-teorizar” una vez más. Pero sí quiero destacar, que hay algunas tensiones en el libro en el modo como presentas el autor y que creo que convendría explotar un poco más a favor de tu tesis central final en el libro.

La primera idea que me gustaría ponerte a consideración es la idea entre dos preguntas básicas filosóficas, que parecen oscilantes en el texto, tanto el modo cómo se las haces decir o presentar a los autores, como en tu tesis final sobre la práctica jurídica y la ética profesional. Me refiero a la diferencia entre las siguientes preguntas: ¿qué creencias son verdaderas en el mundo?, *versus* ¿qué curso de acción tomar frente a una situación concreta? La primera pregunta tiene un gran número de variantes, pero, ciertamente, se considera clásicamente que el tipo de respuesta a la primera pregunta, qué creencias son verdaderas, qué es verdadero cerca del mundo, *no son compatibles* con el tipo de respuestas acerca de qué debemos hacer en un curso de acción concreto. Los criterios epistémicos acerca de la verdad, los criterios de la verificabilidad, los portadores de verdad y las teorías acerca del mundo y cómo se relacionan con el lenguaje, no dicen ni abonan nada acerca de él análisis acerca de los cursos de acción, la practicidad, la conveniencia, la corrección e, incluso, de la eficiencia de las decisiones. No es que estén desvinculados, porque, efectivamente, alguien puede

vincularlos y decir para tomar una buena decisión en curso de acciones hay que está informado y la información veritativa tiene más oportunidad de lograr un mejor curso de acción, pero sus criterios son incomparables. Creo que esto es uno de los puntos que parece preservar a las teorías que dicen tratar de responder a la pregunta, ¿qué cosa del mundo es el Derecho? (si es que es “una cosa”) o, si en su lugar, es un concepto, ¿qué características nos hacen reconstruirlo conceptualmente así?; o si podemos hablar vertivamente que las prácticas jurídicas son constitutivas llamemos Derecho si esto en verdad es así; *versus* dentro de una práctica con relación a una decisión o a propósito de un caso práctico decidir y las acciones asociadas a las decisiones que son justificación, predicción y evaluación.

Si uno piensa en esta distinción entre la primera pregunta y la segunda, ¿qué creencia del mundo son verdaderas? *versus* ¿qué debo hacer un curso de acción concreto?, entonces parecería que una teoría como la de H.L.A. HART o la de la Hans Kelsen o algunas teorías que has presentado, como la de Norberto BOBBIO, típicamente, al tener interés por la primera pregunta, su respuesta no nos dice nada acerca de las cuestiones que interesarían a un practicante. Y no podrían decirlo. No nos dicen nada porque si un practicante tiene que argumentar frente a un juez constitucional, presentando el argumento que hay un principio moral que es inderogable y que no podía ser excepcionado de ninguna manera porque esa es la *creencia* que tiene el practicante respecto a la conveniencia en ganar ese caso, *nada en el mundo que sea verdadero* le va a dar una respuesta a su curso de acción. Claro, esto no quiere decir que esta distinción no pueda intentarse por lo menos minar. Esto es, podríamos introducir algún punto intermedio señalando que hay ciertas características de los decisores que pueden abonar de mejor o peor manera la decisión y en este sentido alguna suerte de conexión con la epistemología hay. De hecho, existe una larga tradición en este sentido. Podríamos decir que cuando uno sostiene un cognitivismo, como se lo has hecho decir a Ronald DWORKIN, a Roger BROWNSWORD y Derick BEILEVELD (la llamada Escuela de Sheffield), el cognitivismo también supone, digamos, que hay una continuidad entre identificar cuáles son los valores morales y conocerlos y qué hacer con ellos en un caso práctico concreto. Entonces mi primer comentario es que yo no sé si esta distinción la mantendrías para tu tesis central acerca de la relación entre teorías del Derecho y la implicación en particular con el legalismo para la práctica ética profesional. Para mí esta distinción es útil de mantener pues implica que buena parte de las teorías que se dicen positivistas y persiguen la primera pregunta no dicen nada interesante acerca de

justificación, razones, valoraciones o qué curso de acción tomar; y si lo hacen así, tampoco deberían hacerlo, so pena de caer en “error categorial”, en un sentido fuerte. Por otra parte, hay un gran espacio para otras teorías que tratan de dar cuenta de que hacer en un curso de acción y que debemos hacer y corrección tomar.

Para ponerte un ejemplo que quizá sea análogo: en bioética, cuando un comité hospitalario de bioética tiene que resolver una consulta específica, difícilmente tiene una discusión donde aparece la metaética. Difícilmente se da también una discusión sobre la ética normativa acerca de los principios que los rigen. Es decir, el tipo de discusiones y de prácticas justificatorias que tiene un comité hospitalario no les dice nada de su identificación conceptual, de cuáles son sus principios que los rigen. Tampoco les dice nada de la corrección o la decisión que tiene que tomar un caso determinado. Por tanto, hacer un metadiscurso acerca de las características epistémicas, cognitivas, ontológicas que puedan tener esos principios de la metaética y la ética normativa es irrelevante. Entonces, mi primer comentario es sostendría esa distinción y cómo impactaría en tu tesis. En definitiva, si uno se la toma en serio esta distinción a dos preguntas filosóficas fundamentales de razón teórica y práctica, una no dice nada de la otra y por lo tanto al asumir una teoría que tenga esta característica preponderantemente no implica nada para la práctica. Pero también está el punto de vista contrario Massimo y hacia allá se dirige mi segundo comentario.

Mi segunda observación, va precisamente en este sentido: tampoco tengo muy claro, en tu reconstrucción de algunas discusiones, la noción misma de práctica. Te pongo dos ejemplos. Cuando reconstruyes la discusión con Dworkin, una de tus afirmaciones, que me pareció muy interesante, es que la convención a la que se refiere el segundo Hart, la regla reconocimiento es la convención de los operadores jurídicos -lo dices por ahí de la página 65, si no me equivoco-. A este respecto, el punto crítico es: ¿porque tendría que ser neutral y si es posible que esa convención no sea neutral? Aquí, la noción de práctica tiene un desliz. Porque si uno va y pregunta, hace un estudio empírico, si uno revela las actitudes y creencias de los practicantes, especial o paradigmáticamente en la familia sistemas jurídicos del *Common Law*, y uno ve su formación, en Inglaterra esto todavía es más característica, en el Reino Unido, los *inns* y el tipo de formación práctica que tienen, difícilmente ellos reconocerían que, dentro de su formación y en la manera en cómo tienen actitudes frente al Derecho, tienen convenciones. Esto es, la idea de práctica es mejor reconstruida como lo que

2/2020

William TWINING decía, un abogado puro y duro: al que le importa es jugar un rol determinado por la institución, por el caso, por sus intereses. Y en ese sentido la práctica jurídica está precedida por la persuasión. La práctica de persuasión se incluye en cualquier forma de presentación teórica. Dicho de otra forma: la idea misma de práctica a lo largo de tu presentación debería ser un poco más precisa porque parece que la misma es también es un “tipo ideal”, no obstante que tú mismo le atribuyes al idealismo algunas formas perniciosas.

Para recapitular: es un libro delicioso de leer, me ha gustado mucho el recorrido. Ofrece más que una simple presentación de iuspositivismos. Tengo la duda, por otra parte, de si sostendrías la distinción entre razón teórica y práctica, tal como la he presentado, y que implicaría para tu tesis central. Finalmente creo que hay lugares a lo largo del texto donde la noción de práctica es más bien idealista porque, en mi opinión, los registros empíricos abonarían a una noción de persuasión que eliminaría cualquier sentido de cómo has presentado la conexión entre teoría y práctica. Muchas gracias.

MASSIMO LA TORRE*

Para mí estar aquí con vosotros es una alegría, pues me encuentro con tantos amigos queridos, con amigas que conozco desde hace muchísimos años, y es una lástima que esto no se hubiera podido hacer presencialmente. “No nos podemos tocar”, *noli me tangere*. Sin embargo, por los medios electrónicos superamos las dificultades, superamos la distancia, recreando un momento, una situación, de comunidad y de amistad. Agradezco la presentación del profesor Francisco M. MORA-SIFUENTES, agradezco también a la Universidad de Guanajuato por organizar esta presentación editorial. Y especialmente, por supuesto, agradezco las palabras y el esfuerzo de leer el libro de las profesoras Amalia AMAYA y Leticia BONIFAZ, así como del profesor Jorge CERDIO, a quienes, créanme, les estoy muy agradecido por sus intervenciones.

Intento ahora contestar. Contestar siempre es complicado. Suelo decirles a mis estudiantes que al momento de preguntar se puede “preguntar todo”, pero lo que es complicado realmente es “contestar todo”. Se puede plausiblemente “preguntar todo”, pero “contestar todo” es

* Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Catanzaro, Italia. También es *Visiting Professor of European Law* en la Universidad de Tallin, Estonia.

prácticamente imposible. Bueno, lo intentaré, comenzando por lo que ha dicho el profesor Jorge CERDIO. No sé si lo he entendido bien, pero me imagino que el profesor CERDIO mueve desde una perspectiva de filosofía analítica. Yo tengo mucho respeto hacia la filosofía analítica. Me he formado en la filosofía analítica, si bien no inicialmente, en mis estudios en la facultad de Derecho, pero sí académicamente, cuando empecé a hacer trabajos de investigación. Reconozco que la filosofía analítica es una escuela importante y hay que pasar por ella. Sin embargo, creo que hay que “pasar por ella” también en el sentido de que “no hay que pararse en ella”. Quiero decir, la filosofía analítica es importante, es un instrumento, pues aprendes mucho: aprendes el rigor, aprendes instrumentos de pensamiento metodológicos, etc. Pero hay una filosofía analítica de cierto corte, que es la que ha practicado sobre todo en la filosofía del Derecho, por ejemplo, en Italia. Se trata de una filosofía analítica, podríamos decir, “antiguo régimen”, esto es, que en cierta medida se ha quedado con los postulados metodológicos de obras de los años treinta del siglo pasado, como si todo lo que ha pasado después no existiese o no fuese relevante, el “segundo” Wittgenstein por ejemplo. En ocasiones, escuchando por ejemplo a Riccardo GUASTINI, a Mario JORI, o incluso escuchando a Luigi FERRAJOLI, me ha parecido que se hayan quedado en Rudolf CARNAP O ALFRED AYER O RICHARD M. HARE. Tengo el máximo respeto por CARNAP, AYER, y HARE, pero se trata de pensadores que están dentro de *un momento* de la filosofía analítica. Sin embargo ésta se ha desarrollado buscando nuevas vías. Piénsese en Quine, Sellars, o Putnam, o en el mismo Rawls, sin hablar de Ronald Dworkin dentro de la filosofía del Derecho. Entre otros, Joseph Raz ya no cree desde mucho tiempo que el análisis el lenguaje pueda resolver los problemas filosóficos genuinos, es decir, aquellos que no dependen de simples confusiones lingüísticas. Ha habido y hay muchas líneas internas que son distintas de lo que solemos pensar que es la filosofía analítica tradicional. Por ejemplo, un autor que me parece hoy en día fundamental para la teoría de la norma es Robert Brandom, y éste propone una síntesis de teoría analítica del lenguaje y pragmatismo.

Véase, por ejemplo, la distinción entre hechos y valores, o si queréis, la distinción entre verdad y corrección, entre “ser” y “deber ser”, que se ha utilizado como una “guillotina” en no pocas ocasiones para cortar cabezas teóricas, y a veces incluso “académicas”. Esta distinción, o ese “cuchillo”, no sé si de Ockham o de otro, necesita de un afilador, y el afilador todavía no ha pasado. O mejor dicho, sí que ha pasado haciendo pero del cuchillo un instrumento que ya corta de otra manera. Así que, sobre el problema de

2/2020

la verdad, y sobre el problema de lo que es teoría, de lo que es práctica, esta distinción tan radical entre “descriptivo” y “prescriptivo” ya no se puede asumir sin una ulterior elaboración. Y, sobre todo, considero que no se pueda asumir dentro de la teoría del lenguaje, donde no hay solo enunciados descriptivos, prescriptivos, y emotivos, hay mucho más, y desde una perspectiva de filosofía práctica donde el sentido de una conducta por supuesto no es reducible a lo descriptivo o a lo prescriptivo. Es decir, no se puede de manera plausible asumir como distinción tajante dentro de la filosofía del Derecho o incluso dentro de la filosofía moral, aunque la filosofía del Derecho y la filosofía moral sean perspectivas distintas, porque se mueven a partir de distintos modelos de normatividad. La normatividad del Derecho no es totalmente la normatividad de la moral; es una normatividad con elementos ontológicos, que no tiene sin embargo la moral. Esta es más regulativa que constitutiva. Opera eminentemente con preceptos limitativo de la conducta. Pero, bueno, esto es un tema que no podemos abordar aquí de forma detallada porque necesitaría de un seminario, o dos, o tres. Lo que quiero decir es esto fundamentalmente: el Derecho *no es un ser*. O mejor dicho: el Derecho *no es sólo un ser*, sino que *es un ser que es también un deber ser*.

El Derecho no es una *cosa* en sentido propio. Cuando nos interrogamos sobre qué es el Derecho, nos estamos preguntando fundamentalmente sobre qué tenemos que hacer, sobre lo que hay que hacer. El concepto de Derecho no es el concepto de una *cosa*; el derecho no es una piedra, no es tampoco un *artefacto*. Ahora está de moda decir que el Derecho es un “artefacto”, ¿no? Pero, ¿cómo que es un artefacto? ¿El Derecho es como un cuchillo? ¿Lo puedo tocar? ¿El derecho se puede mirar? ¿Puedo fotografiar al Derecho? No de verdad. El Derecho es algo que yo practico dentro de una práctica. ¿Y qué es la práctica? La práctica es una continuidad de conductas que se tienen que interpretar, que se hacen interpretándolas. Se hacen teniendo un concepto de lo que son y se hacen también conectando el concepto de lo que son a un principio según el cual nosotros tenemos una idea de lo que debe ser. Esto es así y no es una postura idealista. En realidad, esto también es un problema en el Derecho porque todo esto es un movimiento: cada vez que practicamos el Derecho siempre tenemos que replantearnos el sentido de lo que está estamos haciendo, cuál es su objetivo. Sobre este punto en particular me gustaría recordar unas ideas de PLATÓN.

PLATÓN dice dos cosas; bueno, en realidad dice muchas cosas. Dice algunas cosas bonitas, dice otras cosas menos bonitas, pero clarísimamente

es un filósofo fundamental. Sobre el Derecho escribió mucho y sobre la regla también. En realidad, dice una cosa espléndida sobre la regla. Esto es algo que pocos han subrayado y es lo siguiente: la regla no tiene esencia. Según él todas las cosas del mundo tienen esencias, la "ousía" (*οὐσία*), que dan las "formas". Y la "forma" garantiza lo que es la cosa específicamente. Por ejemplo, esta mesa es una especificación de la forma mesa y yo puedo comparar esta mesa con la forma, es decir, afirmar: esta es una buena mesa, no es una buena mesa, no funciona, es fea; y lo puedo hacer porque tengo la forma. Pero el problema de la regla, nos dice PLATÓN, es que no tiene forma. No hay "ousía", no hay esencia involucrada. Esto es excepcional desde su punto de vista. Por supuesto que al afirmar lo anterior se abren muchísimos problemas teóricos. Ahora bien, ¿por qué no tiene forma la regla? La regla no tiene forma porque depende de su aplicación. La regla está fundamentalmente conectada a su aplicación, a una práctica, y la práctica está en el tiempo, porque depende de las situaciones, esto es, cambia permanentemente. Así que ¿qué es una regla?, ¿qué es una ley? Dice PLATÓN, la ley es como un "arquero", que tiene que tirar una flecha y tirando la flecha tiene que realizar algo, necesita un objetivo, un "blanco", a dónde tirará la flecha. Tiene que saber a dónde va dirigida, tiene que tener un fin, un sentido. Y ¿cuál es el sentido de la regla? tendríamos que preguntar. Pues bien, ahí estamos, éste es el problema del Derecho y de su práctica y de su concepto.

Yo creo que el sentido de la práctica del Derecho finalmente y fundamentalmente se deriva de una teoría moral. Desde este punto de vista no soy un positivista. Ahora, con todo lo anterior no quiero decir que no necesitamos el Derecho positivo. Claramente no es el caso. No hay ningún iusnaturalista que diga que no necesitamos el Derecho positivo. Ello es así incluso para los miembros de la Escuela de Sheffield, que son los iusnaturalistas más radicales, pues admiten que hace falta el Derecho positivo. En mi opinión, el Derecho positivo hace falta por razones morales, pues es la mediación entre el principio y la deliberación que concretiza el principio. El principio se tiene que certificar en la discusión, se tiene que reconocer en la práctica. En este sentido, el Derecho positivo tiene un elemento e cierta medida fenomenológicamente democrático. Una manera de explicar por qué, en la tradición iusfilosófica española moderna, los demócratas y los filósofos del Derecho de la transición se hicieran positivistas jurídicos, es que ellos han creyeron que el iuspositivismo era democrático. Pero lo han interpretado de manera tan rígida, tan legalista, que al final la democracia queda muy corta frente a ese enorme y durísimo

2/2020

concepto iuspositivista. El Derecho termina simplemente siendo una ley que “está ahí”, el “artefacto”, y tengo simplemente que fotografiarlo y ya está, y ya sé lo que es, porque simplemente “lo tengo que reproducir”. Pero las cosas no son así, desgraciadamente. Quién trabaja con el Derecho, quien ha practicado Derecho --yo lo he practicado poco hace muchísimos años, pero lo he practicado--, sabe que no es así. Cuando estamos en busca de una solución para los casos jurídicos, la buscamos entre distintos criterios, pero yo no puedo “fotografiar” el código o un artículo y tener la solución. No es así. No puedo simplemente repetir la palabras del artículo. La regla no es la reiteración del imperativo del legislador, como creía, por ejemplo, Uberto SCARPELLI. SCARPELLI habla de la regla como “imperativo reiterado”, pero no es así, claramente no es así. Y esto lo dice una vez más PLATÓN.

PLATÓN habla de dos tipos de legisladores haciendo una analogía con dos tipos de médicos. Hay un médico para los esclavos y un médico para los libres. El médico para los esclavos va a ver qué es lo que tiene el esclavo y cada vez le da la misma medicina. No se plantea ninguna teoría de lo que tiene el enfermo, no formula ninguna hipótesis de lo que tiene, tampoco se pregunta por la cura y su finalidad. Les repite el mismo tratamiento, les da siempre la misma píldora a todos por igual ¿Tienes el coronavirus? Te doy hidroxiclороquina al igual que a todos, y ya está. Pero el buen médico no hace esto. El médico para los seres libres mira qué será bueno para el coronavirus ¿Hidroxiclороquina? Tal vez, o alguna otra cosa más, dependiendo de tus condiciones particulares ¿Dexametasona?, puede ser. El caso es que el buen médico tiene que construir una teoría sobre el coronavirus, tiene que mirar al sentido de la cura y también al hombre, a la persona que tiene que curar, y la resistencia que ella posee. Esto es muy sugerente. PLATÓN afirma que el médico para los esclavos “no pregunta”, “no escucha al enfermo”. Pero el médico para libre, sí que “escucha al enfermo”, es decir hay una especie de retroalimentación de quien recibe la medicina a quien la da, del medicado hacia el médico.

Pues bien, con el legislador pasaría lo mismo, o tendría que pasar lo mismo. Debemos entrar en una discusión, en un intercambio de razones, entre quien acepta, recibe o tiene que obedecer a la regla y entre quien da o crea la regla. Esto tendría que ser un fenómeno o un elemento fundamentalmente discursivo. Nuevamente, ello es muy sugerente, y podemos leerlo también en *Las Leyes*. De lo anterior PLATÓN va a derivar, va a introducir, la necesidad o, mejor, la obligación para el legislador, al emanar cada ley, un “prólogo”. La ley no es sólo la ley, tiene mas o menos implícito, algo de narrativo. Es algo “con plumas”, diría un poeta; como una

flecha. El legislador tiene que explicar *para qué necesitamos esta ley*, cuál es su fin, cuáles son los objetivos que se persiguen con ella. La ley necesita un prólogo, y yo estoy convencido de que, efectivamente, cualquier ley necesita un prólogo, una presentación de su sentido y de sus objetivos. Pero el positivismo jurídico nos dice “no”, la ley no necesita prólogos. Se explica por sí misma, e incluso alguna vez que se aplica por sí misma. Ahora bien, el “prólogo” de la ley del que habla Platon no es una cuestión de razón teórica, es una cuestión de razón práctica. Y la comprensión de la regla, que es lo que intenta su “descripción”, desde esta perspectiva está empapado – si así se puede decir -- de razón práctica. De tal forma que la dialéctica entre razón teórica y razón práctica, me parece, es ineliminable en la práctica del Derecho. Todo el mundo que practica el Derecho creo lo entienda bastante.

Todo esto, de alguna manera, le da la razón a los comentarios de la profesora Leticia BONIFAZ. Creo que Leticia, en cierta medida, me dice que la práctica del Derecho es una práctica que tiene objetivos, es una práctica que desarrolla el que comprende su sentido: en el Derecho tienes que saber adonde quieres ir. Una concepción rígidamente positivista sin embargo se queda muda hacia la pregunta sobre *el sentido del derecho* la cual es fundamental para el jurista; sobre todo, en los casos más importantes, por supuesto, o especialmente, en los casos difíciles. Claro en un caso de una multa, del recurso a la multa no hay caso fundamental, pero podemos dudarle incluso aquí. Todos recordaremos el famoso caso del que habla H. L. A. HART en la discusión con Lon L. FULLER respecto el niño que introduce la bicicleta en un parque donde está escrito, “prohibido el acceso a vehículos”, y él da una vuelta en su bicicleta. ¿Tiene que ser multado el niño?, ¿Lo tienen que llevar a la cárcel? Se puede dudar, ya que la prohibición de acceso a los vehículos en el parque justamente tiene sentido para permitir a los niños jugar libremente, para que puedan jugar sin peligros. Queremos protegerlos, que puedan dar vueltas con la bicicleta tranquilamente en el aprque, y por esta razón allí no queremos vehículos, coches, motocicletas, etc. Hay que interrogarse, pues, sobre el sentido de la regla. No se puede gacer de otra manera. Desafortunadamente, sabemos que ha habido y que hay todavía, un tipo de jurista, un tipo de juez, un tipo de formación jurídica, o un tipo de burócrata -efectivamente, el prototípico de la burocracia-, que no se interroga sobre el sentido de la ley. Ley se considera simplemente lo que no es de verdad, se ignora, esto es, que consiste de algo que tú *usas para hacer algo*. La ley, en efecto, es una “cosa” que se emplea para realizar un objetivo, pero. ellos entienden que la ley es simplemente prohibición. Sería el paradigma de la prohibición. Así, la ley

2/2020

no nos permite hacer nada; con el Derecho no tendríamos que hacer nada. Pero nosotros sabemos que tenemos que hacer algo, vivimos haciendo algo, vivimos produciendo algo, realizando conductas nuevas, y el Derecho para esto está ahí; el sentido del Derecho es precisamente ese: ayudarnos a realizar ese algo.

Intento responder ahora a la profesora Amalia AMAYA a quien le agradezco muchísimo sus comentarios y, bueno, me formula tres preguntas importantes. Comencemos por la pregunta sobre la “facultad de juicio” y si puede interpretarse en términos de virtudes aristotélicas. La facultad de juicio, clarísimamente, es muy cercana, más o menos lo mismo, a la *prudencia* aristotélica, la *frónesis*. Ésta puede entenderse como la capacidad de darse una regla de manera inductiva, desde cierta situación inductivamente, pero de manera normativa (no es inducción en sentido científico, es otra cosa). Yo tengo una situación, no tengo la regla, y sin embargo me tengo que darme una regla. O bien, yo tengo la regla y tengo que entender cómo aplicar la regla, es decir, cuál es la conclusión y fundamentalmente el objeto, la práctica que está cubierta por la regla. Esto es lo que renvía a la facultad de juicio y necesita elementos de empatía. Sobre todo, en el Derecho, ahí donde tengo la regla, o donde tengo que buscarla, se trata al final de encontrar una regla de carácter normativo fuerte, es decir, de carácter moral/jurídico.

Paso ahora a la cuestión de las virtudes. El tema de la virtud y el Derecho es un tema en el que he estado particularmente interesado. De hecho, en los primeros años que estuve en la Universidad de Catanzaro, uno de los primeros seminarios que organicé fue sobre este tema y estuvo a cargo de Peter KOLLER, que fue asistente de Ota WEINBERGER en la Universidad de Graz por muchos años. Yo pasé varios periodos de investigación ahí, es un lugar donde aprendí muchísimo de WEINBERGER y los demás colegas. Bueno, yo le pedí a KOLLER hacer un seminario sobre Derecho y virtud. Este seminario está publicado en *Seminari catanzaresi di filosofia del diritto* (Giappichelli, 2005). Yo se lo pido, porque para mí es un gran problema el del Derecho y la virtud. ¿Porque es un problema? Es un gran problema por una razón básica: para poseer facultad de juicio tengo, en cierta medida, que ser educado a tener esa facultad. Es decir, se presupone ahí hay un elemento de virtud, clarísimamente. Yo debo tener una actitud, es decir, debo poder generalmente conducirme de cierta manera, y esta actitud hay que formarla. El Derecho presupone una educación al Derecho, y esto está claro tanto en PLATÓN como en HEGEL. Tú no puedes tener Derecho, y practicarlo, si no estás educado al Derecho, y tal

educación es la producción de ciertas virtudes, su desarrollo. Tú necesitas unas virtudes, si quieres operar dentro del Derecho, y estas virtudes se tienen que formar: hay que educar al ciudadano a las virtudes que hacen posible la práctica del Derecho.

Cuando yo miro, por ejemplo, cómo es el concurso oposición a jueces en varios países continentales europeos, sobre todo en España, donde la oposición de juez es simplemente repetir de manera memorística, como un “papagayo”, los artículos de las leyes, me parece bastante evidente que desde ahí algo va mal. Es un ejercicio tan nemónico que incluso se habla de “cantar”: el futuro juez tiene que “cantar los temas”. Ojo, no tiene que pensar, tiene que “cantar”. De tal manera que el Derecho para ellos es la repetición nemónica, musical, sin sentido, sin semántica, solo fonética, de las cosas que están escritas en algún código o texto o sentencia. Ahora bien, ¿de ahí que puede salir?, ¿qué tipo de persona?, ¿qué virtud estás formando? Si acaso, estarás formando la virtud de un cantante, pero no la virtud de una persona prudente, prudencial en el sentido aristotélico, y un hombre justo. Que la justicia, que la prudencia, *l'esprit de finesse*, para citar a Pascal, no juegue ningún papel en la formación de los jueces, me parece un gran error y una vergüenza. De hecho, es un error la manera de opositar a jueces en España, y en cierta medida también en Italia. En Italia, ahora la han cambiado, si bien nunca hubo este tipo de oposición de “cantar”, tampoco se mide, me parece, la capacidad reflexiva y empática del juez. Por ejemplo, el juez tendría que tener una comprensión de lo que es sufrir una sanción, incluso de aquella sanción implícita pero muy efectiva de ser imputado edelante de un tribunal, o estar en la cárcel. Se podría llegar a decir con espíritu iconoclasta y a la manera de un parresiasta griego que para ser juez habría que pasar un tiempo en la cárcel. La razón es simple: hay que pasar por el sufrimiento de la cárcel para saber lo que es dictar una sentencia condenatoria con pena privativa de libertad y sobre todo lo que ello supone. Si no es así, ¿cómo puedes enviar a alguien a la cárcel sin saber lo que es estar ahí dentro? Es como darle un medicamento a alguien sin saber qué es lo que ese medicamento es. No tienes la posibilidad de una relación empática con el condenado. Esta es una tesis, lo sé, bastante idiosincrática, que reformulo a partir de una idea presentada por Friedrich von Spee, un jesuita alemán barroco, en su espléndido tratado *Cautio criminalis*, que tendría que ser lectura obligatoria para todo jurista. Ahí von Spee afirma que para torturar, para ordenar que se torture, antes hay que saber lo que esto significa para un ser humano, y la única manera de hacerlo y que el juez que prescribe el tormento haya sido previamente torturado.

2/2020

Para ir concluyendo, quiero decir que apoyo muchísimo los intentos de realizar alguna conexión entre teoría del Derecho y teoría de la virtud. Creo también que es un tema fundamental. Y claro, también es cierto que hay muchos problemas en ello, pero aquí no podemos entrar en los problemas. En definitiva, el problema de la virtud también es un tema que pone en cuestión al positivismo jurídico pues éste nunca piensa sobre la virtud. La virtud –piensa --está dentro de la ley, la ley ya en sí misma ya tiene virtud. Pero desgraciadamente no es así. Ya que, como repiten entre otros Hegel, Wittgenstein y Hart, las leyes no se aplican por sí mismas. Podríamos algún día continuar la discusión si lo desean, y reitero mi agradecimiento a los amigos por su generosidad.

JORGE CERDIO

Siempre aprendo muchísimo de todo lo que tú me contestas y dices. Gracias de verdad, Massimo. Especialmente de PLATÓN, es fascinante todo lo que sabes. Quiero hacer una aclaración y después pedirte un comentario. La aclaración es que estoy de acuerdo contigo en que razón práctica y razón teórica interactúan. Cuando un piloto de avión tiene que aterrizar de emergencia, por ejemplo, y toma la decisión aterrizar de emergencia, su decisión claramente interactuó con la razón teórica. En este caso, la razón teórica es el criterio que le dice que el medidor de combustible está vacío, por ejemplo. Y también sucede lo contrario: cuando alguien emprende un proyecto de investigación en ciencias “duras”, en biomedicina, por ejemplo, claramente está precedido por objetivos que no son teóricos sino prácticos, de intereses hasta de política o económicos. Entonces, hay una interacción en la práctica jurídica de ambas, la conjunción de estas dos racionalidades, claramente se da. Pero ese no era mi punto. Mi punto más bien era el siguiente: ¿los criterios para afirmar un enunciado en un dominio son equivalentes al otro? Es decir, cuando una persona, un juez dice, “entre una formulación que es imprecisa, para este caso, éste es el significado atribuible”, ¿eso es resultado, fue el producto, de haber previamente conocido, decidido, reconstruido, identificado el colapso entre ambas racionalidades? Me parece que lo anterior lleva a diferentes puntos de vista de la concepción de la teoría y de la práctica jurídica. Por tanto, no estoy diciendo que no interactúen, sino que los dominios permanecen *distinguibiles* en sus criterios de acertabilidad.

Mi comentario es éste: cuando uno habla acerca de teorías, es inevitable que a veces uno pase por alto la idea de presupuesto. Por ejemplo, si uno se acuerda de la respuesta de H.L.A. HART a Ronald DWORKIN en el *Post-scriptum*, el primero afirma que el suyo es un proyecto diferente, que no está haciendo un proyecto prescriptivo o evaluativo. Lo que HART está suponiendo, al afirmar eso, es la posibilidad de un tipo de teoría que distinga metalenguajes y entre otras cosas también la idea de metaética respecto a la ética normativa. Frente a esto, DWORKIN tiene un presupuesto completamente distinto. Dice que es imposible hacer, ya no a nivel práctico a nivel teórico, teoría del tipo del que propone HART, no solamente porque sea inútil, sino que no es posible la distinción entre metaética y ética normativa. Entre una empresa teórica desde un metalenguaje acerca una práctica que es interpretativa y moral, entonces si yo presupongo metalenguaje y lenguaje es objeto y metaética normativa mi tipo de teoría que voy a producir, la explicación acerca de la práctica será completamente diferente. Creo que aquí hay un punto que es lo que te quiero comentar, quiero escuchar tú comentario, ¿cómo decidir acerca de cuáles son los presupuestos filosóficos correctos? porque sin una decisión de este tipo, los dos son equivalentes en el sentido de que no tenemos un criterio de decisión previo donde vas a recusar a alguien no usas la categoría de metalenguaje como punto de partida para formulación teórica, o no le va a recusar alguien como DWORKIN no piense que hay un colapso “arquimediano” entre ética y ética normativa. Pero ¿por qué harías esto? y ¿desde que punto de vista lo dirías?, así que no es meramente decir, mire la práctica jurídica es esto y punto: “es como un arquero”, “hay un punto”, “hay un valor”, “y si no lo hace, bueno pues entonces tiene equivocada su acceso directo a la realidad”. No se trata de esto. Pero como tú bien dijiste el Derecho no es un objeto. No se presenta a todos como una sensación, como una experiencia autoevidente. ¿Qué opinas? Gracias.

MASSIMO LA TORRE

Creo que hay un consenso dentro de la filosofía del Derecho, incluso en la filosofía analítica, por ejemplo según Joseph RAZ, totalmente positivista, sobre el hecho que el enunciado de un juez no es un enunciado descriptivo. Me parece evidente. Incluso un enunciado que se dice en la práctica jurídica, sobre cuál es el sentido de una prescripción jurídica o de una de una regla jurídica o de cualquier material jurídico, tiene poco que

2/2020

ver con la verdad teórica. Bueno, a mi esto me parece evidente, y lo dice el propio RAZ. Aunque, al final, con el mismo RAZ, en mi opinión, asistimos a algo así como al suicidio del positivismo jurídico o, incluso, quizás de la propia filosofía analítica *Ancien Regime*. RAZ tiene que asumir que Ronald DWORKIN tiene razón para lo que concierne la teoría del razonamiento judicial, es decir, que el razonamiento jurídico es normativo, en el sentido que tiene como conclusión la aplicación de una regla o de un principio lo que sea de un material jurídico, y que esto es claramente normativo. Esto ya no lo pueden negar los mismos iuspositivistas exclusivistas, los que excluyen cualquiera posible relación conceptual entre Derecho y moral, y yo no sé quién lo puede negar hoy en día. Quizá los realistas jurídicos, pero no sé si incluso el realista pueda negarlo al final. RAZ no lo niega, pero para salvar su positivismo ¿qué tiene que hacer? Tiene que decir que el concepto Derecho es algo distinto de la aplicación, algo distinto de su práctica. La teoría del concepto del Derecho no tiene nada que ver con la teoría del razonamiento jurídico. En ese sentido es pre-hartiano, rompe con el Hart de *The Concept of Law*. Es decir, cuidado con pensar que RAZ, y que sus discípulos en Oxford sean hartianos. No lo son. Son más que nada pre-hartianos. Muchos oxonienses se han convertido hoy en día a una ortodoxia pre-hartiana, destruyendo con ello su tradición. ¿Porque han destruido el legado hartiano? Porque rompen la unidad entre punto de vista interno y punto de vista externo.

El punto de vista interno, el punto de vista de la aplicación del Derecho reconoce RAZ, es un razonamiento normativo porque los argumentos de DWORKIN son abrumadores. Esto le lleva a decir, bueno, ésta, la teoría de la decisión o del razonamiento judicial: no tiene nada que ver con el concepto de Derecho. El concepto de Derecho es otra cosa. Yo hago teoría del concepto de Derecho y el concepto de Derecho no tiene nada que ver con lo que los que practican el Derecho piensan sobre el Derecho. Es decir, para saber qué es el concepto de Derecho, tenemos que ir al filósofo --a RAZ--, que dice: para explicar lo que es el Derecho no tengo que asumir la perspectiva del práctico, porque el práctico se puede equivocar. Esto va frontalmente contra al programa metodológico del Hart de *The Concept of Law*. Ahora bien, el programa metodológico de HART tiene un problema final. Esto ha sido señalado por el propio Joseph RAZ, y por Neil MACCORMICK. El problema es éste: dentro de la perspectiva interna HART cree haya soloun punto de vista normativo, que es un punto de vista de deber ser. No puede ser un punto de vista de ser. El punto de vista interno es normativo pero HART ahí en ocasiones dice que es normativo otras veces

dice que no es normativo. De tal forma que no se entiende si el juez opera según una perspectiva moral o no. Hart aquí es inseguro. Pero cuando llega Dworkin lo hace aún más inseguro de su posición. Al final, HART es extremadamente inseguro y no sabe cómo responderle con claridad. Hay una conferencia, que me parece muy importante, que Hart ofrece en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid en 1979 -- que no cito en mi libro -- en donde intenta responderle a DWORKIN. La conferencia, creo, es traducida por Francisco LAPORTA y otros, y, creo, publicada en la revista *Sistema* de 1980. Pues bien, ahí HART intenta contestarle a Dworkin, ¿y cómo le contesta? En cierta medida sigue la misma estrategia de RAZ, o la anticipa. Dice: bueno una cosa es la teoría del razonamiento judicial, otra cosa es la teoría del concepto de Derecho.

Pero, ¿a mí de qué me sirve el concepto de Derecho sino para aplicar el Derecho? ¿Para qué entonces nos quebramos la cabeza sobre el concepto de Derecho? Pero, ¿es el Derecho acaso lo mismo que la teoría de la relatividad? ¿Estamos hablando de los máximos sistemas? No. Al final, Derecho es una cosa bastante vulgar. Una cosa bastante sangrienta también, porque hay guillotinas, hay sillas eléctricas, que también tienen que ver con el Derecho. Entonces la pregunta fundamental emerge: ¿por qué buscamos el concepto de Derecho? Buscamos el concepto de Derecho, porque *necesitamos entender lo que tenemos que hacer*. Esto lo explica muy bien el círculo hermenéutico. No es casual, atención, que en la introducción a *The Concept of Law*, HART diga que su libro es un intento de "teoría hermenéutica". Por supuesto, él probablemente no ha leído a Hans-Georg GADAMER, imagino que no haya leído a Martin HEIDEGGER, sino que sí ha leído a Max WEBER, que es un "hermeneuta" muy especial. Y ha leído con mucha atención a Peter Winch que desarrolla una idea weberiana de lo que es la comprensión de las prácticas sociales, entre las cuales la del Derecho se presenta como especialmente relevante. Pero HART asume el carácter hermenéutico de su teoría, y dentro del círculo hermenéutico, por supuesto, la circularidad entre la pre-comprensión y la comprensión resulta fundamental. Así que no es el mismo método el que tengo que utilizar para entender el Derecho o para entender lo que es una piedra: yo veo la piedra, la toco... aunque, cuidado, también con la piedra puedo tener algún problema teórico, pero esto nos complicaría todo ahora muchísimo.

Una última cosa. Un argumento que me parece en cierta medida confutar lo que dice el profesor CERDIO es el siguiente. La máxima diversidad entre las teorías del Derecho no se da, cuidado, entre la filosofía del Derecho que sostiene que el derecho "es un ser" y la teoría del Derecho

2/2020

sostiene que “es un deber ser”. Porque dentro de aquellos que sostienen que el Derecho es un ser, hay una pluralidad enorme de distintas y opuestas posturas, pues se afirma que es un ser de varios tipos que entre ellos difilmente parecen compatibles. Por ejemplo, tenemos lo que dice fundamentalmente Hans Kelsen para quien el Derecho es un *Sollen*. Pero ese *Sollen* según él es un deber ser *objetivo*, es decir, es un deber ser que es un ser. Tenemos también por ejemplo lo que afirma Karl Olivecrona, para quien el Derecho es una fuerza psicológica colectiva. Pero inmediatamente después llega el realista norteamericano, Oliver Wendell Holmes, y te dice, no, el Derecho es la decisión del juez. Llega alguien más y nos dice: no, te has equivocado, el Derecho fundamentalmente es la relación que hay entre sujetos que intercambian informaciones u objetos, o quien afirma, Bruno Leoni por ejemplo, que es una pretensión individual cuya validez equivale a su probabilidad de ser eficaz. Estamos hablando de teorías muy distintas, sin embargo todas dentro de una perspectiva más o menos relacionada al positivismo jurídico, donde lo que interesa es lo que *es*, no lo que *debe ser*. Pues bien, aquí hay un problema: incluso si yo asumo que el Derecho “es algo”, hay un gran número de opciones para elegir el “algo” en cuestión. Es decir, tengo que elegir entre Karl Olivecrona y Hans Kelsen, entre Bruno Leoni y Niklas Luhmann ¿A quién elijo? ¿Cómo elegimos nosotros lo que debe ser en el Derecho?-- me pregunta el Profesor Cerdio. Y yo le pregunto a él: ¿y cómo elegimos nosotros por lo que concierne al Derecho lo que es? Porque lo que es en el Derecho puede ser un lío, querido Jorge. Tú no ves el Derecho, no lo tocas. Al final lo que es el Derecho es una teoría una comprensión desde la práctica. Porque si no, ¿cómo lo verificas? ¿Haces un experimento empírico?

FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES

Había prometido ceñir mi participación de esta mañana a la función de moderador. Sin embargo, aprovechando el hecho de que no hay intervenciones por parte de nuestra audiencia, me gustaría hacer un par de comentarios y una pregunta. Mi primer comentario es que yo nunca he identificado al profesor Massimo La Torre como un positivista jurídico sino todo lo contrario. Esto es, lo tengo por un crítico del positivismo jurídico o del paradigma iuspositivista. Y al decir esto, tengo que reconocer también que aquí el juego de las etiquetas resulta peligroso en la medida en que puede hacernos centrar en ellas, más que en las tesis defendidas. Me

parece que éste es en algún sentido el argumento del profesor Jorge CERDIO en la primera parte de su intervención. Si ello es así, entonces la utilidad que puede tener el libro que hoy presentamos se hace más evidente pues nos brinda una visión panorámica, muy completa, de lo que la filosofía del Derecho ha sido y es en la actualidad. Sobre todo, una visión no tan idiosincrática de la tradición anglosajona, como bien señaló la profesora Amalia AMAYA. En segundo lugar, me gustaría comentar un punto que, al final, estimo, sale siempre a relucir en los escritos del profesor LA TORRE. Me refiero a la relación entre Derecho y fuerza. En mi opinión, entender dicha relación resulta central para comprender su preferencia por determinada manera de teorizar el Derecho. La cuestión que parece emerger de dicha relación es cómo logramos un equilibrio entre la dimensión real y la dimensión ideal del Derecho -para decirlo en términos de Robert ALEXY-. En tal sentido, para mí es evidente que Massimo LA TORRE no es un idealista. Al menos no, cuando afirma que no debemos tener una visión hiper-idealizada del Derecho, porque, efectivamente, caeríamos en pura ideología. En definitiva: en la idea del “Derecho como fuerza” a mí no me queda muy claro si hay una única manera de entenderla o si pudiera abundar un poco en sus relaciones. ¿Por qué usted siempre ve en esa relación un punto crítico para las teorías del Derecho?

MASSIMO LA TORRE

El problema de la fuerza es fundamental dentro del Derecho. Todos sabemos que hay un elemento en el Derecho, algo, como digo siempre a mis estudiantes, que “corta”. El Derecho puede cortar y, por tanto, debemos tener cuidado al momento de utilizarlo. Hay que usarlo bien porque de lo contrario puedes hacerte daño con el Derecho: te puedes cortar tú mismo, puedes desangrarte y desangrar a los demás. Eso es clarísimo: el Derecho tiene un punto importante de fuerza e incluso de violencia. Aquí se hace evidente todo el problema de la sanción. Sin embargo, una cosa es decir que hay sanción en el Derecho y otra cosa muy distinta es decir que la sanción es el corazón del Derecho. Éste es uno de los problemas teóricos más importantes: ¿debemos conceptualizar el Derecho paradigmáticamente como fuerza o no? Ahora, aquí entra en escena otro problema metodológico central y que es el siguiente. El Derecho, me parece, es lo que nosotros creemos que sea. Es decir, el Derecho no existe como cosa externa a nuestras prácticas. Más bien está en, o es, la práctica misma. Nuestras conductas, y

2/2020

nuestras conductas sociales se rigen según nuestras creencias, son nuestros modelos. Esto hace que la filosofía del Derecho tenga un rol fundamental en lo que el Derecho sea. Siempre digo que “el Derecho es su filosofía”. No es una cosa, no es un artefacto. El Derecho es ante todo una práctica que se construye según una conceptualización y la conceptualización que explicita la práctica se llama filosofía del Derecho. Es decir, la filosofía del Derecho es la práctica del Derecho conceptualizada y hecha explícita ¿Esto qué quiere decir? Hay aquí un círculo práctico, más que hermenéutico, es decir, la práctica del Derecho, el fenómeno, depende también de su “noúmeno”, de lo que nosotros pensamos que es el Derecho. Aquí me parece relevante nuevamente recordar a lo que sostienen el positivismo excluyente y Joseph RAZ.

RAZ no niega, cuidado, el positivismo excluyente no niega, la relación entre Derecho y moral. Ellos dicen: sí, hay una relación entre Derecho y moral, pero esa relación es *externa*. Así, se vincula con todo lo que decía antes el profesor CERDIO, esto es, tiene que ver con la relación entre razón teórica/razón práctica. Supongamos que soy piloto y que tengo que aterrizar un avión. ¿Qué tengo que hacer? Aquí hay una cuestión que involucra creencias, esto es, información de lo que es la realidad, y lo que tengo que hacer. Pero dentro de la aviación, la práctica de la aviación, de conducir un avión no es una práctica de carácter moral. La moral aquí no tiene un rol esencial. Por supuesto que el piloto tiene obligaciones morales, porque para conducir el aeroplano no tiene que beber alcohol, no tiene que drogarse, tiene que saber que tiene una responsabilidad enorme, tiene que ser consciente de que lo que hace tiene consecuencias importantes sobre la vida de la gente. Pero dentro de su conducta, de la conducta misma, de su trabajo, no hay una pretensión de justicia. El trabajo es una cosa, pilotear un avión es una cosa, y otra cosa distinta son sus consecuencias eventualmente morales. Así, tú puedes ser piloto y dirigirte a Japón, tirar la bomba atómica sobre Hiroshima y Nagasaki y matar a 300,000 inocentes. Esto lo puedes hacer como no lo puedes hacer. Pero dentro del ser piloto o “pilotear” un avión, la actividad no te dice nada sobre si tienes que ir a Hiroshima o no tienes que ir. La valoración moral de la práctica es distinta o, mejor dicho, *es externa a la práctica* misma de ser piloto. En el Derecho, es lo que dice Joseph RAZ, sucede lo mismo.

Con el Derecho tú puedes tener consecuencias morales. Claro, porque el Derecho tiene mucha relación con la moral, de tal forma que tú puedes tener consecuencias de cierto tipo o de otro tipo. Desde este punto de vista, tú puedes ser Roland FREISLER, Presidente del Tribunal Popular

(*Volksgerichtshof*) durante el régimen nazi, estos que mataron a los conjurados del 20 de julio. Era un verdadero verdugo, pero es un juez y bueno lo que hace para el positivista es Derecho. Las consecuencias morales en este caso son tremendas y, según RAZ, hay una relación clara con la moral, pero esa relación es externa a lo que el juez está haciendo con el Derecho. Yo sin embargo lo niego rotundamente. Lo que hace el juez no es igual a lo que lo que hace el piloto, ¿Por qué?, Porque en lo que hace el juez hay una pretensión interna de justicia, ¡interna! El juez *hace* justicia, *pretende hacer justicia*, hay una pretensión de hacerla. Ahora, por supuesto, esto no significa que siempre haga justicia. La pretensión se puede falsificar, por supuesto. No hay que confundir la pretensión de justicia con el hecho de que sea justa la actividad del juez. Pretende ser justa, pero se puede equivocar, puede ser errónea, puede pasar por alto cosas. Pero la pretensión de justicia existe, así, dentro del Derecho. Hay pues dentro del Derecho una conexión interna a la justicia. No es externa. El Derecho no es un cuchillo que te puede servir para matar o para cortar el *roast beef* que te comerás. Cortar el *roast beef* es una actividad moralmente neutra, pero utilizar el cuchillo para defenderte de un asesino es una actividad moral que ya no es neutra. La actividad moral puede ser moralmente neutra, moralmente positiva, moralmente negativa. Pero el Derecho no es así. En el Derecho todo lo que se hace tiene una pretensión de justicia, de moralidad interna. Ahora bien, esto determina muchísimo el problema de la fuerza. Me explico mejor.

Si yo digo que el juez, que el Derecho es fuerza o es violencia, ¿qué argumento puedo tener contra una realización del Derecho fuerte o violenta? ¿Qué argumento puedo usar? Es decir, *cómo pienso el Derecho tiene consecuencias morales*. Es por esta razón fundamental por la que yo creo que hay dos argumentos a favor de pensar el Derecho como algo que no tiene la fuerza en su corazón. El primer argumento es que no es verdad. No es verdad que la fuerza esté en el núcleo duro o central del Derecho. Hay argumentos ontológicos y de otro tipo para afirmarlo. No es verdad porque, de otra manera, no entenderíamos la distinción entre Derecho y el asalto del *gunman*, entre el juez y el delincuente. No quiero ser ingenuo al decir esto. Sé que algunas veces el juez puede ser un delincuente. Es verdad. O si queréis, puedo aceptar también que el 80% de las veces de las cuales lo jueces actúan, actúan como delincuentes. Muy bien, o muy mal, pero lo acepto. Sin embargo siempre dentro de la pretensión de justicia, de manera que ellos tendrán que actuar con una hipocresía tremenda y contradiciendo lo que dicen estar haciendo. Son delincuentes, muy bien o muy mal. Hay

2/2020

jueces que son delincuentes, pero ellos, pero su pretensión y su modelo no puede ser, no es el de delincuente. Es una alternativa al delincuente. Nosotros tenemos al Derecho como alternativa a la fuerza. La fuerza es algo que llega sólo después, cuando el Derecho en cierta medida tiene un problema. Cuando el Derecho se enfrenta con una fuerte resistencia entonces llega la fuerza como algo accesorio. Y claro que aquí hay fuerza, hay sanción, hay pena, muy bien o muy mal. Pero pensar que la pena, la sanción, la fuerza sean las cosas más importantes del Derecho y conceptualizarlo de esta manera me resulta ontológica y fenomenológicamente contradictorio. Sobre todo, me resulta moralmente inaceptable. Confieso que yo tengo esta teoría, porque tengo una precomprensión moral de lo que es el Derecho. Derivo mi concepto de Derecho de una teoría moral intuitiva.

Entiéndaseme bien. Tengo muchísima simpatía para lo que dice el profesor CERDIO en el sentido de que hay que tener bastante cuidado porque aquí nos movemos al margen de un precipicio, nos movemos al margen de un "*crinale*", como se dice en italiano. ¿Cuál es el precipicio? El precipicio es hacer ideología pura y dura para, al final, "*justificar*" *moralizando cosas tremendas*. Este es el problema de ciertas teorías del Derecho Natural. Creo que es lo que le pasa, por ejemplo, a John FINNIS. Al final, a pesar de su fineza intelectual, FINNIS es un ideólogo, más que un teórico del Derecho. Aquí ya entran otras cosas, pero puede decirse que, en este sentido, le estoy agradecido al positivista jurídico. Siempre escucho con atención las razones del positivista jurídico, las razones del profesor CERDIO, que me dice: "*cuidado debajo*", "*ahí estas al borde del precipicio*", "*no caigas en la tentación de hacer ideología*". Y efectivamente le doy razón en este punto. Por último, es mi deber señalar que para sostener lo que estoy diciendo, por supuesto, hay que desarrollar muchos argumentos, muchas tesis. Quizás yo no tengo la fuerza intelectual, no tengo la fuerza para poder hacerlo y simplemente propongo cosas de manera sugestiva. Tal vez. En cualquier caso, les reitero mi gratitud por este momento tan agradable de reflexión iusfilosófica. Gracias.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

ANDREA CAPUTO

**Cronaca del seminario «Sindrome 1933: una
discussione intorno al libro di Siegmund Ginzberg»**

ANDREA CAPUTO*

Cronaca del seminario «Sindrome 1933: una discussione intorno al libro di Siegmund Ginzberg»

Il giorno venerdì 18 dicembre 2020 si è tenuto, in forma necessariamente telematica, il convegno «*Sindrome 1933: una discussione intorno al libro di Siegmund Ginzberg*», nell'ambito del ciclo di seminari previsti per l'Anno Accademico 2020/2021 del Dottorato di Ricerca in "Ordine giuridico ed economico europeo" dell'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

Introdotta e moderata dal Prof. Massimo La Torre, coordinatore del Dottorato, il convegno ha ospitato, oltre all'autore del volume, il Prof. Armando Vitale, ex preside e docente di Storia e Filosofia del liceo classico Galluppi di Catanzaro, e il Prof. Nicola Fiorita, docente di Diritto Ecclesiastico presso l'Università della Calabria.

Come da titolo del seminario, gli intervenuti si sono confrontati su *Sindrome 1933* (Feltrinelli, Milano, 2019) con il suo autore Siegmund Ginzberg, importante giornalista e intellettuale militante (è lui stesso a definire il suo volume un *pamphlet politico*), che per il respiro cosmopolitico della sua figura trova felice e attenta ospitalità in un Dottorato dall'anima spiccatamente internazionale.

Ad aprire la discussione, dopo l'introduzione di Massimo La Torre, è stato Armando Vitale che nelle prime battute del suo intervento ha messo immediatamente a fuoco la portata del testo di Ginzberg. *Sindrome 1933*, ha opportunamente specificato, non è una ricostruzione storiografica *fredda*, un'indagine distaccata sugli avvenimenti del passato. Quello di Ginzberg è piuttosto l'appassionato sforzo di far dialogare il passato, nello specifico le complesse vicende che dalla Repubblica di Weimar portano all'ascesa al potere del Nazionalsocialismo, e la contemporaneità, affetta da *sintomi* che fanno pensare ad una possibile recrudescenza della *sindrome* del 1933.

Lo *strumento*, come lo ha definito lo stesso Ginzberg, che permette all'Autore di scavalcare i canoni della semplice ricognizione storiografica, quello che rende *viva* e, in qualche modo, presente la storia di cui si occupa il libro è l'*analogia*. Di questo strumento, cui dedica il secondo capitolo che significativamente sottotitola «*Breve nota sul perché di questo libro*», l'Autore si serve per razionalizzare quella sgradevole sensazione di *déjà vu* o *déjà vécu*

* Dottorando di Ricerca in "Ordine giuridico ed economico europeo", Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro, XXXV Ciclo.

da lui sempre più frequentemente avvertita. Per il suo peso nell'importanza del ragionamento di Ginzberg, l'analogia con il suo contrario, la divergenza, hanno costituito, come si vedrà nel prosieguo di questa breve cronaca, i due fuochi attorno a cui ha orbitato gran parte della discussione.

Su due analogie in particolare ha voluto soffermarsi Vitale. La prima è quella tra la situazione di profonda instabilità politica della Repubblica di Weimar e le condizioni attuali del panorama politico italiano. Dilaniata da una grave crisi economica e sociale, la Repubblica di Weimar vide il formarsi di uno scenario politico estremamente frantumato, caratterizzato dalla presenza di un numero spropositato di partiti (sessanta, se si contano anche le formazioni minori), e da un continuo ricorso allo strumento elettorale. Soprattutto quest'ultimo dato ha particolare importanza.

Ripetendo l'immagine, contenuta nel libro, di *un inferno lastricato di elezioni*, Vitale ha messo in evidenza come negli anni di questo parossistico ricorso alle urne si sia assistito ad una continua ascesa del partito nazionalsocialista e infine alla sua conquista del potere. Hitler vinse, secondo Vitale, per gli effetti paradossali di un *eccesso di democrazia*, la quale di fronte al disorientamento politico dei tedeschi giunse infine a sopprimere se stessa.

Di un'instabilità politica simile si fa esperienza oggi e, a ben vedere, anch'essa sembra riflettersi sull'andamento elettorale, ripetendo certe tendenze di un secolo fa. La lezione di Ginzberg a questo proposito, ha evidenziato Vitale elevandola a *memento* per il nostro tempo, è che nelle fasi più critiche non è la chiarezza o la profondità d'idee a *far testo* nell'agone politico, bensì la rabbia, che smuove la *pancia ribelle* del popolo a mezzo di messaggi violenti, di rottura dell'ordine democratico.

A questo importante *memento* si lega la seconda analogia evocata da Vitale, relativa a una comune sottovalutazione del pericolo da parte delle altre forze politiche, in particolare di quelle democratiche, oggi come allora paralizzate dall'incapacità di far fronte comune.

A conclusione del suo intervento, Vitale ha però sollevato un interrogativo, rivolto a Ginzberg, sulla tenuta del valore euristico della tecnica analogica dinanzi ad alcuni sviluppi successivi alla pubblicazione del volume (datata maggio 2019). Vale a dire: l'uscita dal governo della compagine leghista; la riscossa europea di fronte alla pandemia, contrassegnata dalla predisposizione dello strumento del Recovery Fund; la sconfitta di Trump nel confronto elettorale con Biden.

Proprio da qui ha preso le mosse Nicola Fiorita, che nel suo intervento ha parlato dell'*invecchiamento precoce* che il libro di Ginzberg pare aver



subito. Nonostante anch'egli abbia fatto iniziale riferimento all'inquietante sensazione di *déjà vu* che dalla pagine del volume si trasmette efficacemente al lettore, secondo Fiorita *Sindrome 1933* ha perso rapidamente, per la diversa curvatura presa dalla storia, la sua carica profetica.

Ciò, beninteso, non fa venir meno il valore del libro, ha chiarito Fiorita, dal momento che Ginzberg stesso si dichiara estraneo all'idea che la storia possa ripetersi senza variazioni. Esso acquista piuttosto un interesse ulteriore, invitando a ricercare i motivi per cui la storia non si è ripetuta. Raccogliendo questo invito, Fiorita ha posto l'accento su alcune *divergenze*, o *variabili*.

In primo luogo, il fattore della violenza. Nonostante un certo clima di tensione e una piuttosto diffusa grammatica politica d'incitamento all'odio, non v'è oggi, nel mondo prodotto dagli anni della *grande pace*, secondo Fiorita, quell'*abitudine* alla violenza propria della generazione uscita dal primo conflitto mondiale, in misura significativa composta da reduci. In secondo luogo, e in maniera simile, sebbene l'Europa contemporanea non goda di piena salute essa è comunque, ritiene Fiorita, lontana dall'Europa *sull'orlo di una crisi di nervi* degli anni '30. Lontana per saldezza, s'intende, e soprattutto per la dimostrata capacità di favorire la formazione di un fronte d'opposizione all'onda sovranista. Oltre a ciò, ha aggiunto Fiorita, va considerato il fatto, non secondario, che mentre il riferimento politico, guardando al passato, è il solo partito nazionalsocialista, quando Ginzberg si rivolge al presente il riferimento politico è duplice, giacché nella sua analisi rientrano la Lega e il Movimento 5 Stelle.

Inoltre, a indebolire ulteriormente il parallelismo tra passato e presente vi sono altri due rilievi presi in considerazione da Fiorita che non sono direttamente affrontati nel volume di Ginzberg. Innanzitutto, il ruolo dell'Italia, che negli anni '20 funge da laboratorio per i fascismi, mentre in tempi recenti ha fallito il tentativo di porsi a guida di un fronte sovranista a livello europeo, cosa che secondo Fiorita avrebbe spostato, e non di poco, gli equilibri e forse le sorti dell'Unione Europea. Successivamente, Fiorita ha posto l'attenzione sul fattore religioso, e in particolare sul ruolo svolto dalle forze cattoliche, il cui appoggio fu decisivo nella legittimazione del potere dei regimi fascisti. Come ricordato da Massimo La Torre, intervenuto sul punto, Zentrum, il partito cattolico della Germania dell'epoca, fu la sola formazione politica ad autosciogliersi, dopo aver votato la *Ermächtigungsgesetz* e pochi mesi prima del *Reichskonkordat* patrocinato da Von Papen, ex leader di Zentrum divenuto poi vicecancelliere di Hitler, ed Eugenio Pacelli, ex Nunzio Apostolico in Germania e futuro Papa Pio XII.

Di contro a questa ricostruzione storica a tinte indubbiamente fosche, l'analisi del presente offre l'immagine, delineata da Fiorita, di una chiesa cattolica che si è resa indisponibile a rendere il medesimo servizio a forze politiche che pure attingono spesso alla fonte cattolica nel tentativo di farne propri valori e simboli. Il magistero di Papa Francesco, come detto bene anche da Luigi Mariano Guzzo in un suo intervento sul tema, segna un momento di forte discontinuità tra la chiesa contemporanea e quella degli scorsi decenni, al punto che, secondo Fiorita, oggi è proprio Bergoglio a porsi come il più importante leader anti-sovrano. Del resto, come ha ricordato La Torre introducendo il seminario, lo stesso Papa Francesco ha speso parole di grande apprezzamento per *Sindrome 1933* durante un colloquio con il premier spagnolo Pedro Sánchez Pérez-Castejón, consigliandone la lettura, secondo Ginzberg non a caso, a pochi mesi dalle elezioni presidenziali statunitensi.

A chiusura del suo intervento, Fiorita ha posto all'attenzione dei presenti e degli ospiti la portata di un ultimo elemento che nel libro manca per ovvie ragioni cronologiche: la pandemia. Questo evento, secondo Fiorita, segna un cambiamento d'epoca che non può che spingere a domandarsi cosa ne sarà delle analogie: sfumeranno o confluiranno soltanto in un nuovo paradigma?

Ancora sul tema delle analogie sono intervenuti Leonardo Mellace e Massimo La Torre, entrambi con riferimento alle attuali politiche europee di *austerità*.

Secondo Mellace è forzata l'analogia, proposta nel libro, tra le invettive di Hitler all'indirizzo di chi, con le riparazioni di Guerra, ordiva a parer suo un complotto contro la Germania e l'attribuzione, frequentissima nel dibattito politico contemporaneo, di responsabilità pressoché totali per i mali del Paese ai cosiddetti *burocrati di Bruxelles*. La forzatura, secondo Mellace, consiste nel ritenere, come sembra fare Ginzberg, *esattamente* sovrapponibili le due situazioni, laddove invece mentre Hitler costruiva artatamente l'immagine di un vessatorio complotto anti-tedesco, altrettanto non potrebbe dirsi con riferimento a talune politiche europee, manifestamente punitive nei confronti di paesi affetti da gravi situazioni debitorie e dagli effetti fortemente restrittivi dell'autonomia politico-economica degli Stati Membri.

Invero, sebbene il complotto anti-tedesco descritto da Hitler non sia mai realmente esistito, nondimeno è indubbio che assolutamente reale fosse la rigida politica di austerità imposta dalle riparazioni di guerra. A chiarire

questo punto sotto il profilo storico è intervenuto La Torre, la cui riflessione ha permesso di individuare i tratti di un'ulteriore analogia.

A gestire l'austerità imposta alla Germania dopo la Prima Guerra Mondiale, infatti, fu un governo di coalizione, guidato da Heinrich Brüning, dettato da vincoli esterni. Qualcosa di simile, secondo La Torre, è accaduto in Italia con il governo Monti e potrebbe accadere di nuovo in un futuro non troppo lontano. Il rischio connesso a questa ulteriore analogia, pertanto, è che, per mancanza di una reale alternativa democratica, a ripetersi possa essere anche lo sviluppo successivo a questa dinamica, quello che in Germania portò al potere Hitler, forte della promessa (peraltro mantenuta) di una politica economica espansiva.

Anche quest'ultima analogia, dunque, funge da monito per la contemporaneità e spinge a riflettere a fondo e criticamente sul ruolo dell'Europa, le cui politiche potrebbero fare da innesco a procedimenti di autosoppressione della democrazia piuttosto che salvaguardare, come da funzione precipua e originaria dell'unità europea, la pace e la libertà.

Reagendo alle varie sollecitazioni ricevute dalla discussione e dagli interventi, Ginzberg ha prima di tutto messo in chiaro alcuni importanti aspetti del suo libro. Circa la tecnica analogica ivi adoperata, Ginzberg ha tenuto a precisare la natura *costitutivamente imperfetta* dello strumento, senz'altro utile ad avvertire il pensiero e a innescare i ragionamenti, ma non esente da un certo grado di semplificazione della realtà. A proposito, invece, dell'intento del volume, l'Autore ha chiarito che *Sindrome 1933* non è e non voleva essere profetico. All'opposto, infatti, si tratta di un libro *scaramantico*, che in qualche modo attraverso lo studio analogico vuole esorcizzare la paura che la storia possa realmente ripetersi. È con gli occhi di un preoccupato scaramantico, dunque, e non con quelli del profeta, che *Sindrome 1933* getta il suo sguardo sul futuro.

In quest'ottica, gli sviluppi successivi alla pubblicazione del volume, secondo Ginzberg, fanno tirare un sospiro di sollievo, ma non bisogna per questo abbandonarsi a un eccessivo entusiasmo. Il momentaneo sollievo, infatti, potrebbe un domani rivelarsi essere stato soltanto un illusorio *jusqu'ici tout va bien*.

Ciò vale innanzitutto sul fronte dei risultati elettorali. È vero che la sconfitta di Trump va accolta, secondo Ginzberg, come un segnale positivo, ma non si può dimenticare il fatto, ha rimarcato, che i 75 milioni di voti raccolti dal *Tycoon* rappresentano un consenso enorme e dunque un fattore di rischio di cui occorre tener conto.

Il medesimo avvertimento vale altresì in relazione agli effetti e alle conseguenze della pandemia, ritenuta da Ginzberg l'evento più importante della storia europea dal secondo dopoguerra a oggi. Nella prima fase di gestione della crisi sanitaria, il mondo si è scoperto diviso nella scelta tra due possibili risposte: da un lato un approccio che potrebbe definirsi *menefreghistico*, proprio, almeno inizialmente, di molti leader della costellazione populista (Trump, Bolsonaro, Johnson); dall'altro un approccio solidaristico, caratterizzato dal categorico rifiuto di abbandonare i più deboli, quelli esposti ai rischi maggiori in caso di contagio.

Se finora può dirsi aver prevalso questo secondo tipo di risposta, ha evidenziato Ginzberg, l'ha fatto tuttavia soltanto di stretta misura. Se anche, con le parole di Ginzberg, *finora è andata bene*, ciò non deve indurre a sottovalutare i rischi ancora vivi che la gestione della pandemia, del resto tuttora in corso, e le sue ricadute sul piano economico e sociale portano con sé.

La pandemia ha messo a nudo una volta in più la fragilità della democrazia, la facilità con cui si lascia preferire altri sistemi per la loro capacità di risolvere in maniera efficiente le situazioni di crisi (come accaduto nel caso cinese, richiamato da Ginzberg). Il rischio, pertanto, è che si materializzi un'ancora ulteriore analogia, particolarmente allarmante, tra la contemporaneità e i primi decenni del '900. Secondo un recente studio di Kristian Blickle (*Pandemic Change Cities: Municipal Spending and Voter Extremism in Germany, 1918-1933*) espressamente menzionato da Ginzberg, infatti, può rinvenirsi una stretta correlazione tra la tragedia dell'influenza spagnola e lo spostamento elettorale a favore del partito nazionalsocialista. Se un effetto simile dovesse verificarsi a seguito della pandemia di COVID-19, insomma, le future elezioni potrebbero tornare a lastricare la via per l'inferno.

Tuttavia, a tranquillizzare, almeno in parte, l'animo dello scaramantico si pongono, secondo Ginzberg, le politiche europee in risposta alle ricadute economiche della crisi pandemica. Definendo il Recovery Fund *una politica espansiva senza precedenti*, Ginzberg, avvicinandosi alle osservazioni di Vitale, ha espresso infatti una posizione di cauto ottimismo nei confronti delle soluzioni approntate dal sistema eurounitario, nonostante le osservazioni problematiche, se non critiche, di Mellace e La Torre sulla questione.

Al di là di possibili differenze di vedute, quel che è certo, ha concluso Ginzberg, e che deve rimaner fermo è l'accordo su ciò che *non* si vuole che accada: il ritorno del fascismo e il ritorno della guerra. Sul resto, sulle



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

n. 2/2020

possibili alternative proposte positive, la discussione è aperta ed è un bene che lo sia.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

GIOVANNI BLANDO

Realizzare l'origine

T. GAZZOLO, Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione, Pacini, Pisa, 2018

2/2020

GIOVANNI BLANDO*

Realizzare l'origine

T. GAZZOLO, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pacini, Pisa, 2018

Negli ultimi anni la figura di Tullio Ascarelli è stata oggetto di forte attenzione. Si tratta, tuttavia, di un'attenzione diversa rispetto al passato, quel passato che ha innegabilmente elevato il giurista romano al rango di luminaire del diritto commerciale. Che Tullio Ascarelli rappresenti una figura affascinante, per certi versi eclettica rispetto al panorama giuridico in cui si muoveva, non è scoperta recente ma è recente la valorizzazione di quella sensibilità, piuttosto prematura, che egli dimostrò per il tema della creatività e della storicità dell'interpretazione giuridica, in un tempo che accettava a fatica tutte le deviazioni dall'ortodossia positivista¹.

Il testo di Tommaso Gazzolo, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, descrive perfettamente la portata innovativa del pensiero ascarelliano su questi temi. L'obiettivo di Gazzolo è dichiarato sin dalle prime pagine e consiste nel «riflettere sul pensiero di Ascarelli relativo all'interpretazione del diritto, tentandone nuovi sviluppi, ricercandone nuove corrispondenze con la cultura giuridica, ma non solo, del suo e del nostro tempo» (pp. 9-10). Si tratterebbe, tutto sommato, di un obiettivo su cui già altri hanno lavorato², se non fosse che il testo di Gazzolo è impreziosito da alcune brillanti (e dotte) pagine in cui il problema dell'interpretazione del diritto così come impostato da Ascarelli è ricollegato in maniera inscindibile ad alcuni assunti sull'ermeneutica ricavati dalla cultura ebraica: secondo Gazzolo, infatti, una rilettura consapevole dell'opera ascarelliana non può separare «l'attenzione per l'interpretazione della legge» dalla «costante – per quanto spesso silenziosa – presenza di una tradizione, quella ebraica, profondamente sentita e vissuta da Ascarelli». È anzi da questa cultura che discende l'interesse di Ascarelli per l'«interrogazione della legge» (p. 10), cultura che non lo rende certo un «esperto di diritto ebraico» ma ne delinea il profilo di «giurista la

* Assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Per un rapido resoconto delle posizioni di Ascarelli sul punto mi permetto di rimandare a G. BLANDO, *Creatività e storicità dell'interpretazione. Spunti per una rilettura comparata di Ascarelli e Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2/2018, 381-404.

² Impossibile non menzionare qui la più completa opera sul punto: M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1989.

cui appartenenza all'ebraismo segna [...] il suo modo di pensare ed elaborare le categorie giuridiche» (p. 11).

Il primo capitolo del libro prende le mosse dal celebre saggio di Ascarelli su *Antigone e Porzia*³, in cui la protagonista della tragedia sofoclea e quella dell'opera shakespeariana sono abilmente messe a confronto, l'una come rappresentante massima dell'aperta «opposizione alla legge» di Creonte, l'altra come furba ideatrice di una «sovversione [...] sottile» del dettato normativo, paradossalmente operata con lo strumento dell'interpretazione (p. 22). Porzia, infatti, non afferma l'esistenza di un diritto diverso da quello stabilito ma si propone di «vanificare la legge – l'unica che si ammette esistere ed essere valida – attraverso la sua interpretazione» (p. 23). In fondo, secondo Ascarelli è questa «l'arte propria del giurista» che consiste nel «contribuire allo "sviluppo" storico del diritto [...] attraverso la sua intima – ma invisibile – contestazione» (p. 23). Eppure, questa consapevolezza non si risolve *sic et simpliciter* in un atteggiamento di favore nei confronti di Porzia da parte di Ascarelli, preoccupato piuttosto di scoprire ciò che lega il finto avvocato patavino ad Antigone.

Dopo aver chiarito alcune ambiguità del concetto di interpretazione – e, in particolare, quella che vede contrapposte l'interpretazione come «attribuzione di significato» (di tarelliana origine e guastiniana mutuazione) e l'interpretazione come «qualificazione giuridica di una fattispecie concreta» (p. 24) – Gazzolo rileva giustamente come entrambe le concezioni siano oggetto di commistione nell'opera ascarelliana giacché in essa «la conoscenza del significato di un testo normativo e la sua applicazione al caso concreto non sono due atti separati, ma costituiscono un processo unitario» (p. 24). È questa commistione che rappresenta il filo rosso tra Antigone e Porzia, ossia tra la domanda su «cos'è diritto» e quella su «come regolare un caso disciplinato dal diritto». Le due questioni, che a prima vista potrebbero apparire disgiunte, sono in realtà inscindibili perché «il problema dell'interpretazione [...] presuppone la problematica relativa a che cos'è il diritto» (p. 25).

Questo passaggio consente a Gazzolo, sulla scorta di Ascarelli, di prendere le distanze da quelle teorie che vorrebbero ridurre le dispute sul significato del concetto di «interpretazione» ad una questione meramente «linguistica», giacché affermare che «il diritto non è che il suo uso linguistico» nasconde in realtà una «tesi ontologica» sull'«essere del diritto» (p. 27). E gli consente, altresì, di revocare in dubbio l'assolutezza dell'ormai sdoganata distinzione tra «disposizione» e «norma», intesa come un mero

³ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in Id., *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959, 147-159.

2/2020

«spostamento, sul piano semantico, di quella differenziazione della legge da se stessa che si articola sul piano ontologico» (p. 27). La differenza tra Antigone e Porzia si riduce, allora, ad una diversa impostazione di pensiero sul «problema del diritto»: mentre in Antigone esso «è pensato direttamente come problema ontologico», in Porzia esso «si trova “spostato” sul piano *semantico*» (p. 30). Ma si tratta di una diversità che deve essere ricomposta perché «senza la necessità del “continuo superamento” del diritto dato (*positum*), non vi sarebbe, propriamente, interpretazione» (p. 31).

Gazzolo dimostra così che il problema dell'interpretazione della legge, che interroga costantemente il giurista sulle relazioni tra diritto positivo e diritto naturale, non viene mai presentato da Ascarelli come problema «deontologico» (su ciò che il diritto deve essere) ma sempre come problema «ontologico» (su ciò che il diritto è) (p. 32).

Le ragioni della convinzione di Ascarelli per cui quando il giurista interpreta sta in realtà rispondendo ad una domanda «su ciò che il diritto è» sono ricercate da Gazzolo in alcuni temi propri della cultura ebraica.

Nel secondo capitolo, infatti, prendendo spunto da alcuni passi del Talmud citati dallo stesso Ascarelli, Gazzolo rileva come nell'impianto teorico ascarelliano rivesta un ruolo centrale l'«appello all'esegesi dell'uomo», quel «capovolgimento dell'eteronomia in autonomia» su cui anche Lévinas aveva tanto insistito (p. 43). La legge data, posta dall'autorità, non possiede alcun significato intrinseco se non accompagnata dalla mediazione ermeneutica del soggetto cui essa è rivolta e anche quello iato tra l'enunciato (disposizione) e il suo significato (norma), che li vorrebbe collocati «su due piani differenti del linguaggio» (p. 43), dovrebbe perciò essere colmato. Tra il testo che viene interpretato e quello che risulta dall'interpretazione sussiste, infatti, un «rapporto di pura immanenza», ovvero una semplice «traduzione del primo nel secondo», giacché «se la legge è interpretabile, non è perché significhi qualcosa, ma, *al contrario*, perché non comunica, propriamente, alcunché»: essa è, dice Gazzolo, «pura interpretabilità» (p. 44).

Questo passaggio costituisce la *pròtasi* perfetta alla spiegazione della tesi ascarelliana per cui nel «*corpus iuris* preconstituito» sarebbe sempre possibile trovare una risposta alla *quaestio iuris*. Ciò avviene non perché il sistema giuridico è «completo» ma perché «esso consente – in linea di principio – ogni soluzione»: una volta cioè che tutta la forza normativa del diritto è spostata sul momento dell'interpretazione, e dunque «il criterio in base al quale la soluzione e la risposta è selezionata e scelta non è *nel testo*» (p. 46) ma piuttosto nel momento ermeneutico, sarà sempre possibile

rispondere alle domande che il caso di vita rivolge al diritto. Ma la risposta specifica, calibrata cioè sulla situazione di fatto, non chiuderà mai definitivamente la relazione critica con il testo: «l'interrogazione», anzi, «può essere mantenuta, e il senso, dunque, trovare sempre nuove possibilità e sviluppi» (p. 48). Bisogna allora comprendere quali strumenti abbia a disposizione l'interprete per scegliere l'interpretazione che «deve prevalere» (p. 48).

Questo problema viene affrontato nel terzo capitolo dove Gazzolo introduce il lettore all'aspetto storico dell'interpretazione in Ascarelli. Secondo l'autore il fatto che, per Ascarelli, «l'interpretazione sia di per se stessa creativa, trasformativa» (p. 58), non consente di attribuirgli una «posizione "scettica" sull'interpretazione» (p. 63). La tesi di Ascarelli sulla creatività dell'interpretazione, infatti, non è né una tesi metodologica (su cosa significa interpretare), né tantomeno una tesi epistemologica (su come avvenga la conoscenza del diritto); essa è, piuttosto, una tesi «ontologica», cioè «una tesi su ciò che è il diritto, su ciò che rende la legge una legge» (p. 64). Per rendere più chiaro questo aspetto e creare una distanza definitiva tra Ascarelli e le posizioni scettiche, Gazzolo riprende la celebre metafora ascarelliana secondo cui il rapporto tra la legge e la sua interpretazione è come «quello che corre tra il seme e la pianta»⁴. Sebbene, infatti, «il seme "precede" la pianta, è la *potenza* di essa», esso può essere compreso come *potenza* solamente perché c'è l'atto (l'interpretazione) che gli attribuisce quella qualifica: come afferma cioè efficacemente Gazzolo, «l'atto è anteriore alla potenza» (p. 66). Questa inversione concettuale tra potenza e atto, per quanto paradossale possa apparire, serve invece ad un duplice scopo: se da un lato, infatti, allontana Ascarelli da uno scetticismo radicale, creando una relazione di immanenza tra legge e interpretazione che ha il merito di porre dei limiti alla scelta discrezionale dell'interprete, dall'altro rifugge l'ideale di un'attività interpretativa meramente dichiarativa secondo cui il risultato dell'interpretazione sarebbe già contenuto «in *potenza*» nell'enunciato interpretando (p. 66).

Tra la tesi scettica e quella dichiarativa fa dunque capolino quel «criterio di continuità» cui Ascarelli ha a più riprese fatto riferimento affermando che «il giurista [...] è da un lato storico, dall'altro legislatore; e, se così si vuole, un legislatore in tono minore, e questo tono minore è segnato appunto dal *criterio di continuità* alla cui osservanza è tenuto e il cui giudice sarà a sua volta la generale convinzione dell'accettare o rifiutare i

⁴ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., 158.

risultati interpretativi»⁵. Nelle parole di Gazzolo, è questa «continuità» a caratterizzare in maniera peculiare la teoria interpretativa di Ascarelli giacché la creazione di nuovi significati non avviene mai dal nulla ma costituisce piuttosto «incessante e interminabile trasformazione della legge nel suo significato, della disposizione *nella* norma» (p. 68). Resta fermo però l'assunto per cui «non vi è mai stata una "disposizione", all'origine» perché quando l'interprete si è attivato per ricercarla, l'ha già anche interpretata, aprendola «alla differenziazione da se stessa» (p. 68).

Il concetto di «continuità» dell'interpretazione è messo definitivamente a fuoco nel quarto capitolo in cui Gazzolo definisce per la prima volta la teoria interpretativa di Ascarelli «metonimica». Il lemma consente a Gazzolo di ben rappresentare quella «resistenza alla significazione» che si instaura nel circolo interpretativo avviato con la lettura della disposizione e chiuso con la produzione della norma. La chiusura, tuttavia, non è mai definitiva giacché il prodotto dell'interpretazione non è altro che un nuovo materiale grezzo a partire dal quale si produrranno rinnovate interpretazioni. La struttura metonimica dell'interpretazione equivale perciò alla «resistenza a fare della norma il termine finale del processo interpretativo», giacché «il senso», che dovrebbe rappresentare l'elemento costitutivo (e definitivo) della norma, è invece «costitutivamente mancante, aperto, sempre in cammino nel suo farsi» (p. 71).

Il carattere metonimico dell'interpretazione in Ascarelli è ancora una volta utilizzato da Gazzolo come elemento di critica nei confronti di quella parte della cultura giuridica italiana che ripone eccessiva fiducia nella distinzione tra disposizione e norma. Secondo Gazzolo, infatti, la norma è anche (e sempre) disposizione, «testo che riapre, fa ricominciare, necessariamente, l'interpretazione» senza mai ingessarla in un «significato» ma producendo, al contrario, un mero (e temporaneo) «effetto di significazione» inserito nel contesto di una «pratica di traduzione» che si rinnova continuamente (p. 74). È proprio l'elemento della traduzione, ricorrente nell'opera di Ascarelli come allusione al problematico rapporto tra Torah scritta e Torah orale, a indicare il flusso continuo tra enunciati il cui senso non può mai essere espresso e compreso definitivamente. Secondo un *midrash* richiamato da Gazzolo, infatti, la Torah scritta è rappresentata da un fuoco bianco, mentre la Torah orale da un fuoco nero capace di incidere sulla Torah scritta «consonanti e punti vocalici, come inchiostro

⁵ T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, dalla *Prefazione*, XXVn.

sulla pergamena» (p. 78). Allo stesso modo il testo della legge «non è che una scrittura bianca, che solo attraverso la scrittura nera dell'interpretazione – generativa dunque del testo stesso – apre alla pratica della significazione» (p. 79). È solamente questa pratica che assicura la «continuità» tra tutte le attribuzioni di senso già effettuate, una pratica che vede nell'«*erranza* della legge» il suo punto focale (p. 80).

L'erranza della legge rappresenta il fulcro del quinto ed ultimo capitolo in cui Gazzolo, richiamando ancora una volta le figure di Antigone e Porzia, ne riconduce ad unità gli intenti. Entrambe infatti, seppur in modi differenti, affermano che «non vi è diritto che non sia già la sua affermazione e la sua negazione, che non sia giusto e ingiusto, sempre allo stesso tempo» (p. 88). Eppure, entrambe sono animate dal proposito di fare giustizia. È questa infatti l'unica possibilità riconosciuta alla legge di sottrarsi a quella perenne condizione di erranza che la vuole continuamente «differenziata» da sé stessa o al massimo «ripetuta» (p. 89). È solamente la giustizia, intesa non come applicazione di modelli assiologici precostituiti ma piuttosto come compiuta coincidenza «tra la legge in quanto prescrizione e la legge in quanto liberamente assunta e riconosciuta da parte del singolo» (p. 90), che può assicurare all'atto normativo di tornare a sé stesso, identificandolo allo stesso tempo come «punto di partenza» e come «meta» del processo ermeneutico (p. 93). Così anche l'interprete, che «non sta mai nel passaggio, tra il testo e la norma» (p. 93), deve assumere l'impegno etico, condiviso da Antigone e Porzia, di realizzare l'origine per far sì che il diritto non si separi mai dalla giustizia. Lo strumento per portare a termine questo impegno è ancora una volta rappresentato dall'interpretazione «perché non ad altro, se non all'interpretazione, è affidata la possibilità stessa di rendersi giusta» o, come afferma ancor più emblematicamente Gazzolo, «di lasciare venire una legge giusta» (p. 96). La centralità del futuro, della possibilità per la legge di rendersi sempre più giusta, rappresenta la chiusa perfetta di un lavoro che, oltre a ricostruire in maniera originale il pensiero di un autore complesso, offre al lettore una serie di spunti per comprendere la grande attualità della sua opera. La problematicità della distinzione tra disposizione e norma, la pretesa di correttezza e la configurazione del diritto come pratica sociale sono solamente alcune delle questioni che Gazzolo fa intravedere in controluce, lasciando a chi legge la sensazione che *su* Ascarelli molto ancora debba dirsi e che *con* Ascarelli molto ancora possa farsi.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

PAOLA DANIELA DE LA ROCHA RADA

Constitución y deconstrucción

F. ROJAS TUDELA, Constitución y deconstrucción, CIS,
La Paz, 2018

PAOLA DANIELA DE LA ROCHA RADA¹

Constitución y deconstrucción

F. ROJAS TUDELA, Constitución y deconstrucción, CIS, La Paz, 2018

El libro "Constitución y deconstrucción" presenta una estrategia de lectura de la Constitución boliviana promulgada el año 2009. Se podría decir que es un libro de método y teoría del constitucionalismo boliviano, pero va más allá, pues presenta las condiciones de posibilidad para pensar que la Constitución boliviana no es sólo aquella que se presenta en texto, no es solo la Constitución que se lee tal como fue escrita, sino que esta misma escritura posee un exterior constitutivo, un afuera del texto constitucional que el mismo texto lo demanda, lo precisa, lo exige y lo convoca.

A partir del mismo articulado de la Constitución boliviana se convoca a los trabajos preparatorios del texto constitucional, el artículo 196 de la Constitución boliviana condiciona como criterio de interpretación preferente la voluntad del constituyente conforme a sus documentos, actas y resoluciones, entonces encontramos una Constitución de los constituyentes, en este caso las palabras se juzgan con los ojos del tiempo de su redacción. Este tiempo es múltiple, es decir está condicionado a una expansión del presente, pues los constituyentes bolivianos buscaban crear desde la acumulación de luchas históricas y políticas un Estado plurinacional. ¿Qué significa vivir bien (*suma qamaña*), descolonización, jurisdicción indígena originario campesina, pluralismo jurídico, pluralismo político? Un diccionario de Derecho Constitucional no prevé estos significados, entonces será necesario acudir a la voluntad constituyente que no es una, sino es múltiple, pues el proceso constituyente boliviano fue complejo, fue una lucha entre la tradición y la emergencia de refundar el Estado boliviano.

Pero el exterior constitutivo del texto constitucional no se agota en el proceso constituyente, sino que se abre a la interpretación constitucional que realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional. Como lo explicita el artículo 203 de la Constitución boliviana, las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante, es decir reescriben la Constitución boliviana en su aplicación a casos concretos, entonces encontramos una Constitución de los jueces, una Constitución que

¹ Doctoranda en "Diritto Comparato e Processi di Integrazione", Università della Campania Luigi Vanvitelli. Socióloga, Maestra en Teoría Crítica de la Universidad Mayor de San Andrés de la ciudad de La Paz (Bolivia).

se resignifica en los casos en los que se debe aplicar la Constitución y allí el Tribunal no sólo recurre a la voluntad constituyente sino que debe observar el caso concreto y en muchos de estos casos, ponderar una interpretación del texto por encima de otra, en busca de alcanzar lo que en el texto constitucional puede estar ausente: la justicia.

Sin embargo, el exterior constitutivo se amplía una vez más, bajo mandato del artículo 256 de la Constitución boliviana, los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmado, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado boliviano, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. Debe de enfatizarse en que no se trata de una supremacía no reflexiva de los derechos humanos sobre la Constitución, pues de lo que se trata es de encontrar "los derechos más favorables" y es el Tribunal Constitucional Plurinacional el que debe de analizar, ponderar, evaluar y distinguir los llamados "derechos más favorables". En muchos casos lo establecido en la Constitución boliviana puede ser más favorable a lo establecido de manera abstracta en la normativa internacional de derechos humanos. Tomemos un ejemplo, el derecho a la libre determinación de pueblos indígenas. La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de pueblos indígenas de septiembre de 2007 la presenta como un derecho, en tanto la Constitución boliviana la presenta no sólo como un derecho sino como una condición misma de estatalidad, es decir como una de las bases fundamentales del Estado Plurinacional de Bolivia, como lo señala el artículo 2 de la Constitución boliviana.

Y tampoco se queda allí el exterior constitutivo de la Constitución boliviana de 2009. Dado que la misma establece la construcción de un Estado plurinacional, ésta se abre a una construcción de un Derecho plurinacional a partir del pluralismo jurídico. El artículo 190 de la Constitución boliviana establece que los pueblos indígenas ejercen funciones jurisdiccionales a través de sus autoridades aplicando sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. Al respecto el Tribunal Constitucional Plurinacional en su sentencia SCP-0007/2019 del 13 de febrero de 2019 señaló que: "De acuerdo con los datos otorgados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), sobre el Censo de Población y Vivienda de 2012, dio como resultado del ejercicio del derecho a la autoidentificación cultural, del total de declaraciones de pertenencia a naciones y pueblos indígena originario campesinas (NPIOC), se tiene un número de ciento veintidós (122) pertenencias culturales declaradas, datos

que todavía no fueron analizados cualitativamente por las instituciones competentes a fin de determinar el número de identidades culturales existentes en el Estado Plurinacional de Bolivia". Entonces, provisionalmente se está hablando de más de un centenar de pueblos indígenas y en consecuencia más de un centenar de posibilidades de principios, normas y procedimientos propios, a lo que hay que añadir que el Tribunal Constitucional es plurinacional porque está compuesto por magistrados tanto del sistema occidental de Derecho como de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, en busca de crear un Derecho plurinacional en devenir.

¿Qué puede ser este Derecho plurinacional en devenir? No hay una respuesta última sino la condición de posibilidad de que se trata de una Constitución viviente, que excede la literalidad de los enunciados jurídicos en sus 411 artículos, diez disposiciones transitorias y dos disposiciones finales que presenta la Constitución boliviana.

El libro que se reseñamos pretende llamar la atención sobre esta posibilidad de deconstrucción del texto constitucional. Apelando al filósofo francés Jacques Derrida, Farit Rojas nos señala que el texto constitucional boliviano está en constante deconstrucción, que no se agota en ninguna posibilidad, sino que cada enunciado jurídico es una cuerda que vibra y que tiene la potencia de crear, desde sus exteriores constitutivos, siempre una nueva interpretación del texto constitucional.

El libro "Constitución y deconstrucción" pretende mostrar esta tesis, la constante deconstrucción del Derecho, y la presenta en seis capítulos que guían al lector en una estrategia de lectura de la Constitución boliviana. El primer capítulo (Constitución) busca reelaborar un concepto de Constitución para poder hablar de una Constitución-acontecimiento. El segundo capítulo (Método) busca desplazar el método de comprensión y lectura tradicional y moderna de un texto constitucional planteando la estrategia deconstructiva de su lectura. El tercer capítulo (Constitucionalismos) localiza el lugar de la Constitución boliviana en la clasificación tradicional de constitucionalismos, con énfasis en el desarrollo del Constitucionalismo latinoamericano. El quinto capítulo (Interpretación) repasa los métodos tradicionales y contemporáneos de interpretación constitucional y presenta las posibilidades de interpretación a la luz del texto constitucional boliviano, con un énfasis en la estrategia de lectura deconstructiva. Finalmente, el capítulo seis (tesis), plantea nueve tesis de lectura del texto constitucional boliviano, las mismas que podrían ser aplicadas a otros (con)textos constitucionales.

La filiación del texto y del autor corresponde a una particular visión del post positivismo, pues no se trata de dejar de lado el texto constitucional, sino partir del él, es decir, tomarlo como una semilla desde la cual es posible pensar en otro Derecho en devenir. No se trata de un post positivismo iusmoralista sino de un post positivismo deconstruccionista.

El texto está liberado para libre descarga en el portal del Centro de Investigaciones Sociales (CIS) del Estado Plurinacional de Bolivia, lo cual genera la posibilidad de decir que el texto no está a la venta, sino que se ofrece a libre descarga, lo cual es una ventaja para que el lector de esta reseña pueda ingresar a esta propuesta de lectura de uno de los textos constitucionales latinoamericanos que más ha dado de hablar este último tiempo en la literatura sobre Derecho Constitucional y Derecho Comparado.