



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2018

FASCICOLO 2

Dicembre 2018



INDICE

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

SAGGI

VITO VELLUZZI, <i>Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti</i>	pag. 18
MARINA LALATTA COSTERBOSA, <i>Per una geografia del «III Reich». Una mappa delle responsabilità individuali</i>	pag. 38
CHARLIE BARNAO, <i>Il soldato (im)perfetto. Addestramento militare, polizia e tortura</i>	pag. 57
MARIA LUISA CHIARELLA, <i>Overview of Class Actions: Italian Consumer Law and Cross-Border Litigation</i>	pag. 113
GIUSEPPE COLACINO, <i>Fenomenologia dei vestimenta contrattuali: brevi note ricostruttive</i>	pag. 150
AMELIA BONGARZONE, <i>Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e tutela dei diritti della personalità</i>	pag. 185
GIOVANNI BLANDO, <i>La “perdita di natura assiomatica” della credenza: i diritti religiosi tra secolarizzazione e pluralismo</i>	pag. 210
ENRICO DAMIANI DI VERGADA FRANZETTI, <i>Definire il ruolo dello scienziato sociale: il metodo della conoscenza, spunti e riflessioni</i>	pag. 232

DISCUSSIONE

TOMMASO GRECO, <i>Un boulevard per Lon Fuller</i>	pag. 256
JESSICA MAZZUCA, <i>Sulla responsabilità penale del medico tra linee guida e gradi della colpa: le prime conclusioni delle Sezioni Unite dopo la Legge Gelli-Bianco</i>	pag. 274

SERGIO FERLITO, *Requiem per l'università. Un'azienda iperburocratizzata*
pag. 291

PAOLA MORI, *Il sistema italiano d'asilo alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea*
pag. 303

FORUM

ROBERTO BIN - PAOLA CHIARELLA, *Critica della teoria dei diritti. Conversazione con Roberto Bin*
pag. 323

RECENSIONI

IVAN VALIA, *Alcuni spunti di riflessione sulla duplice natura del diritto*, M. LA TORRE – P. TINCANI (a cura di), *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, Giappichelli, Torino, 2018
pag. 334

LUIGI MARIANO GUZZO, *Un'idea di laicità secondo Ferrajoli*, L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018
pag. 352

PAOLA CHIARELLA *Senso ed efficacia del ragionamento morale*, K. BAIER, *Il punto di vista morale. Una base razionale per l'etica*, a cura di Maria Zanichelli, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2018
pag. 361

ANDREA ROMEO, *Judicial Review tra positivismo giuridico inclusivo ed esclusivo*, W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei diritti costituzionali*, ESI, Napoli, 2018
pag. 370

CHIARA MAGNESCHI, *La pace oltre il diritto. Su un recente approccio psicanalitico al pacifismo*. F. BONSIGNORI, *Psicanalisi della pace*, Mimesis, Milano-Udine, 2015
pag. 383



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

MASSIMO LA TORRE

Editoriale

MASSIMO LA TORRE*

Editoriale

Osservando la politica europea sia degli Stati nazionali sia dell'Unione Europea nel suo complesso l'impressione è che qualcosa si sia rotto o si stia rompendo. La stessa sensazione si ottiene se lo sguardo si allarga e si fissa il panorama delle relazioni internazionali nel loro complesso. Tensioni si avvertono dappertutto, conflitti più o meno dichiarati. La Russia e l'Ucraina sono sull'orlo della guerra, Cina e Stati Uniti si guardano in cagnesco e irrigidiscono le rispettive regolamentazioni sul commercio estero. La saga del *Brexit* nel Regno Unito sembra non essere ancora giunta ad una sua puntata conclusiva. In medio Oriente il disordine provocato dalle successive ingerenze statunitensi non si assesta, ed ora l'Arabia Saudita si profila come un attore esplicito di interventi militari.

In Africa il settentrione del grande continente è in preda ad una febbre dovuta alle mancate riforme che rimane costante, e rischia di trasformarsi in malattia mortale. L'America Latina si affida a governi neoliberali che, promettendo aumento della ricchezza però, almeno nel caso dell'Argentina, portano il paese sull'orlo della bancarotta e devono nuovamente appoggiarsi al credito del Fondo Monetario Internazionale ed alla sua occhiuta supervisione. D'altra parte sembra che l'economia internazionale, quella finanziaria, nuovamente goda di successi insperati. A Wall Street la nuova amministrazione americana inietta una buona dose d'entusiasmo ed addirittura di frenetica autoaffermazione, che però fa temere e dire

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

che potremmo trovarci alla vigilia di una nuova bolla e di un'emergente ripetuta crisi finanziaria.

Vari trattati internazionali, tra cui quello di Parigi sulla protezione dell'ambiente, vengono denunciati come non più vincolanti dall'amministrazione statunitense. Del pari si fa saltare l'accordo sull'uso dell'energia nucleare concluso dal Presidente Obama con l'Iran. Lo stesso si vuol fare anche con trattati di non proliferazione nucleare firmati con l'Unione Sovietica, ed ancora applicabili con la Federazione Russa. L'Euro è evidentemente difettoso, mancandogli un sistema di solidarietà fiscale, ma l'Eurogruppo non riesce a procedere sulla strada di una risistemazione della struttura della moneta unica. Il disordine dunque sembra affermarsi come la nuova cifra delle relazioni internazionali.

In realtà ciò che sta accadendo, o forse ancora meglio ciò che è accaduto, è lo smantellamento dell'ordine internazionale che venne costruito all'indomani della seconda guerra mondiale. Ovviamente quell'ordine subì *di fatto* un primo crollo importante con la caduta del muro di Berlino nel 1989 e l'autodissoluzione, o l'estinzione, "withering away" – si direbbe in gergo marxista –, dell'Unione Sovietica nel 1991. La fine della divisione in due blocchi dava luogo ad un polo egemone, quello statunitense, con al suo fianco potenze di secondo livello, ed una periferia tumultuosa che si credeva poter governare nondimeno facilmente. Si ricordi la prima guerra del golfo del 1990, con cui gli Stati Uniti inauguravano la nuova epoca unipolare, affermando il loro diritto d'intervento in Medioriente. Si ricordi ancora la dissoluzione sanguinosa della Jugoslavia, il suo frantumarsi in una "macedonia" di staterelli, ciascuno tutelato o "adottato" da una qualche potenza europea, e poi la dissoluzione della Cecoslovacchia, il sorgere di nuovi Stati che erano prima parte

dell'Unione Sovietica all'Oriente dell'Europa. Fu tutto un processo di frammentazione che si tentò in parte di controllare con l'ampliamento dell'Unione Europea che nel 2004 di colpo accoglieva nel suo senso dieci nuovi Stati membri. Si modificavano però così, in maniera che potrebbe anche definirsi “drammatica”, le sue frontiere, la sua cultura, e la sua stessa ragion d'essere, finendo anche per sconvolgere la sua “finalité”, divenuta così quasi transcontinentale, e annacquandone necessariamente il profilo sociale, mentre se accentuava allo stesso tempo la vocazione neoliberista. Nonostante tutto, almeno fino alla bancarotta di Lehman Brothers nel settembre del 2008, lo “spirito del tempo” rimaneva sostanzialmente ottimista. La “rivoluzione liberale” inaugurata dall'evidente fallimento del “socialismo reale”, se non credeva più in se stessa come “fine della storia”, si inorgoglia comunque del boom trionfale del capitale finanziario e della dissoluzione del diritto del lavoro (certificato tra l'altro nelle sentenze Laval, C-341/05, e Viking, C-438/05, della Corte Europea di Giustizia).

Ma ora la revoca della struttura delle relazioni internazionali stabilita nel 1945 pare ben più radicale. Invero il cambiamento era iniziato ben prima del 1989. Una data fondamentale in questa traiettoria è la fine degli accordi di Bretton Woods decretata da Richard Nixon nell'agosto del 1971. Come si ricorderà, quella di Bretton Woods è la prima delle iniziative di riordine delle relazioni internazionali messe in atto dal governo statunitense nella prospettiva della imminente vittoria alleata sulle potenze dell'Asse. La conferenza di Bretton Woods, una cittadina vicino Boston, viene convocata per l'estate del 1944, mentre gli Alleati non sono ancora arrivati a Parigi ed a Berlino viene soffocata nel sangue la congiura contro Hitler. Ma a Bretton Woods si parla già del dopoguerra, e si

pianifica la struttura delle relazioni monetarie e commerciali tra gli Stati. Il progetto è assai ambizioso.

Si tratta in certa misura di una proiezione internazionale del *New Deal*. Così come con questo si era messo ordine nel mercato sregolato e ferocemente concorrenziale e senza vincoli, in particolare quello finanziario, che aveva condotto alla crisi del 1929, così si ritiene che bisogna regolare anche le fluttuazioni dei cambi delle monete e le disparità delle bilance dei pagamenti tra gli Stati, anche queste cause concorrenti del disastro economico e della miseria degli ultimi anni Venti. Si tratta di dare un nuovo assetto al gioco dei mercati e dei capitali governando innanzitutto i cambi. È questa un'idea di Keynes, rappresentante britannico alla conferenza di Bretton Woods, idea sì accolta dagli Americani, ma reinterpretata in senso egemonico o imperiale. Mentre Keynes vuole agganciare l'accordo ad una moneta internazionale "neutra" come riferimento standard per le monete nazionali, la proposta americana è quella di fare del dollaro la moneta standard, dandogli una copertura con una certa quantità d'oro, e accompagnando tale sistema con una struttura di compensazione degli inevitabili squilibri nella bilancia dei pagamenti tra Stati mediante l'istituzione del Fondo Monetario Internazionale e della Banca Mondiale.

All'indomani della prima guerra mondiale vi fu un primo tentativo di sistemazione regolata delle relazioni internazionali, non più solo affidata alle virtù della diplomazia delle "nazioni civili", secondo il modello post-napoleonico del Congresso di Vienna. Venne fondata la Società delle Nazioni, e si propose di agganciare i cambi delle monete al valore dell'oro, proposta accolta con entusiasmo dalle maggiori potenze, dunque applicata al dollaro come allo yen. Ma questa proposta di regolazione non venne accompagnata da nessun meccanismo istituzionale sovranazionale, ne tantomeno siglata da un

trattato. E soprattutto essa si appoggia ad una politica economica di austerità, di contenimento radicale della spesa pubblica, dagli effetti radicalmente deflazionistici. Invero è l'austerità la prima risposta degli Stati liberali alla crisi del Ventinove secondo il paradigma adottato da Herbert Hoover, presidente americano per il quadriennio che va dal 1929 al 1933. I *New Dealers*, che negli anni Quaranta, dettano la politica economica degli Stati Uniti, capovolgono questo schema. Ci vuole una regolamentazione ordinata e istituzionalizzata a livello internazionale, ed all'oro si sostituisce il dollaro come standard per i cambi, ma soprattutto si lega questa riforma della finanza internazionale ad una politica economica espansiva. Lo Stato sociale viene così ancorato ad un abbastanza ben definito ordine monetario internazionale, ed agli organismi internazionali che lo sostengono.

Prima ancora di pensare alle Nazioni Unite dunque, come organizzazione internazionale che rimedi alle debolezze della fallimentare Società delle Nazioni, incapace di garantire la pace, si ritiene necessario puntare alla riorganizzazione dell'ordine delle monete e dei mercati. Al fine di eliminare il disordine delle relazioni internazionali, che si riteneva fosse stato uno dei fattori di scatenamento del secondo conflitto mondiale, gli altri tre grandi movimenti in questo grandioso progetto di riorganizzazione dell'ordine mondiale, saranno il GATT, un'organizzazione internazionale del commercio, la NATO, un'alleanza militare, e poi, e significativamente, Il Mercato comune europeo, la CEE, una unione doganale di Stati centrata su un certo regime economico di mercato.

Il primo pezzo a essere dismissed, di questa architettura, sarà la regolazione dei cambi fissata negli accordi di Bretton Woods, al fine di consentire libertà di manovra alla politica monetaria degli Stati Uniti. Si noti che la denuncia degli accordi di Bretton Woods precede la crisi petrolifera del 1973, e inaugura un'era di grandi e disordinate

fluttuazioni tra le monete che provoca inflazione e recessione in vari parti del mondo. Per ciò che concerne l'Europa essa spinge verso l'egemonia del marco tedesco che risulterà già evidente alla fine degli anni Settanta, un'egemonia questa che mette costantemente a rischio l'accordo franco-tedesco che è il nocciolo duro del progetto di integrazione europea. L'idea della moneta unica europea sembra a molti la soluzione alla fine del sistema di Bretton Woods, almeno entro i confini del vecchio continente, e il meccanismo capace di ricomporre il rapporto, divenuto asimmetrico, tra le economie, e la sovranità, di Francia e Germania.

Sappiamo che la fine di Bretton Woods spinge anche verso una ridefinizione neoliberale della struttura di mercato. Moneta e capitale finanziario vengono svincolati da un progetto complessivo di società sia nazionale che internazionale. Se ne fa delle variabili indipendenti della politica economica. E nel giro di trent'anni il panorama è quello di una quasi assoluta liberalizzazione di capitali (assai significativamente il Trattato di Maastricht inserisce tra le libertà economiche quella dei capitali, estendendola anche oltre i confini dell'Unione, vale a dire facendo di tale libertà un *unicum*, privilegio assoluto, giacché essa vale non solo più entro i confini dell'Unione ma anche al di là di questi).

Ora, sembra essere arrivati alla destinazione finale di questo processo di smantellamento dei pilastri dell'ordine internazionale. Da parte neoconservatrice americana anche le Nazioni Unite sono costantemente criticate e messe sotto attacco. John Bolton, attuale consigliere per la sicurezza nazionale dell'amministrazione americana, è noto per le sue posizioni scettiche sulla stessa esistenza di un diritto internazionale come tale, come ordine giuridico vincolante o parzialmente vincolante. Si ricorderà Bush figlio aveva dichiarato le Convenzioni di Ginevra sul diritto umanitario non

applicabili ai cosiddetti “Illegal enemy combatants”, i quali dunque potranno anche essere sottoposti a torture e trattamenti crudeli, disumani e degradanti, e detenuti indefinitamente senza alcuna garanzia di *habeas corpus*. L’idea che la guerra sia lecita solo se difensiva è messa più volte in forse, argomentando anche mediante un uso strumentale della nozione di diritti umani.

La normatività internazionale è resa sempre più fluida, sempre più flessibile. Lo si teorizza anche giuridicamente, come fa senza troppi complessi Eric Posner, un professore di Chicago. Ciò si accompagna ad un risorgere di ideologie o sfacciatamente imperialiste o angustamente nazionaliste, “sovraniste” – come s’usa dire oggi. In Spagna *bestseller* è un libro dal titolo suggestivo di *Imperiofobia*, dove si tessono le lodi dell’Impero statunitense e di quello spagnolo, passato alla storia ma che si vorrebbe utopicamente, e per certi versi paranoicamente, far rivivere. Ovviamente imperialismo e nazionalismo o “sovranism” fanno a pugni tra loro, e non si capisce bene chi sia cosa. L’uno, la celebrazione dell’Impero, si rovescia subitaneamente e sorprendentemente nell’altro, nella affermazione della nazione omogena e “ueber alles”. Vi è però comune un motivo tra questi due atteggiamenti, ed è quello di un’ostilità crescente per le forme ordinate, normative, di regolazione delle relazioni internazionali. Ci s’immagina nuovamente un mondo di potenze in concorrenza tra loro per il predominio e l’egemonia mondiale, oppure, là dove si tratti di Stati e staterelli di modeste dimensioni, in difesa di una tutta immaginata e fantasticata compatta identità nazionale. Un argomento a supporto di questo moto “sovranista” è che si vuole porre rimedio ai guasti della globalizzazione, la quale ha reso gli Stati e le culture prede di poteri mobilissimi che li sovrastano e li fagocitano.

Non v'è dubbio, è certo, che ci si trovi dinanzi oggi ad un mondo “globalizzato”, in cui i movimenti di beni, informazioni, capitali, e persone siano di un'estensione e di una rapidità mai prima raggiunta nelle relazioni sociali. Ciò è dovuto in parte ai progressi delle tecnologie dell'informazione, che rendono il mondo una sorta di paradigma teatrale aristotelico: vi è tendenziale unità di tempo e di spazio negli affari dell'intero genere umano. Spazio e tempo si contraggono e si fissano in un punto che risulta universalmente vigente. Distanze e tempi si annullano. Tutti siamo dappertutto e sempre insieme. Il risultato è la perdita di orientamento temporale e spaziale, ed una certa fungibilità delle diverse esperienze di vita e di rapporto. L'identità soggettiva si rende così “liquida”, come “liquida” diviene la comunità. Gli aeroporti sono dovunque uguali, lo stesso potrebbe dirsi delle periferie dei grandi centri urbani. Si assomigliano tutti. I prodotti in un supermercato sono dovunque grosso modo gli stessi. Così si è “spaesati”, ed allora la soluzione sembra essere quella di un riposizionamento “paesano”, “nazionale”, fortemente identitario, là dove però il paese, la nazione, l'identità devono essere ripresentati come soggetti facili da fruire. Vanno resi disambigui. Ma così facendo se ne riscrive la natura, la storia, che invece sono plurali, complesse, dunque per certi versi ambigue, leggibili da diverse e contrastanti prospettive. La storia, la tradizione, l'identità, la nazione la si appiattisce per servirla pronta da digerire. Ed a tal fine si deve trovare un “altro”, servirlo come “pericolo”, al quale sia semplice contrapporsi e compararsi, contro il quale non sia complicato autocelebrarsi.

La globalizzazione però è stata anche il frutto dello smantellamento di quell'ordine rooseveltiano di relazioni internazionali pensato negli anni Quaranta per civilizzare, per rendere più miti e meno aggressive le relazioni tra Stati. Certo, fu

anche il progetto del “Grande Minotauro”, la proiezione mondiale di un Impero americano. Ma accanto a questo vi era un’idea potente di cosmopolitismo politico e giuridico all’interno del quale lo Stato nazionale poteva ricostituirsi come Stato sociale. Allo stesso modo della Comunità Europea che servì alla ricostruzione degli Stati nazionali europei letteralmente sbriciolati in legittimità e capacità operativa dalla seconda guerra mondiale. Lo Stato nazionale si è ricostituito come progetto allo stesso tempo di integrazione sociale e di riconciliazione sovranazionale. Le costituzioni di vari Stati europei (quella italiana paradigmaticamente) con la loro generosa apertura tanto ai diritti sociali ed alla equa redistribuzione della ricchezza quanto al temperamento della sovranità mediante il diritto internazionale sono lì a testimoniare autorevolmente.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

VITTORIO DANIELE - ALESSANDRO MORELLI -
ANDREA PORCIELLO

Presentazione

Presentazione

I contributi pubblicati in questo numero di *Ordines* riflettono, da punti di vista diversi, l'odierna temperie culturale, nella quale appaiono sempre più decisamente messi in discussione i paradigmi classici sui quali si sono affermate e sviluppate le istituzioni democratiche contemporanee. Il populismo e il sovranismo, che sembra rappresentare la declinazione del primo sul piano dei rapporti internazionali, paiono connotare ormai quasi ogni forma di espressione della politica.

All'insofferenza dei partiti e dei movimenti oggi dominanti per ogni limite imposto alla volontà della maggioranza parlamentare da istituzioni prive di legittimazione elettorale si affianca, infatti, come ricorda Massimo La Torre nel suo *Editoriale*, una visione sempre più conflittuale dei rapporti tra gli Stati, riscontrandosi "un'ostilità crescente per le forme ordinate, normative, di regolazione delle relazioni internazionali. Ci s'immagina nuovamente un mondo di potenze in concorrenza tra loro per il predominio e l'egemonia mondiale, oppure, là dove si tratti di Stati e staterelli di modeste dimensioni, in difesa di una tutta immaginata e fantasticata compatta identità nazionale". Il ritorno di paradigmi culturali otto-novecenteschi è certamente la reazione alle conseguenze di una globalizzazione incontrollata, che ha comportato una progressiva, inesorabile perdita di potere degli Stati nazionali, chiamati, d'altro canto, come evidenzia Roberto Bin nell'intervista di Paola Chiarella, sempre più

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

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

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

di frequente, a dare risposta a rivendicazioni sociali che essi non sono più nelle condizioni di poter soddisfare.

La comprensione delle dinamiche attuali non può aver luogo senza l'ausilio dell'indagine storica. Non già per operare accostamenti forzati e fuorvianti, utili alla propaganda politica, ma non all'analisi scientifica, ma perché le istituzioni dell'oggi sono sempre il frutto di lenti processi che non hanno necessariamente un andamento lineare. Le involuzioni, le degenerazioni sono sempre possibili e i tragici esempi del passato costituiscono imprescindibili modelli negativi che non possono essere trascurati. Utili, in tal senso, sono le riflessioni sulle responsabilità individuali nella vicenda del genocidio degli ebrei ad opera dei nazisti (Lalatta Costerbosa) e su quelle dei militari per gli abusi e le torture commesse sulla base di veri e propri modelli culturali (Barnao).

Gli scritti pubblicati in questo numero della Rivista affrontano i temi centrali del dibattito politico e giuridico, nella consapevolezza della complessità del momento: nel contributo di Paola Mori si analizza il sistema italiano d'asilo alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea; nel saggio di Vito Velluzzi si affronta l'annosa questione dell'attività dell'interprete al cospetto delle clausole generali e della vaghezza che le contraddistingue; in ambito più strettamente privatistico si muovono i contributi di Marialuisa Chiarella, di Giuseppe Colacino e di Amelia Bongarzone, il primo sulle *class actions*, il secondo sulle forme che i contratti possono assumere e l'ultimo sulla banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, in cui in particolare si esamina il complesso rapporto tra l'esigenza di fronteggiare con fermezza l'avanzare della criminalità organizzata e la (spesso) contrapposta esigenza di tutela dei diritti individuali coinvolti. Chiudono la sezione "Saggi" del presente numero, il lavoro di Damiani sul ruolo del sociologo del diritto e quello di Blando sui diritti religiosi nell'era del pluralismo.

Nella sezione "Discussioni", oltre ai già citati contributi di Mori e di P. Chiarella, figurano il contributo di Tommaso Greco sul giurista americano Lon Fuller e sull'opera di riscoperta della sua produzione, avviata ormai da

qualche anno anche in Italia; il lavoro di Jessica Mazzuca sulla responsabilità penale del medico; ed il saggio di Sergio Ferlito in cui l'Autore intona un vero e proprio *Requiem* per l'università italiana, piegata com'è ad esigenze aziendalistiche e alle logiche della burocrazia.

A completare il numero, le recensioni di Magneschi, di Valia, di Guzzo, di Chiarella e di Romeo.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

VITO VELLUZZI

Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti

ABSTRACT - The paper focuses on the interpretation of “general clauses”. Starting from two judicial decisions, the essay develops the main (and controversial) aspects of the topic: the notion of general clause; the specific indeterminacy involved by general clauses; the relationship between standards and the meaning of a general clause; the concept of flexibility; the so called evaluative integration.

KEYWORDS - General clauses, legal interpretation, standard, indeterminacy, evaluative integration.

VITO VELLUZZI*

Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti**

SOMMARIO: 1. *Una questione di fondo e due casi giurisprudenziali.* -2. *Uno sguardo (incompleto e critico) sullo stato dell'arte.* -3. *Alcune battute conclusive.*

1. Una questione di fondo e due casi giurisprudenziali

Una delle questioni più frequenti nel dibattito intorno alle clausole generali è espressa con chiarezza e lucidità da Frederick Schauer: «sebbene non esista una risposta semplice o coerente, comprendere il modo in cui il *continuum* tra le regole e gli standard costituisce uno strumento utile per distribuire l'autorità tra i giudici, i funzionari, le decisioni tra il presente e il futuro e le nostre preoccupazioni tra la prevedibilità e la giustizia del caso particolare, consentirà agli operatori giuridici, ma in genere ai consociati, di capire uno dei meccanismi più importanti del disegno istituzionale in ambito giuridico»¹. Schauer usa “standard” in un senso molto ampio, in modo parzialmente difforme da quanto si dirà nel corso di questo saggio, ma, lo vedremo, ciò non muta la

* Professore Ordinario di Filosofia del diritto, dipartimento di Scienze giuridiche “Cesare Beccaria” dell'Università degli Studi di Milano.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, trad. it. a cura di G. B. RATTI e V. VELLUZZI, Roma, Carocci, 2016, 253-254. Considera opportuno studiare la questione sottolineata da Schauer con riferimento alle singole clausole generali, e non avendo riguardo alla categoria “clausola generale”, M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in F. RICCI (a cura di), *Principi e clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, in corso di pubblicazione per Giuffrè Francis Lefebvre.

portata della sua affermazione rispetto al tema che ci occupa. Discorrere di clausole generali e di standard, della determinazione del loro significato e del ruolo degli interpreti, vuol dire, dunque, occuparsi di una modalità di distribuzione del potere tra gli attori della scena giuridica (e politica). Vuol dire, quindi, occuparsi pure delle implicazioni istituzionali che la modalità di distribuzione del potere menzionata comporta.

Un aspetto rilevante della questione appena ricordata è costituito, appunto, dall'interpretazione delle clausole generali, ossia: come si determina (e si giustifica) il significato delle clausole generali? Questo scritto è rivolto a mettere in luce taluni aspetti problematici del modo in cui la giurisprudenza e la dottrina configurano l'interpretazione delle clausole generali, soprattutto per ciò che concerne alcuni profili ricorrenti nelle affermazioni dei giudici e degli studiosi. Per la giurisprudenza (italiana) lo spunto è offerto da due sentenze: una che definisce espressamente la nozione di clausola generale; l'altra che "impiega" una clausola generale.

In una recente decisione della Cassazione civile si trova scritto: «I concetti di giusta causa di licenziamento e di proporzionalità della sanzione disciplinare costituiscono clausole generali, vale a dire disposizioni di limitato contenuto, che richiedono di essere concretizzate dall'interprete tramite valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi tacitamente richiamati dalla norma, quindi mediante specificazioni che hanno natura giuridica»². Si può notare, al netto di espressioni davvero oscure come "disposizioni di limitato contenuto", che i caratteri rilevanti delle clausole generali (della giusta causa di licenziamento e della proporzionalità della sanzione disciplinare in quanto clausole generali) sono: l'opera di concretizzazione dell'interprete che si compie grazie a fattori esterni (si presume: esterni, in un qualche senso, al sistema giuridico) o interni (i principi) e tacitamente richiamati.

² Cass. Civ., sez. lav., 26 marzo 2018, n. 7426.

Sempre nell'ambito del diritto civile, i giudici di legittimità hanno considerato immeritevole di tutela una clausola contrattuale in quanto diretta a realizzare esiti contrari «alla coscienza civile, all'economia, al buon costume, all'ordine pubblico»³. La sentenza non definisce la nozione di clausola generale, bensì considera la meritevolezza una clausola generale. I criteri in base ai quali stabilire la meritevolezza o la non meritevolezza sarebbero quelli appena menzionati.

Le due sentenze sollevano varie riflessioni sulla semantica, sulla pragmatica e, di conseguenza, sull'interpretazione delle clausole generali. Esse costituiscono una recente (e non nuova) manifestazione di taluni aspetti critici riguardanti le clausole generali e la loro interpretazione. Si tratta di aspetti critici diffusi nei discorsi della giurisprudenza e nelle discussioni della dottrina. Il discorso sviluppato in questo saggio verterà principalmente sulla dottrina, con taluni accenni alla giurisprudenza e in particolare agli stimoli sollevati dalle due decisioni citate. Per comprendere ed esaminare le affermazioni dei giudici, è necessario fornire un quadro, pur se sintetico e parziale, delle riflessioni diffuse intorno all'interpretazione delle clausole generali, specie al fine di delineare in maniera ordinata i problemi in campo e la loro origine⁴. Alla parte ricostruttiva sarà associata un'opera di terapia linguistica (e concettuale) tesa a proporre parziali modifiche delle abitudini lessicali invalse. La

³ Cass. Civ., 28 aprile 2017, n. 10506.

⁴ Per maggiori ragguagli, mi permetto di rinviare a V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010; per aggiornamenti successivi E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. dir. Annali*, 5/2012, *ad vocem*; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, II ed., Milano, Giuffrè, 2016; G. BRONZINI e R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè, 2017, soprattutto 305 ss.

terapia linguistica è funzionale a una migliore comprensione dei problemi connessi all'interpretazione delle clausole generali⁵.

2. *Uno sguardo (incompleto e critico) sullo stato dell'arte*

Il tema delle clausole generali è, come noto, controverso già, se non soprattutto, per ciò che concerne la stessa nozione di clausola generale. La questione definitoria non è, per questo argomento, un vezzo del filosofo analitico del diritto o una mera questione di parole poco feconda, bensì è una questione non trascurabile di comprensione dell'oggetto indagato⁶.

Se si volge lo sguardo alle riflessioni della dottrina, non solo di quella italiana, si trae la conferma dell'opportunità metodologica di elaborare una definizione esplicativa della nozione di "clausola generale", definizione

⁵ Alcune riflessioni presenti in questo saggio incrociano quelle svolte in V. VELLUZZI, *L'interprete e le clausole generali*, in F. RICCI (a cura di), *Principi e clausole generali, argomentazioni e fonti del diritto*, cit.

⁶ Si veda, per esempio, F. PEDRINI, *Contro "le clausole generali" (sans phrase). Precauzioni per l'uso d'una categoria dottrinale ancora troppo vaga*, in *Rivista Aic*, 3/2017, 2, per il quale bisogna interrogarsi sulla «relativa (in-)utilità di proseguire nell'utilizzo di tale categoria laddove essa continui a non essere maggiormente e più adeguatamente specificata». Dello stesso autore si veda pure il recentissimo *Ancora sulle "clausole generali". Teoria, meta-teoria e metodologia di una categoria dottrinale problematica*, in *Diritto&questionipubbliche*, 2/2018, 107-150. Considera importante procedere alla ricognizione degli usi del sintagma "clausola generale" A. VIGNUDELLI, *Why is a raven like a writing desk? Prove di soluzione per l'enigma delle clausole generali*, in *Lo Stato*, 8/2017, 341-366, specie 344: «discorrendo di clausole generali, bisogna prima di tutto intendersi sull'oggetto del discorso, che può essere sia una *concreta realtà normativa* ... con determinate caratteristiche, sia la *categoria astratta* (i.e., il concetto) che si prefigge di 'compendiare' dette caratteristiche» (corsivi dell'autore); si veda pure un altro (corposo) contributo, oltre a quelli già segnalati, di F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, rist. emendata, Bologna, Bononia University Press, 2014, 29 ss.

esplicativa ottenuta proprio a partire dall'analisi degli studi della dottrina (pur senza trascurare, come già detto, la giurisprudenza)⁷.

Un esame, per quanto rapido, fa emergere delle questioni ricorrenti, forse addirittura sempre presenti, nel dibattito tra gli studiosi⁸. Il primo aspetto, scontato solo in apparenza, è questo: le clausole generali sono norme, o parti di norme⁹. Il secondo aspetto può essere sintetizzato così: le clausole generali sono caratterizzate da indeterminatezza semantica e da elasticità¹⁰. Il terzo profilo che ricorre con costanza è il seguente: la determinazione del significato delle clausole generali richiede un'integrazione valutativa da parte dell'interprete. L'interprete sarebbe titolare di un potere di concretizzazione utile a determinare, almeno parzialmente, la fattispecie normativa. Nella sconfinata letteratura prodotta intorno alle clausole generali, si rintracciano sovente formule che corroborano quanto si è appena detto: le clausole generali sono

⁷ Proprio da due esempi giurisprudenziali siamo partiti e a quei casi torneremo alla fine del saggio, a testimonianza che la ricchezza del dibattito dogmatico non è del tutto scollegata dalle questioni emergenti dalla prassi giurisprudenziale. È opportuno precisare, inoltre, che l'uso del metodo "ridefinitorio" non implica: a) l'esclusione della rilevanza di altri metodi per lo studio delle clausole generali; b) l'esclusione di altri metodi o approcci allo studio di nozioni teorico generali. Si tratta di uno dei metodi e in particolare esso appare felice per i temi oggetto di questo saggio.

⁸ Più diffusamente V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., cap. I; G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, Esi, 2016, 169 ss.

⁹ La questione se le clausole generali siano identificabili con l'enunciato normativo, solo con una parte di esso o con la norma è oggetto di discussione (v. P. CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *Giur. it.*, 7/2011, 1692 e ss., e M. LIBERTINI, *Recensione a V. Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Riv. it. di scienze giur.*, 2010, 377-382). Nel prosieguo sarà confermata la posizione già seguita in passato (V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit.) e le clausole generali saranno considerate termini o sintagmi, pezzi di enunciati normativi. Questa impostazione si rivela utile per trattare dell'interpretazione delle clausole generali, poiché mette al centro l'oggetto dell'interpretazione (gli enunciati normativi) e il suo risultato (il significato degli enunciati normativi).

¹⁰ La nozione di indeterminatezza verrà chiarita più avanti.

«frammenti di disposizioni normative caratterizzate da uno speciale tipo di vaghezza»¹¹; oppure sono “norme elastiche”¹² e per mezzo di esse è «permesso al giudice di concretizzare il criterio di comportamento genericamente prescritto»¹³.

In giurisprudenza si contano poche decisioni nelle quali viene tematizzata espressamente la nozione di clausola generale, ma, così come per la dottrina, si associano o si sostituiscono alla nozione considerata le formule consuete: norma elastica, standard, concetto indeterminato e bisognoso di integrazione o concretizzazione¹⁴. Volendo riportare, in estrema sintesi, la posizione della giurisprudenza riguardo alle clausole generali, si rintracciano tre aspetti costantemente presenti: 1) le clausole generali sono indeterminate ed elastiche; 2) da ciò deriva la necessità di una loro integrazione valutativa da parte dell’interprete; 3) l’integrazione valutativa può essere compiuta per mezzo di molteplici criteri.

Le questioni della elasticità e della necessaria integrazione valutativa delle clausole generali, costituiscono, assieme all’indeterminatezza, il punto fermo delle argomentazioni giurisprudenziali¹⁵. Tuttavia, ciò che la giurisprudenza solitamente non si preoccupa di fare è di mettere

¹¹ P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Principi e clausole generali*, in P. PERLINGIERI e altri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, Esi, 2002, 17-18.

¹² F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983, *passim*;

¹³ G. IUDICA e P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, Cedam, 2000, 31; vaghezza peculiare, elasticità e concretizzazione non caratterizzano soltanto la riflessione giusprivatistica e teorico giuridica sulle clausole generali, riguardano pure gli studi di altri ambiti disciplinari, v. per il diritto amministrativo v. L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all’esercizio dei pubblici poteri*, in *Giur. It.*, 2012, V, c.c. 1213 ss.

¹⁴ In proposito v.: Cass. civ., 15 novembre 2001, n. 14299, *Foro it.*, 1/2003, 1845, dove le clausole generali sono indicate come precetti indeterminati bisognosi di concretizzazione e di integrazione, ma molti altre decisioni di tenore simile, talvolta persino identico, sono agevolmente rintracciabili.

¹⁵ Per tutte, Cass. civ., SS. UU., 17 gennaio 1991, n. 401, *Foro it.*, 1/1992, 2243.

adeguatamente in luce da che cosa dipenda l'elasticità della clausola generale e quale nesso vi sia tra l'integrazione valutativa e i criteri individuabili per compierla¹⁶.

Ciò segnalato, per quel che concerne la questione definitoria emerge un altro aspetto rilevante, a esso è bene dedicare alcune parole. Secondo alcuni studiosi la questione definitoria «è da me (e da altri) inutilmente drammatizzata, e per sdrammatizzare la questione si potrebbe o dovrebbe passare, per esempio, attraverso la valorizzazione della funzione delle clausole generali, senza soffermarsi troppo sulla cosiddetta 'struttura' delle clausole generali stesse. Questa tesi può essere riassunta così: non indugiamo su come "sono fatte" le clausole generali e guardiamo a ciò che servono»¹⁷. Difficilmente, però, è possibile capire a che cosa servono le clausole generali se non si sa bene come "sono fatte". Segnala opportunamente Federico Pedrini che spostare l'attenzione pressoché interamente sull'aspetto funzionale delle clausole generali si rivela problematico «nel momento in cui la riflessione funzionale diviene di fatto una scusa per *non* approfondire le caratteristiche strutturali del fenomeno.

¹⁶ Le sentenze che compiono lo sforzo di indicare i criteri rilevanti non hanno, di solito, esiti apprezzabili, cfr. Cass. civ., 22 aprile 2000, n. 5299, *Foro it.*, 1/2003, 1847: «L'operazione valutativa con la quale il giudice di merito applichi clausole generali, come quella dettata dall'art. 2119 c.c., tipica norma elastica contenente la nozione di giusta causa di licenziamento, non può sfuggire ad una verifica di legittimità, al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge, e deve rispettare i principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare da quelli costituzionali, la disciplina particolare (anche collettiva) in cui la concreta fattispecie si colloca e- anziché vaghi criteri morali e politici- gli standard valutativi rinvenibili nella specifica disciplina, anche di fonte negoziale, del rapporto e nella coscienza sociale». Sulle clausole generali nel diritto del lavoro v. M. V. BALLESTRERO, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2/2017, 389-412; M. BIASI, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Padova, Cedam, 2017, 144 ss.

¹⁷ Il pezzo è ripreso dal mio *L'interprete e le clausole generali*, cit.; tra coloro che hanno espresso perplessità F. FORCELLINI e A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e diritto privato*, 2/2013, 395 ss.



n. 2/2018

E non funziona punto allorché la genericità della riflessione funzionale si trasmette – a mo' di contagio- a quella strutturale, dimodoché, più che chiarirsi a vicenda, i due percorsi confluiscono inevitabilmente nella bancarotta del pensiero logico»¹⁸.

Per discutere a ragion veduta della funzione (o delle funzioni) delle clausole generali bisogna legare la struttura alla funzione e la funzione alla struttura. Per capire quale sia la struttura e quale sia la funzione delle clausole generali, occorre rivolgere l'attenzione ai problemi che emergono dagli studi della dottrina e dalle sollecitazioni della giurisprudenza. Proprio per questa ragione la ricerca di una definizione esplicativa può risultare utile. Per giungervi è rilevante approfondire gli elementi comuni alla riflessione della dottrina e all'operare della giurisprudenza. Alcuni aspetti sollevati dalla dottrina sono stabilmente presenti nella giurisprudenza: le clausole generali sono indeterminate e per questo elastiche, bisognose dell'integrazione valutativa compiuta dall'interprete. Sull'indeterminatezza, sull'elasticità e sull'integrazione valutativa è indispensabile, dunque, riflettere al fine di compiere delle considerazioni sull'interpretazione delle clausole generali¹⁹.

¹⁸ F. PEDRINI, *Contro "le clausole generali"*, cit., 17. Su questo profilo si veda pure C. LUZZATI, *La "normalizzazione" delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2/2013, 163 ss.

¹⁹ Il rapporto intercorrente tra clausole generali e sillogismo pratico (su cui A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss.; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, in R. GUASTINI e P. COMANDUCCI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1989, 311-344) non sarà trattato in questo lavoro, rammento, però, che la frequente affermazione per la quale il sillogismo pratico sarebbe estraneo alle clausole generali pare «sbrigativa. Distinguendo tra ragionamento decisorio e giustificativo (e all'interno di questo tra giustificazione interna ed esterna) è stato possibile mettere in luce tre questioni fondamentali [...] che è opportuno concentrare l'attenzione sul ragionamento giustificativo [...] che con riguardo alla giustificazione interna della decisione giudiziale, ovvero al rapporto tra premesse (poste) e conclusione, il sillogismo pratico può svolgere un ruolo significativo, e può assolverlo sia in presenza, sia in assenza di clausole generali

Il primo punto è preliminare rispetto agli altri: le clausole generali sono affette da una caratteristica semantica peculiare? Se rispondessimo negativamente dovremmo ammettere, si perdoni il tono perentorio, che le molte, raffinate e pungenti polemiche sollevate riguardo alle clausole generali e alla loro interpretazione sono state, almeno in parte, fuorvianti o poco proficue. Il dibattito sarebbe stato infarcito, infatti, da strategie retoriche per legittimare (o criticare) un esercizio fortemente discrezionale dell'interpretazione giudiziale. Se, invece, rispondessimo affermativamente, allora dovremmo affrontare, come si è visto, ulteriori aspetti implicati dal primo, ovvero: 1) la semantica delle clausole generali comporta, dal punto di vista della loro interpretazione, qualche passaggio differente, ulteriore o peculiare rispetto all'interpretazione praticata in assenza di clausole generali? 2) C'è un legame, e se c'è qual è, fra la caratteristica semantica peculiare delle clausole generali, l'integrazione valutativa e la cosiddetta elasticità delle stesse clausole generali? Qui emerge, innanzi tutto, per riprendere il lessico tipico delle discussioni sviluppate nella copiosa letteratura, l'individuazione di un significato plausibile del sintagma "integrazione valutativa".

Per procedere oltre bisogna soffermarsi preliminarmente sulla semantica delle clausole generali. Seppure il tratto semantico proprio delle clausole generali sia variamente denominato (vaghezza, ambiguità, genericità, indeterminatezza, etc.) e ad esso si leghi in maniera inscindibile la cosiddetta integrazione valutativa compiuta dall'interprete, resta forte la convinzione che sia ragionevole connettere a questi usi la nozione di integrazione valutativa esclusivamente se, parlando di clausole generali, ci confrontiamo con un aspetto semantico che riguarda i cosiddetti termini

[...] che la giustificazione esterna della premessa maggiore del sillogismo può avere molti aspetti in comune per gli enunciati normativi che contengono clausole generali e per quelli che non le contengono» (V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Giur. It.*, 5/2011, c. 1721). Più in generale, sul ruolo del sillogismo pratico nella giustificazione delle decisioni giudiziali, v. il recente volume di D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2018, cap. I.



valutativi, per esempio: buono, giusto, corretto. Per individuare il significato di questi termini, infatti, dobbiamo dotarci di un qualche criterio di bontà, di giustizia o di correttezza²⁰.

Negli studi di filosofia del linguaggio e di filosofia del diritto l'indeterminatezza è normalmente usata come sinonimo di vaghezza, o come termine che riassume varie questioni attinenti al significato. Si usa, cioè, la parola "indeterminatezza" per designare una qualsiasi delle questioni collegate all'incertezza del significato²¹. È opportuno, invece, trattare l'indeterminatezza come una questione differente dalla vaghezza e dagli altri problemi connessi al significato. Essa va legata in via specifica ai termini o sintagmi valutativi e, quindi, alle clausole generali²². Si ha

²⁰ Scrive U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, Comunità, 1962, 41: «nei termini di valore c'è qualcosa di diverso o di più dei riferimenti a caratteri empirici delle cose, c'è l'espressione di un apprezzamento, di una scelta, di una presa di posizione».

²¹ Tra i filosofi del diritto v. per esempio R. GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, a cura di V. VELLUZZI, Torino, Giappichelli, 2017, 317-322; e il ben conosciuto studio di C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990.

²² V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 57-63; sul punto v. pure M. ATIENZA e J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode, lo sviamento di potere*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 2004, 40, nota 5: «Potrebbe dirsi che quando il legislatore guida la condotta per mezzo di un concetto giuridico indeterminato, ciò che fa è ordinare o proibire azioni che meritano una certa qualificazione valutativa senza determinare, in termini di proprietà descrittive, quali sono le condizioni di applicazione della qualificazione valutativa in questione»; e con lessico ancor più attinente al tema che ci occupa E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, 377: «L'indeterminatezza di un termine valutativo è dovuta al carattere effettivamente o potenzialmente controverso dei suoi criteri di applicazione»; tra gli studiosi di diritto positivo coglie il nesso tra clausole generali e termini valutativi F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Cedam, 2017, 320: «Le clausole generali [...] sono criteri di valutazione o concetti valutativi. I concetti valutativi (in generale) sono termini o sintagmi che hanno un corrispondente termine o sintagma contrario in modo che il primo termine della coppia è normalmente utilizzato con un

indeterminatezza quando ricorre un termine o sintagma valutativo il cui criterio di applicazione non è determinabile se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio concorrenti in via potenziale. Se l'indeterminatezza è una caratteristica dei termini e dei sintagmi valutativi e se la questione consiste nell'essere la clausola generale un termine o sintagma valutativo contenuto in disposizioni normative, allora l'indeterminatezza costituisce la via adeguata per costruire una perspicua definizione esplicativa della nozione di clausola generale.

Proprio in virtù di quanto detto, si possono definire, in via esplicativa, le clausole generali come termini o sintagmi di natura valutativa caratterizzati da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile se non facendo ricorso a criteri tra loro potenzialmente concorrenti²³.

significato di approvazione e il suo contrario con un significato di disapprovazione. Sono concetti valutativi “buono-cattivo”, “giusto-ingiusto”, “bello-brutto” [...] I concetti valutativi [...] sono predicati che esprimono, in generale approvazione o disapprovazione».

²³ Altre definizioni elaborate espressamente a partire da quella da me proposta nel lavoro del 2010 più volte citato (e qui e altrove riproposta) si rintracciano in F. PEDRINI, *Le clausole generali*, cit., 176, dove le clausole generali sono «Parti di norma, e più precisamente quegli elementi della fattispecie, espressi dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano interpretati o comunque interpretabili come concetti il cui significato non sia determinabile se non per il tramite di parametri di giudizio - di solito, ma non necessariamente, desunti dall'insieme delle norme sociali o del costume - diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione tra loro»; e in F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 333, dove si afferma che la peculiarità semantica delle clausole generali risiede nel fatto che si tratta di termini valutativi che fanno parte di fattispecie astratte. Vie definitorie alternative sono state percorse, tra gli altri, da M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss., e da P. CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica. A proposito di Vito Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Giur. It.*, 5/2011, c. c. 1692 ss., ove si propone una (ri)definizione molto ampia di “clausola generale”.

L'integrazione valutativa è stata ripetutamente menzionata nel corso di questo saggio, soprattutto in ragione della centralità che questa nozione ha assunto nel discorso di giudici e giuristi riguardo alle clausole generali. Grazie alla definizione esplicativa di clausola generale sopra proposta si può delineare, con un buon margine di chiarezza, l'integrazione valutativa. L'indeterminatezza delle clausole generali, infatti, rende necessario che per attribuire loro un significato si scelga tra parametri di giudizio concorrenti. La determinazione del significato delle clausole generali comporta, dunque, la scelta tra criteri di giudizio concorrenti e in virtù del criterio scelto vengono specificate le condizioni di applicazione della clausola generale. L'integrazione valutativa è, quindi, la scelta del criterio utile alla determinazione del significato della clausola generale²⁴.

Seguire questa linea permette pure di sciogliere l'equivoca parziale sinonimia presente nel lessico dei giuristi e dei giudici tra clausola generale e standard. La clausola generale è, infatti, il termine o il sintagma valutativo indeterminato (nel senso appena esposto); lo standard è il criterio di giudizio per mezzo del quale si determina il significato della clausola generale risolvendo l'indeterminatezza.

A questo punto restano da affrontare due questioni importanti legate all'integrazione valutativa e al rapporto tra questa e il parametro di giudizio (standard), ossia da cosa possa essere costituito lo standard e se, ed eventualmente in quale guisa, le proprietà dello standard rendano elastiche le clausole generali.

Riguardo alla prima questione si registra una posizione radicata nella dottrina. Essa è solita ritenere, con rare eccezioni, che i criteri di determinazione del significato delle clausole generali siano "esterni", cioè

²⁴ Ne consegue che l'integrazione valutativa consiste proprio nella scelta del parametro di giudizio. La preferenza dei giuristi e dei giudici di usare il sintagma "integrazione valutativa" dipende, probabilmente, da due fattori: 1) la presenza nelle clausole generali di una indeterminatezza in ragione della quale il significato della clausola generale viene determinato in maniera differente rispetto a quanto accade in assenza di clausole generali; 2) questa attività integrativa si lega a valutazioni peculiari.

di natura morale o sociale, non costituiti da uno o più enunciati normativi (e dai loro significati una volta interpretati) del medesimo sistema giuridico cui appartiene la clausola generale²⁵. Tuttavia, questa tesi non è del tutto convincente²⁶. I giuristi (e pure una parte della giurisprudenza) spesso mescolano e confondono il piano descrittivo e quello prescrittivo: dai discorsi compiuti non si comprende se il rinvio a criteri esterni sia una conseguenza necessaria e ineluttabile della semantica delle clausole generali, oppure se sia una delle soluzioni percorribili, ma non l'unica e tuttavia da preferire per qualche ragione.

Per il vero, dalla formulazione delle clausole generali non è dato riscontrare sempre e necessariamente la natura “esterna” dello standard. Stabilire se il parametro di giudizio debba essere interno o esterno non è una conseguenza imprescindibile della semantica delle clausole generali, bensì attiene alla funzione delle clausole generali (e alla funzione della specifica clausola generale considerata dall'interprete). È il compito che le clausole generali assolvono o dovrebbero assolvere nel sistema giuridico o in un suo ambito che orienta la scelta dello standard, e che orienta, in seno al tipo di criterio la scelta di quello, interno o esterno, più appropriato.

Considero questa tesi (ancora) valida, purché rettamente intesa²⁷. Vi sono, infatti, casi in cui la clausola generale indica il “tipo” di criterio utile a individuarne il significato, lasciando all'interprete la scelta del criterio nell'ambito del tipo. La clausola generale indica, cioè, la necessità di ricorrere a un tipo di criterio (per esempio di natura morale) escludendone

²⁵ Tale soluzione è stata anche sposata da chi, sul versante della teoria del diritto, ha individuato nelle clausole generali termini o sintagmi a vaghezza socialmente tipica, vedi C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit. La formula “vaghezza socialmente tipica” presenta alcuni inconvenienti, si veda V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., cap. II.

²⁶ La posizione è piuttosto condivisa e da lungo tempo nella letteratura, si veda, per esempio G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 5/2011, c.c. 1704 ss.

²⁷ Per una trattazione più ampia rinvio ancora a V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 63-74.

altri. Vi sono casi, invece, in cui la clausola generale lascia, in ragione della sua formulazione, irrisolta la questione del criterio cui rinvia: la clausola generale consente indifferentemente la scelta di criteri esterni o interni al diritto²⁸.

Da tutto ciò discendono importanti conseguenze. Sovente l'uso di un criterio esterno al sistema giuridico non è implicato dalla semantica della clausola generale, ma è frutto di una specifica opzione riguardante la funzione che si attribuisce alla clausola generale. È l'interprete, infatti, che decide, a fronte delle concorrenti possibilità che gli si offrono, quale sia il criterio adeguato: interno o esterno. L'integrazione valutativa che le clausole generali implicherebbero e la delega al giudice che esse opererebbero, consistono essenzialmente nella scelta discrezionale dello standard.

È importante una precisazione. L'integrazione valutativa consiste, lo si è appena detto, essenzialmente nella scelta del criterio, interno o esterno che sia. Tuttavia, il criterio oltre a essere scelto ha pure dei contenuti e si potrebbe sostenere che al variare dei contenuti possa variare anche la natura o il peso dell'intervento dell'interprete. Il discorso si orienta, dunque, verso l'esame degli strumenti dell'integrazione valutativa. Sono state individuate due specie di clausole generali a seconda che il termine valutativo indichi o non indichi il tipo di criterio utile alla determinazione del significato della clausola generale medesima. Per entrambi i casi si potrebbe sostenere che ove l'interprete faccia ricorso a criteri morali possa riferirsi alla morale sociale, vale a dire alla morale condivisa da un gruppo sociale. Ne seguirebbe, quindi, una forte limitazione dell'apporto dell'interprete nella determinazione del significato della clausola generale: egli, infatti, non sarebbe direttamente impegnato in valutazioni, ma registrerebbe valutazioni altrui. Questa tesi suscita alcune perplessità.

²⁸ Un esempio di clausola generale del secondo tipo è costituito, a parere di chi scrive, dalla "buona fede", su cui v. l'ottimo contributo di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015.

Innanzitutto, nel caso delle clausole generali che lasciano irrisolta la questione del criterio al quale rinviano, è l'interprete a scegliere il criterio. Nel caso in cui egli opti per criteri di natura morale o sociale, è rimessa sempre all'interprete la decisione di rifarsi a "valutazione diffuse" oppure seguire una strada diversa. In questo caso, quindi, l'interprete decide sia il tipo di criterio, sia come costruire il criterio all'interno del tipo scelto. Problemi di rilievo sorgono pure per le clausole generali che rinviano a criteri morali o di natura sociale²⁹. Anche in presenza del rinvio a criteri sociali è lecito dubitare della capacità del giudice di poter compiere un'accurata e attendibile indagine di natura sociologica e statistica. È ragionevole pensare che il giudice proceda per "intuizioni" intorno a ciò è condiviso da un gruppo sociale e non compia accurate indagini sociologiche e statistiche³⁰.

Resta da trattare la questione della elasticità delle clausole generali. Fornita la definizione esplicativa di clausola generale bisogna, infatti, chiedersi: in che senso le clausole generali possono dirsi elastiche? Dal discorso sin qui condotto l'elasticità delle clausole generali pare riposare sulla variabilità dei contenuti dei parametri di giudizio. Solitamente i giuristi usano la parola "elasticità" come sinonimo di mutevolezza. Tuttavia, sostenere che le clausole generali sono elastiche e perciò mutevoli non significa, è banale dirlo, che l'interpretazione compiuta in assenza di clausole generali sia, invece, non mutevole: il significato delle parole varia nel tempo, anzi per le parole si danno abitualmente sia più significati sul piano sincronico, sia la mutevolezza dei significati sul piano

²⁹ Laddove il rinvio riguardi criteri morali appare palese "che le valutazioni morali dipendono dalla società di riferimento [...] tuttavia una cosa è impegnarsi in un'argomentazione morale ... per ricostruire il significato di un termine valutativo, e altra cosa è ricostruire tale significato sulla base di una rilevazione statistica delle convinzioni mediamente diffuse nella società" (così, correttamente, G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, 404).

³⁰ In proposito V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di meta-giurisprudenza ricostruttiva*, Torino, Giappichelli, 2017, 49-51.

diacronico³¹.

Bisogna notare, inoltre, che se si accoglie la tesi del rinvio, per talune clausole generali, a criteri interni al sistema giuridico, una parte dell'elasticità della clausola generale dipende proprio dalla non rigidità del significato degli enunciati normativi cui la clausola rinvia. In altre parole: se il rinvio a criteri esterni per determinare il significato delle clausole generali è meramente contingente, legato, cioè, a una scelta dell'interprete o associato al tipo di clausola generale con cui ci si misura, ove l'interprete scelga come standard un criterio interno, una parte dell'elasticità della clausola generale dipende dalla non rigidità del significato degli enunciati normativi che danno corpo al criterio interno stesso. Si tratta, dunque, di forme di elasticità dipendenti dalle diverse considerazioni che presiedono alla determinazione del significato delle clausole generali rispetto alla determinazione del significato compiuta in assenza di clausole generali. In sintesi: per interpretare le clausole generali bisogna scegliere tra criteri concorrenti e i vari parametri di giudizio variano o possono variare di contenuto nel tempo, ciò le rende, appunto, elastiche³².

Sull'elasticità delle clausole generali vanno spese altre considerazioni. L'elasticità delle clausole generali può attenuarsi, anche con forza. Ciò può accadere qualora gli interpreti, in un certo arco temporale, concordino

³¹ Nella vastissima letteratura v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, Ets, 2013; D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, cit.

³² Puntualizza correttamente P. CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, cit., c.c. 1696-1697 che talvolta «L'elasticità di una clausola generale può essere tripla, ponendo tre distinti problemi di indeterminatezza: il problema della determinazione del sistema normativo di riferimento, che si risolve mediante un'operazione di disambiguazione della clausola generale; il problema della specificazione del sistema normativo di riferimento, che si risolve mediante l'identificazione, all'interno del sistema normativo di riferimento previamente selezionato, di uno o più parametri, uno o più principi, rilevanti per la disciplina di un caso; il problema della specificazione del parametro normativo, che consiste nello stabilire che esso prescrive per il caso in questione- tenendo conto della sua indeterminatezza sincronica e diacronica».

almeno (del tutto o in gran parte) sullo standard da scegliere per determinare il significato di una clausola generale e così facendo la scelta diviene stabile grazie all'osservanza dei precedenti giudiziari³³. Emergono due questioni connesse a quanto ora detto.

L'eventuale stabilizzazione ottenuta attraverso il rispetto dei precedenti garantisce maggiore prevedibilità riguardo alla scelta dello standard e produce, di conseguenza, due effetti. Da un lato fornisce stabilità al significato attribuito alla clausola generale. Dall'altro lato la stabilizzazione del significato rende più difficoltoso per l'interprete adeguare la scelta dello standard, e, in ragione di quel che si è detto, il significato della clausola generale, alle esigenze presenti nel momento in cui l'interpretazione avviene. Tutto ciò rende più gravoso l'onere argomentativo a carico dell'interprete³⁴. Egli, infatti, per mutare la scelta del criterio di individuazione del significato della clausola generale, sarà chiamato ad argomentare il superamento di un orientamento giurisprudenziale consolidato³⁵.

³³ Scrive F. ROSELLI, *Clausole generali e nomofilachia*, in *Mass. di Giur. del lavoro*, 4/2014, 227: «L'interpretazione delle clausole generali si giova dell'*argumentum ab exemplo*, e in particolare al richiamo dei precedenti giudiziari. Possono essere questi perciò a fornire la regola della decisione, specie se convenientemente raggruppati e classificati».

³⁴ Si finirebbe, così, per far funzionare le clausole generali in direzione opposta rispetto al compito sovente assegnato loro di "organi respiratori" di apertura, di adattamento e di flessibilità del sistema giuridico, a meno che non si ammetta che l'apertura, l'adattamento, la flessibilità, possono far entrare nel sistema giuridico elementi di conservazione.

³⁵ Per ragionare di orientamento interpretativo consolidato bisogna stabilire quando si è di fronte a una catena di precedenti, e soprattutto a una catena rilevante per la decisione: si tratta di aspetti problematici della teoria del precedente giudiziale, si veda, con riferimento alle clausole generali, E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2017, 167-199, e per riflessioni ad ampio spettro formulate a partire dalla giurisprudenza della Corte

3. Alcune battute conclusive

Abbiamo preso le mosse da una questione di fondo: la presenza di clausole generali nelle disposizioni normative determina una (consapevole o inconsapevole, ma specifica) modalità di distribuzione del potere tra legislatore e interprete. Le peculiarità della distribuzione di potere in questione derivano soprattutto da un dato, ovvero che per interpretare le clausole generali è necessario affrontare e chiarire varie questioni tra loro connesse: per prima la questione della nozione di clausola generale; poi quale sia l'indeterminatezza che caratterizza le clausole generali; in terzo luogo quale sia il rapporto tra standard e clausola generale; per ultima, ma non per importanza, che cosa voglia (sensatamente) dire che le clausole generali sono elastiche e bisognose di integrazione valutativa.

Questo scritto ha preso spunto, oltre che dalla questione di fondo, da due sentenze di legittimità. Lo sguardo critico e parziale rivolto alla letteratura sulle clausole generali ha consentito di mettere a fuoco i presupposti e le implicazioni della citazione riportata all'inizio del saggio. Il percorso va completato riprendendo le due sentenze per inserirle nel quadro tracciato riguardo all'interpretazione delle clausole generali.

Entrambe le decisioni sono, per varie ragioni, criticabili. Nella prima sentenza citata (in materia di giusta causa di licenziamento) i giudici si esprimono sulla necessità di fare un'opera di concretizzazione della clausola generale per poterne determinare il significato. Il punto dolente non è, ovviamente, questo. I problemi sorgono guardando ai criteri che secondo i giudici devono guidare la concretizzazione: la coscienza generale e i principi tacitamente richiamati. Per un verso l'appello è sia a un criterio esterno (la coscienza generale), sia a un criterio interno (i principi tacitamente richiamati) e non v'è traccia riguardo al coordinamento di questi criteri, molteplici e di differente natura; per l'altro verso i criteri sono indicati in maniera affatto generica. Con un po' di malizia si può dire

EDU, V. AMANTEA, *Il caso Contrada: l'interpretazione della Corte EDU era prevedibile?*, in questa Rivista, 1/2017, 125 ss.

che questi criteri andrebbero a loro volta concretizzati, più che poter fungere da strumenti di concretizzazione. I medesimi difetti si riscontrano nella seconda sentenza citata in apertura di questo saggio: la non meritevolezza del contratto dipende dalla contrarietà alla coscienza civile, all'economia, al buon costume, all'ordine pubblico. L'indicazione (alternativa o cumulativa?) di questi criteri non consente di intraprendere la strada della concretizzazione della clausola generale di meritevolezza, bensì sostituisce alla clausola generale formule generiche, vaghe o altre clausole generali. Così facendo i giudici non motivano adeguatamente, non sviluppano i passaggi opportuni e necessari per determinare e giustificare il significato della clausola generale, e i vantaggi del disegno istituzionale (per riprendere ancora le parole di Schauer) realizzabile grazie alle clausole generali rischiano di svanire.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

MARINA LALATTA COSTERBOSA

Per una geografia del «III Reich».

**Una mappa delle responsabilità
individuali**

ABSTRACT- In the pages that follow, we would like to present a temporary map of the multiple profiles of personal responsibilities, involved in the long story of the Nazi genocide. First of all, we will try to define the reasons why we consider it appropriate to talk about responsibility and the reasons why we choose to use this term as an alternative to that of "guilt", when the background of the argument is the National Socialist society.

KEYWORDS – Nazi genocide, responsibility, guilt, silence, revolt

MARINA LALATTA COSTERBOSA*

Per una geografia del «III Reich».
Una mappa delle responsabilità individuali**

Le più atroci situazioni della guerra, le peggiori torture non creano stati di cose inumani: non ci sono situazioni disumane; è solo per paura, per fuga e ricorso a comportamenti magici che deciderò dell'inumano; ma questa decisione è umana e ne sopporterò tutta la responsabilità.

Jean-Paul Sartre, *L'Être et le Néant*, 1943

SOMMARIO: 1. *Una definizione di responsabilità morale*; 2. *Il poliedro spugnoso della responsabilità*; 3. *Una geografia delle responsabilità della società nazista*; 4. *Conclusione, oltre l'obiezione relativistica*.

Nelle pagine che seguiranno vorremmo presentare una mappa provvisoria, ricostruire una sorta di cartina geografica, dei molteplici profili delle responsabilità personali, coinvolte nella lunga vicenda del genocidio nazista.

Cercheremo innanzitutto di definire le ragioni per le quali riteniamo opportuno parlare di *responsabilità* e le ragioni per le quali scegliamo di impiegare questo termine in alternativa a quello di

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Filosofia e Comunicazione dell'Università di Bologna.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima

“colpa”, quando lo sfondo dell’argomentazione è la società nazionalsocialista.

Tenteremo poi di isolare e di rappresentare l’ampio spettro delle *forme della responsabilità* (quelle individuali, tralasciando la pur significativa, e niente affatto risolta, questione della responsabilità collettiva). Ci soffermeremo sulle forme della responsabilità individuale riconducibili ai diversi ruoli e alle diverse prospettive del coinvolgimento nel crimine dei crimini, programmato, preparato, compiuto dai nazisti.

1. Una definizione di responsabilità morale

Quando parliamo di responsabilità personale presupponiamo sempre e innanzitutto la possibilità di istituire una relazione tra un soggetto capace di agire con consapevolezza, e altri soggetti o stati di cose esterni, che si modificano in modo rilevante a seguito della scelta di questo soggetto, e che entrano in un processo di interazione con lui, lo condizionano, ne vengono condizionati.

Riconoscere la responsabilità personale di un soggetto in grado di agire con consapevolezza vuol dire ritenerlo capace di rispondere delle proprie scelte, sia attive sia omissive, e significa al tempo stesso attribuirgli una progettualità costitutiva, pensare che nelle sue mani (entro certi limiti) si trovi la sua storia di vita. A questo riguardo si è parlato giustamente di «responsabilità-capacità» per intendere che «nella maggior parte dei contesti [...] l’espressione «egli è responsabile delle proprie azioni» è usata per asserire che una persona ha certe capacità normali. [...] Le capacità in questione sono

quelle della comprensione, del ragionamento e del controllo della condotta»¹.

Si tratta della combinazione di *abilità* e *poteri* che, insieme, costituiscono la *capacità* il cui possesso rende una persona *agent-responsible* (responsabile come agente) in tutti i diversi sensi possibili².

Avendo sempre sotto gli occhi della mente l'impensabile immorale: gli orrori subiti dal popolo ebraico e la disumana carneficina della bomba atomica, sul tema si è concentrato a lungo Hans Jonas. Nel suo *Prinzip Verantwortung*, Jonas scrive: «la condizione della responsabilità è il potere causale. L'agente deve rispondere della sua azione: egli viene ritenuto responsabile delle sue conseguenze ed eventualmente deve farsene carico»³. In questo caso, la responsabilità esprime una caratteristica oggettiva o formale che inerisce alla natura umana e che costituisce il presupposto necessario, ma non sufficiente, per riconoscere una persona moralmente o, anche, giuridicamente responsabile di qualcosa che ha compiuto o ha ommesso di compiere, ovvero, il cui compimento ha contribuito a determinare oppure ha ostacolato.

Così intesa, la «responsabilità» non pone da sé gli scopi, ma è l'istanza formale che grava su ogni agire causale interumano facendo sì che se ne possa chiedere conto. Essa è riconducibile all'idea

¹ K. BAIER, *The Rational and the Moral Order. The Social Roots of Reason and Morality*, Open Court, Chicago, 1995, 256.

² K. BAIER, *op. cit.*, 322.

³ H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, 1979; trad. it. a cura di Pier Paolo Portinaro, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 1990, 115.

dell'*imputabilità*: all'idea che a un soggetto possa essere imputabile un certo comportamento.

La responsabilità è la condizione preliminare della morale, sebbene di per sé non costituisca ancora una morale determinata e non sia neppure sufficiente per una condotta d'azione morale. Consapevole di questo, Kant nella *Critica della ragion pratica* individuava con chiarezza la presenza trascendentale dell'imputabilità (*Schuldigkeit*) dentro di noi, ma ammoniva al contempo a non sottovalutare il ruolo attivo dell'immaginazione e del sentimento. Anche per Kant, razionalista cristallino sul terreno trascendentale, il dovere morale formale di per sé non è sufficiente ad *attivare* concretamente, empiricamente, la condotta corretta corrispondente. Perché ciò si verifichi, precisa nella *Metafisica dei costumi*, occorre che si mobiliti un'affezione; pertanto «è un dovere non evitare, ma anzi ricercare i luoghi dove si trovano poveri a cui manca il più stretto necessario, e non fuggire le infermerie, le prigioni o luoghi simili per sottrarsi alla dolorosa compassione che questi luoghi non possono mancare di suscitare, perché questo è *un impulso posto in noi dalla natura* per ottenere ciò che *la pura rappresentazione del dovere non otterrebbe da sola*»⁴.

Lo scambiarsi di posto con l'altro, la capacità di immedesimazione, questa disposizione interiore è decisiva per la sfera morale. Lo aveva visto già Rousseau nel suo secondo *Discorso sull'origine della disegualianza tra gli uomini*, ove nominava la *pitié* innata, la pietà per ogni animale che soffre di fronte a noi. Ne era convinto Adam Smith, tanto da renderla fulcro della sua teoria del sentimento morale, anche se aveva preferito parlare di *simpathy*.

⁴ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797; trad. it. *La metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari, 1991, 327.

«È una minima, personalissima messa in scena mentale. È una *visione* immaginativa che conduce a “vedersi” al posto dell’altro, e a soffrirne la sofferenza come fosse la propria ingannandosi»⁵. Il tema della responsabilità personale chiama in causa dunque in modo immediato, ma non banalizzabile, la relazione io-altri e pertiene alla sfera morale come tale, universale, prima di ogni ulteriore specificazione rispetto alla peculiare concezione etica abbracciata.

Questa rappresentazione della responsabilità morale è riconducibile alla condotta d’azione di un soggetto che, almeno in piccola parte, è in grado di agire con volontarietà e proponimento, e il cui agire o sottrarsi all’azione (con i relativi effetti) non è dominato integralmente dalla configurazione del suo cervello (la cui anatomia e fisiologia ne attesta la struttura relazionale e irriducibilmente aperta, escludendo l’assolutizzazione dell’opzione deterministica)⁶.

Siamo determinati per la *quasi* totalità del nostro essere, ma sfugge a questa determinazione *un esile residuo*, non afferrabile nella sua identità e non prevedibile nelle sue indicazioni per l’agire; residuo che coincide con il nostro spazio di libertà, di pensiero, di giudizio e – aggiungiamo, con Arendt – di ricordo⁷.

2. Il poliedro spugnoso della responsabilità

⁵ R. ESCOBAR, *La libertà degli occhi*, il Mulino, Bologna, 2006, 142.

⁶ M. LALATTA COSTERBOSA, a cura di, *Lo spazio della responsabilità. Approdi e limiti delle neuroscienze*, il Mulino, Bologna, 2015.

⁷ H. ARENDT, *The Origin of Totalitarianism*, (III ed. 1966); trad. it. *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2004.

Dopo questa definizione di responsabilità morale occorre mostrare come la genericità di essa risponda a un obiettivo di analisi a nostro giudizio non trascurabile.

Lo spettro semantico e normativo della responsabilità è più ampio di quello della colpa.

Ogni colpa morale implica la responsabilità, l'imputabilità morale. Non ogni condotta d'azione moralmente rilevante, imputabile, può essere adeguatamente ritratta in termini di colpa.

Vi sono forme indirette di imputabilità, le quali contemplano deleghe, relazioni di ruolo, gerarchie o dilemmi affettivi: forme del silenzio morale.

Nel definire la responsabilità, va considerato inoltre che (ma questo vale anche per il riconoscimento della colpa), la sfera della responsabilità può subire contrazioni significative per il presentarsi di serie attenuanti che possono generarsi per svariate ragioni, ad esempio per paura, ignoranza, confusione, manipolazione, ricatti del sentimento. Vie queste attraverso le quali può darsi una riduzione della libertà di scelta e una diminuzione della consapevolezza rispetto al proprio operato. Si parla al riguardo di attenuanti, talora anche di giustificazioni, come in quel caso particolarissimo d'ignoranza dell'evento compiuto definito autoinganno; al cospetto del quale è però cogente il rischio di scivolare dritti nella deresponsabilizzazione.

Tutto questo allora non deve far perdere di vista la persistente pertinenza di un giudizio di responsabilità, il cui unico vero avversario pensiamo che sia il determinismo e l'indeterminismo, con la sua radicalizzazione nel fatalismo. A tale riguardo, ripensando ad Adolf Eichmann, processato pochi anni prima dell'uscita del suo lavoro *Responsability*, John Glover osservava che «se Eichmann versava in uno stato di ignoranza rispetto alla critica morale che avrebbe potuto esercitare nei confronti dei propri atti, allora ciò va

imputato ad autoinganno, venendosi a realizzare due condizioni cruciali»⁸, due condizioni decisive però per scongiurare ogni eventuale successo del tentativo di disimpegno eventualmente posto in essere per questa strada o almeno auspicato dal gerarca nazista. «L'ignoranza, se sussisteva, era sicuramente il risultato del rifiuto di porre certe domande dovuto alla *consapevolezza* che le risposte sarebbero state sgradevoli» e una simile «ignoranza avrebbe potuto essere evitata senza sforzi eccessivi»⁹. In questa prospettiva, nonostante tutte le polemiche e il loro ciclico ripetersi privo di grandi variazioni significative, consideriamo a oggi insuperata e qui pertinente l'analisi di Hannah Arendt. Al di là dei fraintendimenti, talvolta, davvero sorprendenti, il significato della qualifica di "banale" conferita da Arendt al male, non riguarda il male compiuto - non è banale il male compiuto (lo sterminio) dai nazisti - e non riguarda la persona di Eichmann - non è banale la sua disumanità. Banale è quanto, per lei, è accaduto nella mente di Adolf. Ciò è angosciante e spaventoso: quanto è accaduto nella sua mente è terribile proprio anche perché è banale. L'irretirsi del suo pensiero, l'assenza di idee, il silenzio che cade dentro di lui sono banali e per questo terrificanti. Il suo stato di immobilità del pensiero e di sordità del ricordo poteva pure non verificarsi; Eichmann - responsabile qual era - avrebbe potuto scegliere di evitarlo, di farlo cessare, di continuare a riflettere. Nel suo caso nessuna attenuante¹⁰.

⁸ J. GLOVER, *Responsibility*, Routledge & Kegan Paul, London-NewYork, 1970, 176.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ A. BURGIO, M. LALATTA COSTERBOSA, *Orgoglio e genocidio. L'etica della Germania nazista*, Deriveapprodi, Roma, 2016.

Da non trascurare - sempre nella ricostruzione di un concetto di responsabilità che possa essere utile per fotografare la società nazista - è pure l'altra forma di responsabilità indiretta, quella vicaria.

La responsabilità vicaria è tipica del contesto giuridico, eppure pare anch'essa interessante per problematizzare la relazione superiore-inferiore, ad esempio in situazioni estreme di violenza: contesti di guerra e di macrocrimini politici. In questo caso, può il funzionario ritenersi innocente a fronte del suo personale contributo al funzionamento di una macchina che produce morte, distruzione e magari addirittura sterminio, sebbene non per sua mano direttamente? In tutte queste relazioni la sfera della responsabilità si dilata e insieme si aggroviglia fino a ricomprendere più di un soggetto, quando non addirittura un insieme di soggetti, le cui individuali responsabilità si toccano, sfumano, si intrecciano, perché l'agire moralmente rilevante viene causato dalla collaborazione, in negativo, dalla complicità attiva di un particolare gruppo di persone.

In modo analogo, abbiamo un'espansione della responsabilità morale quando una condizione moralmente riprovevole viene consentita e può darsi e perdurare grazie alla complicità omissiva di altre persone che fingono di non sapere o rimuovono la scomoda realtà; è questo il caso di ingenuità di massa, comportamenti omertosi, patenti denegazioni, all'apparenza implausibili.

La responsabilità morale si configura dunque come un sorta di poliedro spugnoso dalle molteplici facce, una figura «espansa», sfumata, cangiante in dimensione e colore.

Joel Feinberg, tra gli interpreti più autorevoli, ha provato a mappare questo spazio della responsabilità, ed è giunto a censire quattro figure tra loro distinte. Al cospetto di un crimine di massa, quale fu paradigmaticamente il genocidio perpetrato dai nazisti, egli

suggerisce una tipologia costituita dalle figure dei perpetratori, degli istigatori, degli incitatori e dei favoreggiatori¹¹.

È una classificazione di indubbio interesse, poiché permette di compiere un balzo in avanti alla classica bipartizione in carnefici e spettatori di Raul Hilberg, eppure, cade fuori dal suo perimetro una casistica di comportamenti personali troppo ampia.

Alla base di questa catalogazione che opportunamente offre un'immagine più complessa di quella tradizionale, vi è l'assunto corretto secondo il quale sia dirimente mantenere ferme differenze moralmente significative per non equiparare tutti i gradi di coinvolgimento; equivalenza che porterebbe a un biasimo indistinto e quindi di fatto a una assoluzione generale. Favorire un crimine con il proprio assenso è certamente diverso dal perpetrarlo, ma è pure diverso dal dissenso. Ciononostante, la distinzione di Feinberg non è in grado di fissare con lo sguardo quella zona d'ombra popolata da tante persone "perbene" da uomini e donne comuni che hanno ignorato, mantenuta aperta o tutelato la strada di un regime totalitario.

3. Una geografia delle responsabilità della società nazista

Seguendo il suggerimento di Feinberg, volto a promuovere una maggiore complessificazione dello spettro dei "responsabili", si può provare a tornare con l'immaginazione alle principali figure dello scenario dell'orrore nazista. E per fare questo scegliamo di assumere una situazione determinata tra tutte, convinti che questo possa rendere più immediata e dettagliata l'analisi.

¹¹ J. FEINBERG, *Collective Responsibility*, in *The Journal of Philosophy*, 65, 21, 1968, 684.

Pensiamo in particolare, tra i tanti, all'universo concentrazionario che si intrecciava con la scansione apparentemente normale della vita quotidiana degli abitanti del paesino austriaco di Mauthausen (prezioso per ricostruirla il bel libro *All'ombra della morte* dello storico Gordon Horwitz, interamente dedicato a questo campo e a Hartheim, il suo infernale castello).

All'ombra di Mauthausen, tenteremo adesso – in modo certo parziale e provvisorio - di mappare le responsabilità in gioco.

Colpevoli, e dunque direttamente responsabili, sono *i perpetratori, in senso stretto*, e quindi il capo del campo di Mauthausen, Franz Ziereis, così come il suo aiutante Josef Kramer; che poi, lo ricordiamo, farà carriera, divenendo capo di Auschwitz–Birkenau, prima, e ultimo capo di Bergen-Belsen, «die Bestie von Belsen» (questo il soprannome che ne registrò l'efficienza e la disumanità). Come pure direttamente responsabili sono le SS lì operative, e zelanti ben oltre quanto venisse loro specificamente richiesto. Nella sanguinosa messe di episodi basti rammentare quello di un caldo pomeriggio del 1942.

“Nel tardo giugno del 1942 circa venticinque ebrei vennero inseguiti dalle guardie, su per i 186 scalini della cava. Giunti in cima, gli uomini delle SS si misero allegramente a percuoterli sui deretani con i calci dei fucili fino a farli precipitare oltre il ciglio, nella trincea della cava. Durante il passatempo, si udirono gli uomini delle SS urlare: “Attenzione! Paracadutisti!”, mentre le vittime, pesi ormai inanimati, precipitavano rapidamente verso la morte. Quelli che miracolosamente riuscirono a sopravvivere alla carneficina finirono

poi annegati in una pozza di acqua stagnante sul fondo del burrone»¹².

Ma responsabili sono anche i complici attivi e consapevoli: le tante naziste e i tanti nazisti che si macchiarono del meschino tradimento espresso dalla *delazione*, *istigatori* di omicidi legalizzati. È angosciante la lettura degli atti processuali, in particolare delle motivazioni, delle sentenze di morte, emesse dal *Volksgerichtshof*, presieduto tra il 1942 e il 1945 dal famigerato Roland Freisler.

Come pure responsabili furono i tedeschi (o gli austriaci) *entusiastici sostenitori, incitatori e favoreggiatori del regime nonché abili e spregiudicati approfittatori dei vantaggi economici* derivanti dal lavoro degli internati e dal grottesco commercio dei beni e degli effetti personali a loro sottratti all'arrivo al campo. Su tutti, per rimanere sempre con lo sguardo rivolto al lager austriaco, Anton Poschacher, proprietario della ditta per la lavorazione della pietra situata nei pressi della cava di granito di Mauthausen. «Herr Poschacher considerò come “un buon auspicio” che, dopo anni di lotta e tribolazioni, il primo centenario della ditta, fondata nel 1839, venisse a cadere in un momento di così grandi promesse»!¹³.

Ma proviamo a fare ancora un passo avanti rispetto a questa scansione delle responsabilità.

Vi è infatti differenza in termini di responsabilità e colpa tra questi perpetratori, attivi ed operativi, e coloro che potremmo definire i *perpetratori-spettatori*. Sempre responsabili, ma diversamente dai primi; per non condonare né ai primi né ai secondi, per non assolvere attraverso l'omologazione. Questo nuovo insieme

¹² G. J. HORWITZ, *In the Shadow of Death. Living Outside the Gates of Mauthausen*, 1990; trad. it. *All'ombra della morte. La vita quotidiana attorno al campo di Mauthausen*, Marsilio, Venezia, 1994, 29-31.

¹³ G. J. HORWITZ, *op. cit.*, 42.

di responsabilità lo suddividiamo ulteriormente in tre sottogruppi.

Rientrano nella nostra mappa adesso anche i tedeschi (o gli austriaci) che *tacevano* e che provavano un'*intima soddisfazione*, mista a piacere e a senso di rivalsa, spesso assai mal celata¹⁴; oppure coloro che offrivano una *collaborazione marginale* eppure volontaria, se non addirittura volenterosa. Non furono colpevoli, ma certo va attribuita loro una personale specifica responsabilità. Grava su di loro un giudizio di complicità. Tanto si rivelò vertiginosa l'incidenza, in termini di solidità e tenuta del potere, esercitata dal largo consenso che il regime riuscì a conservare negli anni, anche per queste vie e con queste implicite testimonianze di assenso.

Lo stesso vale per i tedeschi (o gli austriaci) che restavano in silenzio e *indifferenti*, accettavano, acconsentivano, ignoravano, freddi, e magari compiaciuti per i loro privilegi. A Mauthausen si determinò anche la circostanza per cui «le SS collocarono degli avvisi in cui si sosteneva che i residenti dovevano ignorare ciò che non potevano altrimenti evitare di vedere. I cittadini impararono che anche se la consapevolezza di quanto stava accadendo all'interno e intorno al campo era inevitabile, uno avrebbe dovuto volgere altrove lo sguardo. Pur avendo consapevolezza del terrore del campo, essi impararono a mantenersi tra l'inevitabile coscienza della realtà del campo e una prudente indifferenza»¹⁵.

Infine inseriamo tra i tasselli della nostra cartina anche i tanti, tantissimi, che *silenti fingevano* di non sapere, di non capire, di non vedere¹⁶. Non colpevoli pure loro. Ma certo responsabili. Responsabili del loro *sguardo obliquo*, della scelta di girarsi dall'altra parte.

¹⁴ G. J. HORWITZ, *op. cit.*, 157.

¹⁵ G. J. HORWITZ, *op. cit.*, 53-54.

¹⁶ G. J. HORWITZ, *op. cit.*, 148, 156, 124.

Chiarissimo sul punto Roberto Escobar: «Gli spettatori innocenti e indifferenti non solo mancano di fare, ma anche fanno, e attivamente. Guardando l'orrore, orientando a esso i loro occhi, senza dissonanza e disagio interiori, finiscono per accettarne e anzi per moltiplicarne la normalità della messa in scena. Meglio ancora, finiscono per *consentirla*. Nel significato letterale e stretto dell'espressione: finiscono per dividerne il senso, contribuendo a banalizzarlo ancora di più, a trasformarlo in una sorta di necessità naturale, storica, culturale, antropologica addirittura. Così, rendono certi i carnefici di poter contare "sull'indifferenza e sulla non-interferenza che li circonda". Dunque, ne consentono i crimini, e questa volta, e questa volta nel significato più lato: li rendono possibili. Se gli spettatori interrompessero il flusso univoco di sguardi orientati e indifferenti, se ne dichiarassero a sé e agli altri l'insostenibilità, quella certezza verrebbe meno, o almeno s'incrinerebbe»¹⁷.

Come del resto sono altrettanto documentabili - ripercorrendo le vicende non lineari della problematica attuazione del programma eutanasico T-4 - il malcontento e i timori tra la popolazione tedesca, perlomeno a macchia di leopardo. O ancora l'esito positivo della rivolta delle mogli non ebrei di Rosenstraße a Berlino, contro un regime che era in procinto di deportarne i mariti ebrei.

Non hanno fatto nulla, non hanno agito o omesso di agire in situazioni criminose, dunque, nulla può essere imputato a questi "spettatori"?

Lo spettro della responsabilità può essere più raffinato di così, può avere un maggiore grado di definizione e riuscire a registrare anche queste forme responsabili di coinvolgimento e di complicità.

¹⁷ R. ESCOBAR, *op. cit.*, 92-93.

Forme che è doveroso non tralasciare, perché è doveroso non assolvere, non perdonare (il perdono, come ci ha insegnato Primo Levi, è questione individuale, non storica e politica) e persino perché è indispensabile per poter onorare il coraggio di tutti coloro che al contrario decisero di non acconsentire, di tutti coloro che *scelsero di guardare*. Persone diversamente normali rispetto a queste.

In parte ci riferiamo anche a quelle persone che non riuscirono a reagire in nessuna forma esteriore, impaurite e angosciate. Come Frau Maria R. che «dichiarò di essersi rifiutata di unirsi agli altri che riempivano la piazza principale, il giorno in cui Hitler passò per Melk, nel marzo del 1938. Tuttavia, come impiegata postale, era obbligata ad assistere alle assemblee locali del partito che si tenevano nella sala cinematografica del paese e raccontava come quelle adunanze fossero precedute da un annuncio di convocazione consegnato da un funzionario del partito stesso che, bussando alla loro porta, ricordava a lei e al marito i doveri che li attendevano. Andava anche se trovava quegli incontri deprimenti e ne usciva con una vaga sensazione di *disperazione*. Nel corso delle assemblee, gli oratori, a volte, accennavano alla persecuzione degli ebrei. “Noi non potevamo dire nulla. Assolutamente nulla. Potevamo solo andarcene restando calmi, silenziosi e tristi. Io ero *profondamente rattristata* all’idea di dover sopportare una cosa simile. Che noi si avesse questo regime»¹⁸.

Una semplice evidenza basta a sconfessare l’alibi perfetto per la più facile delle autoassoluzioni: “cosa posso farci io? Se anche dissento cosa cambierebbe?”. Il silenzio può essere portatore di consenso o di dissenso; il silenzio non è tutto uguale.

«Qualcosa posso sempre fare, anche se non posso fare niente. In

¹⁸ G. J. HORWITZ, *op. cit.*, 145.

primo luogo, posso provare vergogna. La posso provare non tanto perché io mi senta responsabile per quel che è accaduto, ma perché rischio di rendermene responsabile dopo averlo visto, con la mia indifferenza e con il mio silenzio interiore. E posso anche provare vergogna *per* i carnefici: al posto loro, e per il fatto che loro non la provano»¹⁹.

Perfetto il termine tedesco *Fremdschämen* per indicare la condizione esistenziale di chi avvertendo la violazione del codice morale prova vergogna al posto dell'altro che al contrario non la sente. Questo ad esempio il sentimento che ancora oggi pervade il compositore Friedrich Haas, nipote dell'architetto nazista Fritz Haas, che pubblicamente in una toccante intervista a *die Zeit* di un paio di anni fa ha dichiarato la propria condizione di non colpevole personalmente eppure di personale vergogna per quanto accadde, di vergogna per una famiglia autoritaria e nazista, la propria, nella quale genitori e nonni aderirono al regime hitleriano.

Questo una generazione dopo.

Questo per alcuni anche nel momento del manifestarsi dell'orrore disumano.

Questo non è «non poter fare nulla». Questo è poter fare qualcosa. Un qualcosa che è sempre possibile, che è sempre alla portata, perlomeno nella forma pur significativa del dire “no”, anche semplicemente dentro di sé. Tale gesto interiore è stato definito con efficacia il tratto che divide dignità da servitù²⁰.

Vorremmo però anche ricordare soprattutto le persone normali che ebbero persino la forza e il coraggio di aiutare, di provare a salvare o a nascondere o anche semplicemente a confortare i perseguitati del regime. Come l'azione di altruismo di Frau R. -

¹⁹ R. ESCOBAR, *op. cit.*, 97.

²⁰ R. ESCOBAR, *op. cit.*, 97.

seguendo sempre del nostro esempio, di Mauthausen.

«Mentre andava a casa dal lavoro, intorno alle 6 della sera, Frau R. spesso oltrepassava i deportati. Raccontava di aver praticato un buco nella borsa o nella cartella che portava sulla bicicletta. Attraverso il foro lasciava cadere delle mele e delle pesche affinché potessero raccoglierle»²¹.

E ovviamente vorremmo nominare in chiusura – ma è un’ovvietà - coloro che decisero di rivoltarsi, che dissero un “no”, gravido a ben vedere di tanti sì.

Non è una mappa geografica nitida quella che abbiamo cercato di comporre, non può esserlo, ma speriamo sia sufficientemente precisa da poter dare conto di molte delle forme del coinvolgimento morale, di quelle dirette, di quelle indirette.

4. Conclusione, oltre l’obiezione relativistica

Al termine di questo percorso resta sospesa un’obiezione: su quale principio morale si fonda la responsabilità di cui si è parlato? Tutta questa riflessione sembra muovere da un presupposto non ulteriormente giustificato: una verità morale a partire dalla quale si possa legittimare una condotta d’azione normativamente orientata.

L’idea che abbiamo assunto in questo breve percorso è un’idea minima o basica, un’idea che, se accolta, consentirebbe di mantenere in piedi l’intero ragionamento. Si tratta di un’idea *immediatamente* pertinente in situazioni estreme di violenza e di violazione delle vite e dei corpi, di celebrazione esasperata della sofferenza umana.

²¹ G. J. HORWITZ, *op. cit.*, 145.

È la stessa idea che si ritrova in pagine celebri di Albert Camus, nell'*incipit* dell'*Uomo in rivolta*.

Che cos'è un uomo in rivolta? Un uomo che dice no. Ma se rifiuta, non rinuncia tuttavia: è anche un uomo che dice di sì, fin dal suo primo muoversi. Uno schiavo che in tutta la sua vita ha ricevuto ordini, giudica ad un tratto inaccettabile un nuovo comando. Qual è il contenuto di questo "no"?

Significa, per esempio, "le cose hanno durato troppo", "fin qui sì, al di là no", "vai troppo in là" e anche "c'è un limite oltre il quale non andrai". Insomma, questo no afferma l'esistenza di una frontiera [...] Egli afferma, insieme alla frontiera, tutto ciò che avverte e vuol preservare al di qua della frontiera²².

La vita e la dignità di ogni altro hanno valore di per sé, un valore irrinunciabile. Perciò, non sarà mai disposto a considerare nessun essere umano degradabile, sacrificabile in buona coscienza o in nome di un qualunque presunto bene o ideale di verità. Nel «secolo della paura» le cose sono andate altrimenti. Nel Novecento «qualcosa in noi è stato distrutto – scrive sempre Camus in un articolo del '46 – dello spettacolo degli anni che abbiamo appena vissuto. Quel qualcosa è l'eterna fiducia nell'uomo, che gli ha fatto sempre credere che fosse possibile provocare reazioni umane in un altro essere umano parlandogli il linguaggio dell'umanità»²³.

Un "no" che non è una «rinuncia», bensì la conferma di ciò che preesisteva all'orrore, la conferma che qualcosa vi era di importante e

²² A. CAMUS, *L'homme révolté*, 1951; trad. it. *L'uomo in rivolta*, Bompiani, Milano, 1990, 17.

²³ A. CAMUS, *Mi rivolto dunque siamo. Scritti politici*, trad. it a cura di Vittorio Giacomini, Elèuthera, Milano, 2015, 16.

di prezioso; è la conferma di ciò che ha preceduto il momento in cui si è valicato il confine del sopportabile e del tollerabile.

Il silenzio, il non pronunciare a modo proprio quel “no”, schiude invece all’ampia distesa delle molteplici responsabilità che in qualche modo pensiamo sia doveroso continuare a raccontare.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

CHARLIE BARNAO

Il soldato (im)perfetto.

Addestramento militare, polizia e tortura

ABSTRACT – The subject of this article is the military institution, with particular reference to the training and the military culture. The approach to the subject is through the results of micro-sociological research, which mostly refer to the conceptual instruments of symbolic interactionism, and through the first results of a long ethnographic research. The present study shows a correlation between the training model of the military and episodes of sadistic and uncontrolled violence and torture, perpetrated by social actors trained on the basis of that model.

KEYWORDS – Torture, Military Institution, Education, War, Police

**Il soldato (im)perfetto.
Addestramento militare, polizia e tortura****

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – 2. *Alla ricerca del soldato perfetto: tra realtà e tipo ideale* – 2.1. *La technowar* – 2.2. *Un nuovo tipo di conflitto armato* – 3. *Addestramento militare e micro-sociologia* – 3.1. *Culture militari e istituzione totale* – 3.2. *Gruppo primario* – 3.3. *Socializzazione, addestramento, e risocializzazione militare* – 3.4. *Rituali* – 4. *Tortura e torturative training* – 5. *Conclusioni: Il soldato imperfetto.*

1. Introduzione

Nel giugno del 1997 il settimanale Panorama pubblica alcune foto in cui vengono ritratti dei soldati italiani della missione umanitaria Ibis in Somalia (1992-1994), nell'atto di torturare e stuprare dei cittadini somali. Esplose, così, il cosiddetto scandalo Somalia¹. Il caso italiano di soldati che – durante una missione all'estero – si macchiano di episodi di violenza sadica e di torture nei confronti di civili inermi non è un caso isolato né quello più noto. Negli ultimi anni alcuni altri eclatanti casi sono venuti alla ribalta delle cronache. Si pensi in particolare ai casi drammatici delle violenze e delle torture – ampiamente documentate – da parte dei soldati americani nei confronti di civili iracheni (scandalo Abu Ghraib, 2004) e

* Ricercatore in Sociologia Generale, Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Cfr. *Repubblica* del 6 giugno 1997, consultabile all'indirizzo: <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1997/06/06/somali-torturati-dagli-italiani-le-foto-choc.html> (ultimo accesso: 7 novembre 2018) e, inoltre, cfr. *Repubblica* del 13 aprile 2000, consultabile all'indirizzo: <https://www.repubblica.it/online/cronaca/somalia/ercole/ercole.html> (ultimo accesso: 9 novembre 2018).

afgani (scandalo Bagram, 2005)². Il 13 agosto 1999 l'allievo paracadutista Emanuele Scieri viene trovato morto ai piedi di una torretta della caserma addestrativa della brigata paracadutisti "Folgore" a Pisa³. La drammatica vicenda viene quasi immediatamente spiegata come la diretta conseguenza di un atto di nonnismo sadico e violento, senza però riuscire ad individuare alcun colpevole⁴. Si tratta di un caso che colpisce profondamente l'opinione pubblica e che diventa emblematico per la "fine" del servizio militare di leva in Italia⁵. Opinione pubblica ed esperti, infatti, ritengono il nonnismo un fenomeno connesso in modo indissolubile al servizio militare di leva⁶. Numerosi altri casi avrebbero dimostrato che il nonnismo non è terminato con l'avvento di un esercito di professionisti⁷.

² La letteratura su questi casi è vasta. Si vedano in particolare: G. R. MASTROIANNI, G. REED, *Apples, barrels, and Abu Ghraib*, in *Sociological Focus*, 39.4/2006, 239-250; A. W. MCCOY, *A question of torture: CIA interrogation, from the Cold War to the War on Terror*, Metropolitan Books, 2007; M. OTTERMAN, *American torture: from the Cold War to Abu Ghraib and beyond*, Melbourne Univ. Publishing, 2007; J. MAYER, *The dark side: The inside story of how the war on terror turned into a war on American ideals*, Anchor, 2009. Si veda anche il documentario "Taxi to the Dark Side" (2007), diretto da Alex Gibney e vincitore del premio Oscar nel 2008 (categoria: miglior documentario).

³ Per un approfondimento si veda il libro scritto dai genitori di Emanuele Scieri: I. GUARINO, C. SCIERI, *"Folgore" di morte e di omertà*, Kaos, 2007.

⁴ La relazione finale della Commissione parlamentare di inchiesta sulla morte del militare Emanuele Scieri è consultabile all'indirizzo: http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/022bis/017/INTERO.pdf (ultimo accesso: 9 novembre 2018).

⁵ Cfr. Legge 23 agosto 2004, n. 226, detta "Legge Martino".

⁶ A questo proposito si vedano, ad esempio, i resoconti della "Commissione per la prevenzione e lo studio del fenomeno del 'nonnismo' nell'ambito dello stato maggiore dell'esercito", consultabili all'indirizzo: http://legislature.camera.it/_dati/leg13/lavori/stencomm/04/indag/violenza_forze_armate/1999/0922/s010.htm (ultimo accesso: 12 novembre 2018). Per quanto riguarda la posizione di alcuni scienziati sociali italiani sul tema, si veda anche: F. BATTISTELLI (a cura di), *Anatomia del nonnismo. Cause e misure di contrasto del mobbing militare*, Franco Angeli, Milano, 2000.

⁷ Si veda ad esempio *Gazzetta del Mezzogiorno*, 3 marzo 2012, consultabile all'indirizzo: <https://www.lagazzettadelmezzogiorno.it/news/italia/345188/aumenta-nonnismo-in->

Nel luglio 2001, all'interno della caserma di Bolzaneto, numerosi manifestanti fermati in occasione del G8 di Genova subiscono violenze sadiche e torture da parte di agenti delle forze di polizia. Le inchieste e i processi relativi a quei fatti hanno portato alla conoscenza di un quadro drammatico di responsabilità degli agenti⁸. Ma numerose altre violenze delle forze di polizia italiane avrebbero riguardato anche gli anni più recenti⁹.

scuole-militari.html (ultimo accesso: 14 novembre 2018). Un recente caso particolarmente sospetto e violento è quello del caporale Tony Drago, militare siciliano, trovato morto nella caserma Lancieri di Montebello di Roma, il 6 luglio 2014. Per quanto riguarda alcuni atti rituali sadici e violenti di nonnismo si veda, inoltre, il caso del rituale dell'"anestesia" tra i NOCS (Nuclio operativo centrale di sicurezza, il corpo speciale della polizia di stato italiana): *Repubblica* del 16 settembre 2011, consultabile all'indirizzo: https://roma.repubblica.it/cronaca/2011/09/16/news/nocs_ecco_le_foto_degli_abusi_in_caserma-21742152/ (ultimo accesso: 9 novembre 2018).

⁸ Sui fatti della scuola Diaz e della caserma di Bolzaneto si vedano: S. PALIDDA, *Appunti di ricerca sulle violenze delle polizie al G8 di Genova*, in *Studi sulla questione criminale*, 3.1/2008, 33-50; M. CALANDRI, *Bolzaneto: la mattanza della democrazia*, DeriveApprodi, 2008; M. ANTONINI, F. BARILLI, D. ROSSI, *Scuola Diaz: vergogna di stato*, Edizioni Alegre, Roma, 2009; T. DELLA LONGA, A. LAI, *Quando lo stato uccide: dalla condanna dei tutori della legge dopo la "macelleria messicana" della scuola Diaz di Genova alla morte di Carlo Giuliani, Federico Aldrovandi, Gabriele Sandri e Stefano Cucchi: un'indagine senza pregiudizi sul grave problema della violenza delle forze di polizia*, Castelveccchi, 2011; A. MANTOVANI, *Diaz: processo alla polizia*, Fandango Libri, 2011; A. ZAMPERINI, M. MENEGATTO, *Cittadinanza ferita e trauma psicopolitico*, Liguori, Napoli, 2011; R. SETTEMBRE, *Gridavano e piangevano*, Giulio Einaudi Editore, 2014.

⁹ Esiste una lunga lista di episodi drammatici: il caso di Stefano Cucchi e il caso di Federico Aldrovandi, solo per citarne alcuni dei più noti, fino ad arrivare a recenti casi di morte violenta di alcuni cittadini, durante il trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O.) praticato da agenti di polizia che si trovavano a supportare il personale medico. Andrea Soldi, malato di schizofrenia paranoide, moriva durante un T.S.O. il 5 agosto 2015. Per la sua morte sono stati condannati per omicidio colposo a 1 anno e otto mesi, in primo grado, i tre agenti di polizia urbana che avevano praticato il T.S.O. in collaborazione con il personale medico. Un altro recente caso sospetto è quello del ventenne Jeferson Tomala, ucciso durante un T.S.O. il 10 giugno del 2018.

Esistono dei collegamenti tra tutti questi episodi apparentemente così diversi l'uno dall'altro? Sono da considerare come episodi occasionali? Sono episodi inevitabili? È davvero convincente la tesi delle “mele marce” (utilizzata, in particolare, per spiegare gli episodi di tortura e per quelli di nonnismo nelle caserme)? È su queste domande di ricerca che si è sviluppato lo studio – ancora in corso – di cui qui presento alcuni risultati.

Oggetto di questo articolo è l'istituzione militare, con particolare riferimento ai processi addestrativi, alla cultura militare e ai processi di socializzazione che la caratterizzano. L'ipotesi centrale attorno alla quale si sviluppa questo lavoro è che *esiste una correlazione tra il modello addestrativo delle forze armate ed episodi di violenza sadica e incontrollata e di tortura, perpetrati da parte degli attori sociali formati sulla base di quel modello.*

Si tratta di un oggetto di studio particolarmente rilevante e, purtroppo, spesso trascurato dalla letteratura delle scienze sociali. È un oggetto rilevante perché la guerra è un *fatto sociale per eccellenza*¹⁰ in quanto è strettamente interconnessa alla coesione sociale di una società (si pensi alla morte di massa, ai lutti, alla distruzione che la guerra comporta) e anche perché si presenta come un insieme di processi particolarmente complessi (economici, culturali, politici, giuridici, ecc.) di *trasformazione* della società stessa. La rilevanza del tema di cui ci occupiamo, infatti, è data, prima di tutto, dal contesto culturale, economico e politico in cui ci troviamo. Diversi scienziati sociali, dai più diversi punti di vista, mettono in evidenza l'odierna crisi strutturale dei processi democratici. C'è chi parla di «insofferenza verso i regimi democratici»¹¹, di crisi della democrazia in corrispondenza di assenza di «dottrine della tolleranza» e

¹⁰ A. DAL LAGO, *La guerra-mondo*, in *Conflitti globali*, 1/2005, 13.

¹¹ A. APPADURAI, *Democracy fatigue*, in H. GEISELBERGER (a cura di), *The Great Regression*, Polity Press, Cambridge, 2017, 1-12.

aumento del razzismo¹², di crisi «culturale» e «istituzionale» della democrazia¹³, di vera e propria «paura della libertà»¹⁴ e richiesta di forme autoritarie, di «democrazia autoritaria»¹⁵ e di «tentazione populista» e «costruzione di nuovi capri espiatori»¹⁶.

È all'interno di tale crisi che si innestano nuove e sempre più pressanti politiche securitarie e un marcato processo di militarizzazione della società tutta¹⁷. Gli attentati dell'11 settembre 2001 poi, se possibile, hanno ulteriormente accelerato ed estremizzato tali trasformazioni. La nostra è una società sempre più militarizzata che manifesta questo suo profondo cambiamento attraverso il fenomeno che, alcuni studiosi, chiamano *doppia conversione*. Si tratta della tendenza, cioè, di avere l'azione di polizia svolta da militari e l'azione militare svolta dalla polizia¹⁸. Il caso italiano, a questo proposito, è emblematico. Dalla sospensione del servizio militare obbligatorio, con la corrispondente costituzione di un esercito professionale (Legge 23 agosto 2004, n. 226, cosiddetta "Legge Martino"), tutti i concorsi per il reclutamento di nuovi agenti delle forze di polizia

¹² Z. BAUMAN, *Symptoms in search for an object and a name*, in H. GEISELBERGER (a cura di), *op. cit.*

¹³ S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *How democracies die*, Crown, 2018.

¹⁴ P. MASON, *Overcoming the fear of freedom*, in H. GEISELBERGER (a cura di), *op. cit.*

¹⁵ L. GALLINO, *Il colpo di stato di banche e governi*, Giulio Einaudi Editore, 2013.

¹⁶ S. ŽIŽEK, *Against the populist temptation*, in *Critical inquiry*, 32.3/2006, 551-574; ID., *The populist temptation*, in H. GEISELBERGER (a cura di), *op. cit.*

¹⁷ Addirittura, ormai, secondo alcuni osservatori autorevoli, «I militari si sono sostituiti alla Croce rossa, alla Caritas e ai Medici senza frontiere» (F. MINI, *Soldati*, Einaudi, 2008, 16). Sul generale tema del securitarismo si vedano: L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, Raison d'agir, Paris, 1999; S. PALIDDA, *Polizia postmoderna: etnografia del nuovo controllo sociale*, Feltrinelli Editore, 2000; A. DAL LAGO, S. PALIDDA, *Introduction*, in IDD. (a cura di), *Conflict, Security, and the Reshaping of Society: The Civilisation of War*, Routledge, New York, 2010, 1-18; S. PALIDDA, *Polizie, sicurezza e insicurezze ignorate, in particolare in Italia*, in *Crítica Penal y Poder*, 13/2017.

¹⁸ A. DAL LAGO, S. PALIDDA, *op. cit.*; C. BARNAO, P. SAITTA, *Autoritarismo e costruzione di personalità fasciste nelle forze armate italiane: un'autoetnografia*, in *Quaderni del Cirsdig*, 2012.

(Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di Finanza, ecc.), tranne rare eccezioni, sono riservati esclusivamente a coloro che stiano svolgendo o abbiano svolto un periodo di ferma nelle forze armate italiane come volontari in ferma prefissata¹⁹. Si richiede, cioè, che tutti i nuovi agenti delle forze di polizia siano stati formati attraverso un'esperienza e un lungo periodo di addestramento militari.

In generale, è sullo sfondo di questi grandi mutamenti che, ad esempio, in molti paesi europei²⁰ si è assistito ad un radicale cambiamento nelle strutture delle forze armate e delle forze di polizia dovuto principalmente: a) ad un impegno crescente in operazioni internazionali di guerra e di cosiddetta "peace keeping"; b) all'abolizione del servizio militare di leva e alla nascita di eserciti professionali; c) alla creazione di canali privilegiati per il passaggio da esercito a polizia e il conseguente ingresso massiccio di veterani all'interno delle forze di polizia; d) alla militarizzazione di fatto delle attività di polizia attraverso l'utilizzo di equipaggiamento da guerra tecnologico ad esempio per controllare i confini e le manifestazioni di piazza²¹.

È su queste basi che l'addestramento militare, inteso come percorso di socializzazione dei protagonisti principali del processo generale di militarizzazione, diventa un oggetto di studio di decisiva importanza. Nonostante la rilevanza, tuttavia, l'addestramento militare è un oggetto spesso trascurato – o non trattato con la dovuta attenzione – dalle scienze sociali. Tutto ciò avviene per varie ragioni sia di carattere politico che metodologico (e, come sappiamo, questi due livelli spesso si intrecciano e si sovrappongono). Il livello politico è quello che ci consegna un oggetto

¹⁹ I volontari in ferma prefissata (VFP) sono militari delle forze armate italiane, che prestano servizio nel periodo di un anno (VFP1) o quattro anni (VFP4), nell'Esercito Italiano, nella Marina Militare Italiana o nell'Aeronautica Militare Italiana.

²⁰ Cfr. T. CAPLOW, P. VENNESSON, *Sociologie militaire: armée, guerre et paix*, A. Colin, 2000.

²¹ D. BIGO, A. TSOUKALA (a cura di), *Terror, insecurity and liberty: Illiberal practices of liberal regimes after 9/11*, Routledge, 2008.

difficile da trattare perché particolarmente complesso, coinvolgendo in modo profondo e, spesso, totalizzante, come abbiamo già detto, le dimensioni più disparate e i livelli più diversi della nostra società, compresi quelli di cui lo stesso ricercatore, lo stesso scienziato sociale, è parte. Infatti se «la guerra è la continuazione della politica attraverso altri mezzi»²², è anche vero che «la politica è la continuazione della guerra con altri mezzi»²³. Il livello metodologico, che si intreccia con quello politico, dal canto suo, si riferisce alla difficoltà d'accesso al campo di ricerca, soprattutto da parte di fonti indipendenti. L'istituzione militare è un'istituzione totale²⁴ che, quindi, risulta chiusa e, spesso, impenetrabile dall'esterno. Raramente l'istituzione militare permette, infatti, l'accesso di soggetti esterni che volessero conoscerla da vicino e studiarne le caratteristiche. La maggior parte delle ricerche sull'istituzione militare è costituita, così, da ricerche condotte da fonti interne all'istituzione o, comunque, non sufficientemente indipendenti dall'istituzione stessa²⁵.

In questo lavoro affronto il tema utilizzando i risultati di alcune ricerche microsociologiche sull'istituzione militare – per lo più legate all'approccio teorico-metodologico dell'interazionismo simbolico²⁶ – e presentando alcuni risultati di una ricerca etnografica che sto conducendo da alcuni anni²⁷.

²² C. VON CLAUSEWITZ, *On war*, Jazzybee Verlag, 1940.

²³ M. FOUCAULT, *Society Must Be Defended*, trans. David Macey, Picador, New York, 2003.

²⁴ E. GOFFMAN, *Asylums*, Penguin Books, Harmondsworth, 1961.

²⁵ Cfr. W. C. COCKERHAM, *The military institution*, in *Handbook of symbolic interactionism*, 2003, 491-510.

²⁶ H. BLUMER, *Symbolic interactionism: Perspective and method*, Univ. of California Press, 1986. Concetti tipici della tradizione dell'interazionismo simbolico (ad es. gruppo primario, istituzione totale, socializzazione) diventano centrali, infatti, per le ricerche che si occupano dello studio delle relazioni sociali legate all'addestramento militare.

²⁷ Per quando riguarda la ricerca etnografica (ancora in corso), si tratta per lo più di una autoetnografia, in quanto faccio principalmente riferimento alla mia esperienza personale di militare nella brigata paracadutisti "Folgore" (dove ho prestato servizio dal 1993 al

Inizierò descrivendo il tipo ideale di soldato che gli odierni modelli addestrativi perseguono. Dal “soldato tecnologico” – che rappresentava il tipo ideale di soldato a partire dalla II guerra mondiale – si è passati ad un tipo di soldato che fosse in grado di sopportare, nel presente e nel breve periodo, gli stress estremi (fisici e psicologici) di un nuovo modello di conflitto, definito da qualcuno “non convenzionale” e “asimmetrico”. Il soldato ideale per combattere le nuove guerre è il combattente delle “forze speciali”, che sviluppa straordinarie caratteristiche di “non riflessività”, “non empatia per il nemico”, rapido e immediato automatismo di reazione agli stimoli che gli provengono dall’ambiente che lo circonda. Successivamente scenderò via via nel dettaglio delle pratiche di socializzazione militare vera e propria e dell’addestramento. Introdurrò, prima di tutto, alcuni studi che descrivono e analizzano i principali aspetti dell’istituzione militare dal punto di vista culturale. Le culture militari vengono trasmesse all’interno dell’istituzione totale militare attraverso processi di socializzazione che vedono, come agente principale di

1994 con l’incarico di bonificatore NBC – squadra per la difesa Nucleare Biologica e Chimica) e ad alcune esperienze (giudiziarie e professionali) che mi hanno accompagnato negli anni successivi al servizio militare fino ad oggi. Ho inoltre raccolto dati attraverso interviste in profondità a testimoni privilegiati (militari, ex-militari, rappresentanti delle forze di polizia) e attraverso l’analisi di contenuto di documenti militari (manuali, diari, lettere, ecc.). Per un’approfondimento sulla parte metodologica della ricerca, si vedano: C. BARNAO, *Autorità, autoritarismo e apprendimento dell’aggressività in una caserma di paracadutisti*, in ID., D. FORTIN (a cura di), *Accoglienza e autorità nella relazione educativa. Riflessioni multidisciplinari*, Erickson, Trento, 2009, 309-333; C. BARNAO, *Autoetnografia e interazionismo simbolico: un modo di essere e di vedere il mondo*, in *Sociologia Italiana – AIS Journal of Sociology*, 10/2017, 221-233. Alcuni embrionali risultati della mia ricerca sono stati già pubblicati in: C. BARNAO, *Autorità, autoritarismo e apprendimento*, cit.; C. BARNAO, P. SAIITA, *Autoritarismo e costruzione*, cit.; C. BARNAO, P. SAIITA, *Costruire guerrieri. Autoritarismo e personalità fasciste nelle forze armate italiane*, in C. RINALDI (a cura di), *La violenza normalizzata. Omofobie e transfobie nella società contemporanea*, Kaplan, Torino, 2013, 261-286; C. BARNAO, P. SAIITA, “Pump!”: *The Construction of Fascist Personalities in the Italian Armed Forces*, in *Capitalism Nature Socialism*, 25.2/2014, 75-93.

socializzazione, l'unità di base, il gruppo primario. Quest'ultimo fornisce sostegno emotivo e indicazioni normative e valoriali precise ai suoi membri, durante tutto il processo di socializzazione addestrativa. L'addestramento, a sua volta, segue delle fasi ben definite durante le quali la recluta viene accompagnata nell'apprendimento di norme, valori, tradizioni, tecniche, ecc. che segnano il suo passaggio dalla vita "civile" a quella "militare". Insieme con il gruppo primario, l'altro elemento di base indispensabile per la socializzazione militare sono i rituali. Attraverso di essi norme e valori specifici vengono appresi e rinforzati, anche al di fuori del contesto formale e rigido dell'addestramento, per tutto il resto della vita militare. La parte conclusiva del mio lavoro tratterà il collegamento esistente tra tortura e addestramento militare. La tortura è sempre più presente nell'azione militare contemporanea, praticata da militari in azioni che sono espressione del *primato della sicurezza*, in particolare all'indomani dell'11 settembre 2001. Ma il collegamento profondo tra tortura e addestramento non si ferma qui. L'addestramento militare, infatti, può essere considerato esso stesso una forma di tortura, un *torturative training*, in quanto utilizza a sua volta, tecniche, dinamiche interazionali, e modello psicologico di riferimento, tipici della tortura.

2. Alla ricerca del soldato perfetto: tra realtà e tipo ideale

In the Army, training is everything and everything we do is training²⁸.

2.1. La technowar

L'addestramento militare è funzione della guerra che si prevede di combattere. Il modello di soldato che si persegue, cioè, è condizionato dal

²⁸ A. F. PIGGEE, *The Next Evolution of Army Training*, in *Army Sustainment*, March-April/2017, 4-5.

tipo di guerra che si combatte. Nel corso della storia spesso è stata la tecnologia a influenzare in maniera determinante il modo di combattere le guerre²⁹. L'uso dei metalli, l'invenzione della polvere da sparo, hanno introdotto dei cambiamenti determinanti e, possiamo dire in alcuni casi, paradigmatici nel modo in cui venivano combattute le battaglie e, di conseguenza, nel modo in cui venivano addestrati i soldati per combatterle.

Venendo ai cambiamenti più recenti, a partire dalla II guerra mondiale, si sono avute delle trasformazioni particolarmente importanti nel modo di combattere le guerre e, quindi, di addestrare i militari a causa di alcune specifiche rivoluzioni tecnologiche e scientifiche³⁰. Simbolicamente si può fare risalire all'uso della bomba atomica l'inizio di quella che è chiamata la *technowar*³¹. È la guerra che parte dal presupposto che essa verrà vinta da chi detiene e sviluppa la migliore tecnologia (così come è successo con la bomba atomica durante la II guerra mondiale). La tecnologia, così, non è più uno dei tanti elementi importanti, ma diventa l'elemento determinante per la vittoria di una guerra. In questo tipo di guerra i soldati sono addestrati come dei veri "specialisti" e la guerra si combatte sulla base della *managerial science*. Tutti gli sforzi di chi combatte sono concentrati nel massimizzare il numero di vittime tra i

²⁹ «Technology—finding the right weapons [...]—is one of the most important factors that determine the shape of warfare at any given time and place» (M. CREVELD, *More on war*, Oxford University Press, 2017, 5).

³⁰ L'importanza della tecnologia nei combattimenti può apparire come qualcosa di scontato, ma non è così. Testi classici sulla guerra, come quelli di Sun Tzu (SUN TZU, *The art of war*, in *Strategic Studies*, Routledge, 2008, 63-91) e C. VON CLAUSEVITZ, *op. cit.*, danno scarsa importanza alla tecnologia, probabilmente perché scritti in momenti storici in cui i conflitti venivano combattuti da contendenti che usavano armamenti che si equivalevano in termini di tecnologia (cfr. M. CREVELD, *More on war*, cit.).

³¹ Per tutto ciò che riguarda la *technowar* si veda: J. W. GIBSON, *The perfect war: Technowar in Vietnam*, Atlantic Monthly Press, 2000.

nemici, quali che siano i mezzi utilizzati. Tutto ciò, ovviamente, sulla base di una cieca fiducia nel potere della tecnologia di distruzione.

L'addestramento, corrispondente a questo tipo di guerra, è quello di un soldato professionista, spesso altamente specializzato, capace quindi di utilizzare al meglio la tecnologia per distruggere il nemico. Riducono la propria importanza (parliamo solo di una tendenza, ovviamente) tutte quelle caratteristiche che ci si aspettava in passato da parte di un soldato che fosse in grado di combattere faccia a faccia con il nemico, magari andando oltre le sue linee, sulla base di una grande resistenza e preparazione fisica e una grande capacità di resistere alla pressione psicologica³².

Con la *technowar* si combatte un tipo di guerra molto diversa dalle precedenti. Il conflitto viene combattuto principalmente con la tecnologia capace di grandi distruzioni, e il combattente rimane ad una notevole distanza fisica dal proprio nemico. Diversamente dagli esseri umani, gli armamenti tecnologici «non hanno sentimenti» e «non hanno morale. Non richiedono leadership, non richiedono esempi, non richiedono ricompense o disciplina [...]. Non rifiutano ordini, non dimenticano quanto hanno appreso, e non commettono errori. La loro capacità di attenzione non diminuisce e non si stancano mai»³³. L'inizio della guerra fredda poi – con la corrispondente grande corsa agli armamenti nucleari e alla tecnologia ad essi collegata – avrebbe incrementato ulteriormente l'investimento economico nella *technowar* e la sua importanza.

Tuttavia questo tipo di guerra e l'addestramento militare ad essa corrispondente sarebbero stati presto messi in discussione dagli imprevisti e drammatici insuccessi degli Stati Uniti in Vietnam. I soldati in Vietnam si trovano spesso impreparati ad affrontare, infatti, situazioni molto diverse da quelle per le quali erano stati addestrati. In Vietnam si trovano

³² Per un approfondimento su questi temi si veda: M. CREVELD, *On future war*, New York, 1991; ID., *More on war*, cit.

³³ *Ivi*, 77.

in contesti in cui il loro strapotere tecnologico nei confronti del nemico e il loro corrispondente addestramento non danno i risultati sperati. Anzi, tutt'altro. Numerose le sconfitte in battaglia e particolarmente ostiche da affrontare le difficoltà impreviste. La guerra in Vietnam è espressione di una guerra nuova, in cui il conflitto aereo riduce la propria importanza³⁴. Il nuovo tipo di conflitto costringe i soldati americani spesso ad una inattesa prossimità con il nemico, fatta di combattimenti corpo a corpo, di pericoli legati alla possibilità di finire dietro le linee nemiche, di venire fatti prigionieri e torturati, con una costante e ulteriore difficoltà: quella di non riuscire distinguere sempre chiaramente tra popolazione civile e popolazione militare. Tutto questo genera nei militari comportamenti inattesi che avrebbero gettato le basi di una sostanziale sconfitta.

2.2. *Un nuovo tipo di conflitto armato*

Questo nuovo tipo di guerra – che avrebbe caratterizzato, seppur in contesti molto diversi gli uni dagli altri, la maggior parte dei conflitti successivi alla seconda guerra mondiale – è stata definita in diversi modi e da diversi punti di vista: guerra «ibrida»³⁵, guerra di «global

³⁴ Questo aspetto riguarderà anche molti dei conflitti successivi alla guerra in Vietnam (cfr. M. CREVELD, *More on war*, cit.). Nel caso della guerra in Iraq, ad esempio, è significativa la posizione del generale Shinseki, mentre era a capo dell'esercito americano: nella guerra irachena il conflitto non sarebbe stato risolto dalle guerre spaziali, dagli aerei e dai missili, ma da soldati nel combattimento a terra per il controllo postbellico del territorio (F. MINI, *op. cit.*, 52).

³⁵ G. F. HOFFMAN, *Conflict in the 21st Century: The Rise of Hybrid Wars*, Potomac Institute for Policy Studies, Arlington, VA, 2007, online: http://potomac institute.org/images/stories/publications/potomac_hybridwar_0108.pdf (ultimo accesso 3 luglio 2018).

counterinsurgency»³⁶, guerra di «bassa intensità»³⁷, guerra in un contesto di «sorveglianza globale»³⁸.

In generale, la letteratura sul tema concorda nell'affermare che i conflitti che caratterizzano questo nuovo tipo di guerra, hanno il comune denominatore di essere poco o per nulla convenzionali. Alcuni specialisti, in particolare, hanno chiamato la nuova categoria, *guerre di quarta generazione*³⁹, individuando alcune caratteristiche ben precise. Si tratta di guerre: a) complesse e lunghe; b) combattute con azioni di guerriglia, resistenza e terrorismo; c) decentralizzate; d) che coinvolgono anche le popolazioni civili; e) che utilizzano tecniche di manipolazione psicologica attraverso l'uso dei mass media; f) che sviluppano nel conflitto pressioni economiche, politiche, sociali e militari; g) in cui intervengono grandi network di comunicazione e di finanza; h) che sono spesso combattute da eserciti non regolari che si basano su strutture non rigidamente gerarchiche; i) in cui è difficile distinguere i "combattenti" da coloro che non lo sono.

Quest'ultimo aspetto appare come particolarmente rilevante e significativo. Si tratta, infatti, di «guerre tra la gente»⁴⁰ in cui spesso è difficile distinguere tra la popolazione "civile" e quella "militare". In modo simile, questo nuovo tipo di guerre, in cui i prigionieri non rientrano quindi in modo chiaro e netto nelle categorie standard dei "civili" e dei "combattenti", espongono gli eserciti a gravissime difficoltà rispetto a

³⁶ M. MORRIS, *Al Qaeda as insurgency*, in *Joint Force Quarterly*, 39/2005, 40-50; T. X. HAMMES, *The Sling and the Stone*, Zenith Press, St Paul, MN, 2004; ID., *War evolves into the fourth generation*, in *Contemporary Security Policy*, 26.2/2005, 189-221.

³⁷ F. KITSON, *Low intensity operations: Subversion, insurgency, peace-keeping* (vol. 165), Faber & Faber, London, 1971; M. CREVELD, *On future war*, cit.

³⁸ M. SHAW, *The New Western Way of War: Risk-Transfer War and its Crisis in Iraq*, Polity Press, Cambridge, 2005.

³⁹ T. X. HAMMES, *The Sling and the Stone*, cit.

⁴⁰ R. SMITH, *The Utility of Force. The Art of War in the Modern World*, Penguin-Allen Lane, New York, 2005.

come vengono trattati i detenuti di guerra. Questo tipo di problematica è esploso in modo dirompente ad esempio con lo scandalo delle torture nella prigione dell'esercito USA ad Abu Ghraib⁴¹.

Per combattere queste guerre non convenzionali e per superare gli enormi ostacoli che il “soldato tecnologico” nella guerra in Vietnam si è trovato ad affrontare con scarso successo, si persegue quindi la formazione di un nuovo tipo di soldato che deve essere individuato analizzando i principali problemi che il “soldato tecnologico” ha manifestato. Tra questi problemi possiamo principalmente ricordare: incapacità di gestire la paura, frustrazione e aggressività incontrollata, disobbedienza agli ordini (fino ad arrivare ad un vero e proprio rifiuto di combattere⁴²), e un incremento esponenziale di casi di *post traumatic stress disorder* (PTSD) per i veterani che tornano dal fronte⁴³.

⁴¹ Cfr. G. R. MASTROIANNI, G. REED, *op. cit.*; R. A. CALDWELL, *Fallgirls: Gender and the framing of torture at Abu Ghraib*, Ashgate Publishing Ltd, 2012. Può essere interessante notare come nelle pieghe dello sfumato e poco chiaro confine tra le figure di “civile” e di “combattente”, si inserisce la costruzione di una nuova categoria giuridica: *illegal enemy combatant*. Quest'ultimo, in quanto combattente nemico “illegale”, può quindi essere torturato, poiché viene «spogliato di ogni e qualsivoglia diritto, e così può sparire in un carcere segreto o lo si può rinchiudere in un campo di concentramento senza alcun controllo giudiziale e senza prevedere alcun termine o scadenza per la sua detenzione» (M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello stato di diritto*, Il Mulino, 2013, 98-99). Si viene così a creare uno stato d'eccezione nel diritto penale che ricorda ciò che avviene nel diritto internazionale a proposito della guerra preventiva: «In un certo senso la tortura sta al diritto penale come la guerra preventiva sta al diritto internazionale» (*Ivi*, 110).

⁴² Può essere utile ricordare, a questo proposito, la grande ribellione interna all'esercito americano che la guerra in Vietnam generò. Il cosiddetto G.I. Movement divenne espressione chiara di tale forte opposizione (cfr. D. CORTRIGHT, *Soldiers in Revolt: GI Resistance during the Vietnam War*, Haymarket Books, Chicago, 1975; J. LEWES, *Protest and Survive: Underground GI Newspapers during the Vietnam War*, Praeger Press, Westport, CT, 2003).

⁴³ Si vedano a questo proposito: C. R. FIGLEY, *Stress Disorders Among Vietnam Veterans: Theory, Research*, Routledge, 2014; J. R. DAVIDSON, H. S. KUDLER, W. B. SAUNDERS, R. D.

Il nuovo tipo ideale di soldato, quindi, deve essere addestrato a: a) un'obbedienza cieca; b) non essere empatico nei confronti del nemico; c) resistere alle violenze (fisiche e psicologiche) più estreme; d) rispondere in modo automatico e immediato agli stimoli provenienti dall'ambiente esterno. In generale, il nuovo soldato, deve ricevere un addestramento che produca una vera e propria «bullet proof mind»⁴⁴. Una “mente a prova di proiettile” consiste in uno stato psicologico, coltivato con l'addestramento, attraverso il quale il personale militare viene addestrato non solo a sopportare e superare le enormi fatiche fisiche del combattimento, ma anche gli immediati traumi psicologici legati all'atto di uccidere un altro essere umano o di essere testimoni di uccisioni e morti particolarmente violente. Come risultato di nuovi processi addestrativi, il nuovo tipo ideale di combattente è un killer più letale che mai, ed è meno soggetto a soffrire di stress e ansia nell'immediatezza del trauma⁴⁵.

Per raggiungere questi obiettivi formativi gli psicologi vengono coinvolti in modo massiccio nella stesura dei programmi addestrativi⁴⁶. In

SMITH, *Symptom and comorbidity patterns in World War II and Vietnam veterans with posttraumatic stress disorder*, in *Comprehensive Psychiatry*, 31.2/1990, 162-170.

⁴⁴ Cfr. J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, Springer, 2007; D. GROSSMAN, *On killing: The psychological cost of learning to kill in war and society*, Open Road Media, 2014. Sulla *bullet proof mind* si veda anche l'articolo del *New York Times Magazine*, 10 novembre 2002, consultabile all'indirizzo: <https://www.nytimes.com/2002/11/10/magazine/a-bulletproof-mind.html> (ultimo accesso: 11 novembre 2018).

⁴⁵ Per molti versi il soldato delle forze speciali, il “soldato ideale” (non empatico, non riflessivo e con una “bullet proof mind”) così costruito, può essere considerato la naturale controparte, dal punto di vista fenomenologico, dell'*illegal enemy combatant* (cfr. nota 41).

⁴⁶ Per un approfondimento sul tema dei collegamenti tra psicologia, amministrazione U.S.A. e tortura si veda: D. H. HOFFMAN *et al.*, *Report To The Special Committee Of The Board Of Directors Of The American Psychological Association. Independent Review Relating To Apa Ethics Guidelines, National Security Interrogations, And Torture*, 2015, consultabile: <https://www.apa.org/independent-review/revised-report.pdf> (ultimo accesso: 14 novembre 2018); A. W. MCCOY, *Cruel science: CIA torture and US foreign policy*, in *New England Journal of Public Policy*, 19.2/2005, 15; ID., *A question of*

particolare vengono coinvolti gli scienziati che – a partire dall’inizio della guerra fredda – si occupano di tortura e di *brainwashing*⁴⁷. È a loro che viene chiesto di individuare modelli addestrativi che blindassero le menti dei soldati. Le stesse scoperte scientifiche utilizzate per destabilizzare psicologicamente il nemico e ottenere da lui informazioni durante le azioni di tortura, sarebbero state utilizzate all’opposto per proteggere la mente dei soldati dallo stress del combattimento e per costruire dei combattenti che fossero obbedienti in modo cieco⁴⁸. Infatti

Modern combat training conditions soldiers to act reflexively to stimuli – such as fire commands, enemy contact, or the sudden appearance of a “target” – and maximises soldiers’ lethality, but it does so by bypassing their moral autonomy. Soldiers are conditioned to act without considering the moral repercussions of their actions; they are enabled to kill without making the conscious decision to do so⁴⁹.

Le caserme diventano, in questo modo, dei veri e propri laboratori dove vengono applicate le più avanzate tecniche di apprendimento legate alla psicologia comportamentista (Pavlov⁵⁰) e, in particolare, al

torture, cit.; ID., *Torture and impunity: The US doctrine of coercive interrogation*, University of Wisconsin Pres, 2012.

⁴⁷ Cfr. A. W. MCCOY, *Cruel science*, cit.; ID., *A question of torture*, cit.; ID., *Torture and impunity*, cit.

⁴⁸ Cfr. D. GROSSMAN, *op. cit.*; J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit. Il ruolo degli psicologi sarebbe divenuto sempre più importante e strutturale all’interno delle forze armate. Negli USA, ad esempio, si sarebbe arrivati alla definizione di una vera e propria specifica area disciplinare della psicologia militare strutturata all’interno delle forze armate: la *operational psychology* (T. J. WILLIAMS, J. J. PICANO, R. R. ROLAND, L. M. BANKS, *Introduction to operational psychology*, in *Military psychology: Clinical and operational applications*, 2006, 193-214).

⁴⁹ P. KILNER, *Military leaders’ obligation to justify killing in war*, in *Military Review*, 82.2/2002, 24.

⁵⁰ I. P. PAVLOV, *Conditional Reflexes*, Dover Publications, New York, 1927.

condizionamento operante (Skinner⁵¹): all'interno delle istituzioni totali militari⁵² si controllano le variabili legate a stimoli diversi (che si suppone i soldati riceveranno in combattimento) nei confronti dei quali i soldati apprendono, in modo automatico, le riposte adeguate che dovranno poi replicare durante il reale conflitto con il nemico⁵³.

Come vedremo più avanti, questo modello psicologico di riferimento diventa poi trasversale a tutto il periodo della socializzazione in caserma, intervenendo sia nei programmi addestrativi formali, sia in tutta la ritualità informale dell'istituzione militare. I soldati per eccellenza che vengono addestrati per combattere il nuovo tipo di conflitto non convenzionale, sono i corpi speciali⁵⁴. Sono loro i "soldati perfetti" del nuovo modello di combattente. Nessuno come loro viene addestrato alla non-riflessività, alla non-empatia per il nemico, alla resistenza alle condizioni più estreme da un punto di vista fisico e psicologico⁵⁵.

Il modulo di addestramento che, forse, più di ogni altro testimonia questa nuova tendenza addestrativa – e che non a caso è forse il

⁵¹ B. F. SKINNER, *The behavior of organisms: an experimental analysis*, Appleton-Century, New York, 1938.

⁵² E. GOFFMAN, *Asylums*, cit.

⁵³ Il collegamento tra addestramento militare e psicologia comportamentista è profondo e ha radici lontane: fin dai primi esperimenti sui piccioni da parte di Skinner attraverso i quali, il padre del condizionamento operante, cercava di addestrare i volatili a indirizzare i missili su obiettivi militari (B. F. SKINNER, *Pigeons in a pelican*, in *American Psychologist*, 15.1/1960, 28-37). Erano gli anni della II guerra mondiale e l'amministrazione statunitense, aveva finanziato, con un assegno iniziale di 25.000 dollari, il "Project Pigeon" di Skinner. Il coinvolgimento degli psicologi – ed in particolare degli psicologi comportamentisti - negli affari militari, sarebbe continuato nel tempo e, anzi, si sarebbe ulteriormente sviluppato, specie con l'inizio della guerra fredda. Per ovvie ragioni di spazio non mi è possibile descrivere e sviluppare nel dettaglio il tema. Per un approfondimento sull'uso dell'approccio comportamentista in ambito militare si vedano: D. GROSSMAN, *op. cit.*; e J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit.

⁵⁴ W. C. COCKERHAM, *The military*, cit.

⁵⁵ Cfr. J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, 166.

programma addestrativo maggiormente identificativo di qualsiasi forza speciale in giro per il mondo – è il programma SERE⁵⁶. L'acronimo SERE sta per Survival, Evasion, Resistance and Escape (Sopravvivenza, Evasione, Resistenza e Fuga). Si tratta di un programma di addestramento avanzato che utilizza tecniche specifiche per addestrare i militari a resistere e a sopravvivere in contesti ambientali estremi e a forme di interrogazione ostili e alla tortura, nel caso fossero catturati da nemici che non rispettano le convenzioni di Ginevra. Il programma SERE viene istituito dalla United States Air Force alla fine della guerra di Corea (1950-1953) ed esteso durante la guerra del Vietnam (1959-1975) a esercito, marina e marines. Il programma nasce come tentativo di risposta al drammatico problema dei *Prison of War* (POW), quei militari, cioè, che – essendo finiti dietro le linee nemiche – avevano vissuto l'esperienza brutale di violenze, torture, isolamento e tutto ciò che riguarda la privazione ad esse connessa, e una volta tornati in patria manifestavano drammatici problemi fisici e psicologici⁵⁷. La scuola del programma SERE

⁵⁶ Per un approfondimento sulla storia e le principali caratteristiche di questo tipo di addestramento, si vedano:

A. P. DORAN, G. HOYT, C. A. MORGAN III, *Survival, evasion, resistance, and escape (SERE) training*, in *Military psychology: Clinical and operational applications*, 2012, 306; J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit.

⁵⁷ I militari catturati e detenuti come POW manifestano tassi significativamente più alti di trauma fisico ed emotivo rispetto ai militari che non vivono l'esperienza della prigionia (cfr. D. BABIĆ, O. SINANOVIĆ, *Psychic disorders in former prisoners of war*, in *Medicinski arhiv*, 58.3/2004, 179-182; Z. SOLOMON, Y. NERIA, A. OHRY, M. WAYSMAN, K. GINZBURG, *PTSD among Israeli former prisoners of war and soldiers with combat stress reaction: A longitudinal study*, in *American Journal of Psychiatry*, 151.4/1994, 554-559), tassi altissimi di PTSD e altre problematiche legate alla malattia mentale (cfr. P. B. SUTKER, A. N. ALLAIN Jr, *Assessment of PTSD and other mental disorders in World War II and Korean Conflict POW survivors and combat veterans*, in *Psychological Assessment*, 8.1/1996, 18). Inoltre i veterani di guerra POW rispetto ai non-veterani POW presentano maggiori tassi di alcolismo (J. R. RUNDELL, R. J. URSANO, H. C. HOLLOWAY, E. K. SILBERMAN, *Psychiatric responses to trauma*, in *Psychiatric Services*, 40.1/1989, 68-74), di depressione (W. F. PAGE, B. E. ENGBAHL, R. E. EBERLY, *Prevalence and correlates of*

nasce, quindi, per addestrare e proteggere il più possibile i militari dallo stress e dalla violenza che avrebbero potuto incontrare qualora fossero stati fatti prigionieri dal nemico. Per quanto riguarda la resistenza ad interrogatori e alla tortura, in particolare, il programma consiste in pressioni e violenze fisiche e psicologiche, che agiscono come tecniche di contro-resistenza, replicando condizioni estreme a cui i militari possono andare incontro se catturati e tenuti in ostaggio. Parte del programma di addestramento consiste nel sottoporre i militari addestrandoli a varie forme di abuso e di tortura, come deprivazione del sonno, umiliazione sessuale e culturale (nudità forzata, posizioni stressanti, isolamento) e “waterboarding”⁵⁸.

depressive symptoms among former prisoners of war, in *Journal of Nervous and Mental Disease*, 1991), di disordini legati all’ansia (E. J. HUNTER, *Isolation as a Feature of the POW Experience: A Comparison of Men with Prolonged and Limited Solitary Confinement*, in *Proceedings of the International Conference on Psychological Stress and Adjustment in Time of War and Peace*, Tel Aviv, 1975; W. T. QUERY, J. MEGHAN, G. McDONALD, *Applying posttraumatic stress disorder MMPI subscale to World War II POW veterans*, in *Journal of Clinical Psychology*, 42.2/1986, 315-317), di difficoltà relazionali (J. M. COOK, D. S. RIGGS, R. THOMPSON, J. C. COYNE, J. I. SHEIKH, *Posttraumatic stress disorder and current relationship functioning among World War II ex-prisoners of war*, in *Journal of Family Psychology*, 18.1/2004, 36) e di invecchiamento prematuro (J. F. RUSSELL, *The captivity experience and its psychological consequences*, in *Psychiatric Annals*, 14.4/1984, 250-254).

⁵⁸ È da notare come nel dicembre 2014 nel famoso report reso pubblico dal Comitato ristretto per l’intelligence del Senato degli Stati Uniti (Senate Select Committee on Intelligence, *Committee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program*, 2014, consultabile all’indirizzo: https://www.repubblica.it/esteri/2014/12/09/news/stati_uniti_ecco_il_rapporto_del_senato_sulle_torture_della_cia-102493992/ [ultimo accesso: 14 novembre 2018]) si confermava l’uso negli interrogatori delle tecniche di interrogazione del programma SERE. Si confermava, cioè, in via ufficiale ciò che già da tempo diverse inchieste giornalistiche avevano anticipato: esisteva un collegamento diretto fra coloro che addestravano i militari dei corpi speciali e coloro che avevano interrogato e interrogavano (e torturavano) i detenuti nelle carceri militari di Guantanamo, Bagram, Abu Ghraib. Medesime erano le procedure, talvolta medesime erano gli attori protagonisti. Il caso più famoso è, forse, quello del colonnello (e

3. Addestramento militare e micro-sociologia

3.1. Culture militari e istituzione totale

Quale che sia il modello addestrativo perseguito, quale che sia il tipo ideale di soldato che si vuole ottenere, esistono alcune dinamiche interazionali e di gruppo che sono comuni a tutti i percorsi di formazione dei soldati. Gli studi microsociologici sulle istituzioni militari centrano la propria attenzione sulle forze armate da un punto di vista organizzativo. La guerra, infatti, per definizione è un'attività sociale basata su un qualche tipo di organizzazione⁵⁹. L'organizzazione militare è un'organizzazione portatrice di norme, valori, rituali, forme di socializzazione specifiche⁶⁰. Berger e Luckmann⁶¹ fanno una descrizione accurata di questi aspetti, mettendo in evidenza che il mondo interiorizzato durante la socializzazione secondaria⁶² (come è il caso dell'esperienza addestrativa

psicologo) Morgan Banks. Il caso esplose in seguito ad un'inchiesta pubblicata dal *New Yorker* nel luglio 2005 (<https://www.newyorker.com/magazine/2005/07/11/the-experiment-3> – pagina consultata il 7 luglio 2018). Torneremo in seguito sul collegamento tra il programma SERE e le pratiche di tortura.

⁵⁹ M. CREVELD, *On future war*, cit., 157.

⁶⁰ W. C. COCKERHAM, *The military*, cit., 491.

⁶¹ P. L. BERGER, T. LUCKMANN, *The Social Construction of Reality*, Anchor, Garden City, 1967.

⁶² Intendiamo qui per *socializzazione* l'insieme dei processi attraverso i quali viene trasmesso il patrimonio culturale di una società. Possiamo distinguere la socializzazione in *socializzazione primaria* (quella che va dalla nascita all'età scolare di un individuo) e *socializzazione secondaria* (quella che inizia con l'ingresso nel mondo della scuola e che accompagna l'individuo per tutta la sua vita, fino alla morte). I percorsi addestrativi militari, sulla base di una classificazione di questo tipo, rientrano nei processi di socializzazione secondaria o – come vedremo in seguito – in quella che può essere chiamata “risocializzazione”, cioè una vera e propria nuova socializzazione, speciale nel suo genere, per distinguerla da tutti gli altri “normali” processi di socializzazione che caratterizzano la socializzazione secondaria. Per un approfondimento sul tema della

dei militari) è una realtà caratterizzata da coesione sociale, da norme sociali, da contenuti affettivi e da componenti cognitive. Si tratta di elementi che caratterizzano quella che possiamo definire una vera e propria cultura militare.

Quella militare è una cultura fatta di norme, canti, linguaggi, modi di pensare, ecc., che viene socializzata, trasmessa, a individui che sono «reclute da plasmare», «infanti da educare», attraverso quella che può essere definita una vera e propria regressione verso una psicologia infantile⁶³. Goffman parla di analoghi sentimenti di infantilismo all'interno delle istituzioni totali⁶⁴. Egli, infatti, fa esplicito riferimento alle punizioni e alla funzione che esse svolgono all'interno delle istituzioni totali:

Ci sono alcuni aspetti del sistema dei privilegi che dovremmo qui analizzare. Primo, punizioni e privilegi sono essi stessi modalità organizzative, tipiche delle istituzioni totali. Di qualunque grado sia la loro severità, le punizioni sono conosciute nel mondo familiare dell'internato come mezzi usati abitualmente nei confronti di animali e bambini: infatti questo sistema, tendente a condizionare il comportamento, non è altrettanto largamente usato con gli adulti, dato che l'incapacità a mantenere il modello di vita richiesto porta di solito a svantaggi indiretti ad essa conseguenti, non certo ad una punizione specifica immediata. Bisogna inoltre notare che nelle istituzioni totali i privilegi non corrispondono a ciò che si considera come privilegio nel mondo esterno (profitti, favori o valori) ma semplicemente all'assenza di privazioni cui nessuno presume, abitualmente, di dover sottostare. Il concetto stesso di punizione e di privilegio non corrisponde al significato che esso assume nel mondo «civile»⁶⁵.

socializzazione, si veda: A. GIDDENS, *Institutions, Reproduction, Socialisation*, in *Central Problems in Social Theory*, Palgrave, London, 1979, 96-130.

⁶³ F. BATTISTELLI, T. AMMENDOLA, L. GRECO, *Manuale di sociologia militare*, Franco Angeli, Milano, 2008, 98.

⁶⁴ E. GOFFMAN, *Asylums*, cit.

⁶⁵ E. GOFFMAN, *Asylums*, cit. (trad. it.: E. GOFFMAN, *Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Ed. Di Comunità, Torino, 2001, 89).

Alcuni studi microsociologici sull'istituzione militare hanno infatti messo in evidenza come questa sia un'istituzione totale. Le istituzioni totali (ad esempio il carcere, il monastero, la caserma, il reparto psichiatrico) sono istituzioni che controllano il comportamento di chi ne fa parte in modo "totale" attraverso una serie dettagliata di norme che regolano (spesso nei minimi particolari) tutti i comportamenti da tenere al loro interno. Gli individui che vivono all'interno di una di queste istituzioni, lì vivono la totalità o quasi delle proprie relazioni quotidiane, dei propri ruoli. Si tratta di istituzioni che, normalmente, sono caratterizzate da una grande separazione rispetto all'esterno e di cui è difficile avere informazioni su ciò che accade al loro interno. Ovviamente c'è differenza tra il controllo sul comportamento individuale di chi vive all'interno di un carcere, rispetto al controllo sul comportamento di chi vive all'interno di un monastero. Tuttavia alcune caratteristiche e dinamiche interazionali sono comuni a tutte le istituzioni totali.

Queste caratteristiche dell'istituzione militare sono particolarmente importanti da due punti di vista. Da una parte ci spiegano i motivi della difficoltà di avere informazioni su di essa. L'istituzione totale possiamo dire che *per definizione* non dà (o dà pochissime) informazioni su ciò che accade al suo interno. Dall'altra parte l'essere un'istituzione totale evidenzia la capacità di controllo dell'istituzione militare sulle attività degli individui che ne fanno parte e – in particolare per quello che è il nostro oggetto di studio – mette in evidenza il controllo totale che essa ha delle pratiche addestrative (formali e informali) che si svolgono al suo interno. I quadri dirigenti dell'esercito controllano in ogni dettaglio quelle che sono le attività addestrative all'interno dell'istituzione militare e tramandano, attraverso processi di socializzazione, le culture di cui sono detentori.

La ricerca di Zurcher⁶⁶ ha avuto per oggetto la vita dei marinai su una nave da combattimento, intesa quest'ultima come una vera e propria istituzione totale. Tutti i differenti aspetti della vita quotidiana dei marinai si svolgevano sulla nave, sotto la stessa comune autorità che impartiva ordini ben precisi che scandivano in modo preciso ogni attività dei singoli durante la giornata, sulla base di una generale pianificazione razionale. Esistevano all'interno di quel mondo nettamente separato dall'esterno, tutta una serie di rituali specifici e un linguaggio proprio e praticamente incomprensibile all'esterno di quella realtà. Quando si arrivava in un porto amico, i marinai, sbarcando a terra, uscivano da quell'istituzione totale trovando la propria "libertà" nel mondo esterno.

All'interno della generale cultura militare, si possono individuare tante diverse subculture. Esistono ad esempio differenti subculture (fatte di norme, valori, canti, divise, ecc.) a seconda del corpo, del reggimento, del plotone, della squadra di appartenenza del militare. La subcultura militare che, al suo interno, contiene il nucleo fondante, gli aspetti essenziali e fondamentali della più generale cultura militare, è quella dei corpi speciali. Come abbiamo già anticipato, le forze speciali sono addestrate per combattere in situazioni di guerra non convenzionale (imboscate, guerriglia, ecc.) in aree controllate dal nemico. Tra le forze speciali, i paracadutisti militari (*paratroopers*), ad esempio, sono considerati i migliori soldati, ma ciò non ha nulla a che fare con il fatto che saltano da un aereo. Si tratta, piuttosto, di una convinzione legata al fatto che: sono volontari, il loro addestramento è particolarmente duro e vigoroso, le loro unità sono forti e coese, i loro comandanti sono individui carismatici, hanno una particolare propensione al combattimento⁶⁷.

⁶⁶ L. A. ZURCHER JR, *The sailor aboard ship: A study of role behavior in a total institution*, in *Social Forces*, 43.3/1965, 389-400.

⁶⁷ Cfr. W. C. COCKERHAM, *Attitudes toward Combat among US Paratroopers*, in *JPMS: Journal of Political and Military Sociology*, 6.1/1978, 1; W. S. JUST, *Military men*, Alfred A. Knopf, 1970; D. R. SEGAL, J. J. HARRIS, J. M. ROTHBERG, D. H. MARLOWE, *Paratroopers as peacekeepers*, in *Armed Forces & Society*, 10.4/1984, 487-506.

Le forze speciali sono, per molti versi, esse stesse da considerarsi un'istituzione totale all'interno della più generale istituzione totale militare⁶⁸. I *Green Berets* (il soprannome con cui sono conosciuti le forze speciali dell'esercito statunitense) sono un esempio in questo senso. Sono cioè una società chiusa, all'interno di una società chiusa. Si tratta, infatti, di un corpo speciale: a) per molti aspetti isolato dal resto dell'istituzione militare; b) costituito da tanti piccoli gruppi primari (squadre), c) che condividono reciprocamente una comune e precisa subcultura, distinta da quella generale dell'istituzione militare. Normalmente gli appartenenti ai corpi speciali frequentano principalmente persone appartenenti a quello stesso mondo.

3.2. Gruppo primario

Il livello macro sociale influenza solo in parte il comportamento dei soldati. Sono invece le unità dei soldati, i piccoli gruppi, che costruiscono lo specifico "mondo" dei singoli soldati, all'interno della più generale organizzazione militare⁶⁹. Il principale agente di socializzazione (cioè l'agente protagonista dei processi di trasferimento della specifica cultura oggetto della socializzazione) durante la vita militare è senz'altro il gruppo primario. Il *gruppo primario*⁷⁰ è un concetto che ha influenzato tutti i principali studi sulle istituzioni militari. Secondo Cooley il gruppo primario è un gruppo «characterized by intimate face-to-face association and cooperation» ed è primario in quanto è «fundamental in forming the social nature and ideals of the individual»⁷¹. Si tratta dell'unità di base, del piccolo gruppo di militari, all'interno del quale un militare vive la maggior

⁶⁸ W. C. COCKERHAM, *The military*, cit.

⁶⁹ *Ivi*, 498.

⁷⁰ C. H. COOLEY, *Social Organization*, Schokhen, New York, 1962.

⁷¹ *Ivi*, 23.

parte della sua esperienza. La fusione degli individui nel gruppo produce comuni e profondi sentimenti di appartenenza, un sentire comune. L'essenza del gruppo primario è il suo carattere emozionale e funzionale⁷². Il suo carattere emozionale è ciò che dà coesione al gruppo, il suo carattere funzionale è espresso dalle attività che al suo interno svolgono i suoi membri. Nell'istituzione militare il gruppo primario è in genere costituito da un'unità di piccole dimensioni (ad es. squadra, plotone), composto da un numero limitato di persone che hanno sviluppato un modo comune di adattarsi all'ambiente e di comportarsi al suo interno⁷³.

In generale, all'interno delle istituzioni militari, le principali condizioni che spingono gli individui a delle relazioni particolarmente significative all'interno dei gruppi primari (unità addestrative o operative) di cui fanno parte, sono le seguenti: a) le loro affiliazioni pre-militari sono interrotte e i loro status sociali non-militari non sono importanti; b) il militare è isolato dagli altri gruppi sociali; c) la vita militare è così diversa da quella civile che i gruppi primari della vita civile non sono in grado di fornire un supporto socio-psicologico; d) la interdipendenza funzionale delle persone che costituiscono un'unità militare tende ad essere un sistema sociale chiuso, a causa della natura particolarmente specialistica delle attività che si svolgono al suo interno⁷⁴.

L'importanza del gruppo primario all'interno dell'istituzione militare è stato il principale aspetto messo in rilievo dal pionieristico lavoro di sociologia militare *The American Soldier*⁷⁵ in cui sono stati studiati i comportamenti di piccoli gruppi durante la II guerra mondiale. In

⁷² E. FARIS, *The primary group: essence and accident*, in *American Journal of Sociology*, 38.1/1932, 41-50.

⁷³ W. C. COCKERHAM, *The military*, cit., 498.

⁷⁴ C. H. COATES, R. J. PELLEGRIN, *Military sociology: A study of American military institutions and military life*, Social Science Press, 1965.

⁷⁵ S. A. STOFFER, A. A. LUMSDAINE, M. H. LUMSDAINE, R. M. WILLIAMS JR, M. B. SMITH, I. L. JANIS, L. S. COTTRELL JR, *The American soldier: Combat and its aftermath*, in *Studies in social psychology in World War II*, voll. 1-2, 1949.

particolare, in combattimento, il gruppo primario svolgeva due principali funzioni: 1) indicava ed enfatizzava le regole corrette di comportamento; 2) dava supporto all'individuo nelle situazioni di stress. I legami di gruppo possono diventare, infatti, particolarmente forti in situazioni di stress, pericolo, privazione, soprattutto quando non esistono soluzioni di fuga in situazioni in cui vi è una minaccia esterna al gruppo⁷⁶. Alcune ricerche sui soldati americani⁷⁷ e tedeschi⁷⁸ durante la seconda guerra mondiale sono arrivate a simili conclusioni rispetto all'importanza del gruppo primario in combattimento.

Vi sono altri importanti studi che evidenziano le dinamiche di gruppo e l'appartenenza ad una comune subcultura da parte dei militari. Hockey⁷⁹ ha studiato una compagnia della fanteria dell'esercito britannico nella sua vita di caserma, nelle esercitazioni sul campo, e nelle operazioni di combattimento in Nord Irlanda. Lo studioso si è concentrato sulla subcultura dei soldati nei differenti aspetti della loro vita quotidiana. Egli ha notato come lo sviluppo dell'empatia e dell'affettività tra i membri del gruppo primario venisse rinforzata in modo continuo dalle attività addestrative: ognuno del gruppo veniva addestrato a coordinare i propri movimenti, sul campo di battaglia, con quelli degli altri in modo da ottenere tutti una reciproca copertura e protezione contro eventuali attacchi del nemico. La continua e incessante ripetizione di esercizi e simulazioni serviva a insegnare ai membri del gruppo primario come rispondere in modo automatico nelle reali situazioni di combattimento.

⁷⁶ A. KELLETT, *Combat Motivation: The Behavior of Men in Battle*, Kluwer-Nijhoff Pub., Hingham, Mass., 1982; S. L. A. MARSHALL, *Men against fire: The problem of battle command*, University of Oklahoma Press, 2000.

⁷⁷ S. L. A. MARSHALL, *op. cit.*

⁷⁸ E. A. SHILS, M. JANOWITZ, *Cohesion and disintegration in the Wehrmacht in World War II*, in *Public Opinion Quarterly*, 12.2/1948, 280-315.

⁷⁹ J. C. HOCKEY, *Squaddies Portrait of a Subculture*, Liverpool University Press, 2006; ID., *Putting down smoke: Emotion and engagement in participant observation*, in *Qualitative research: the emotional dimension*, 1996, 12-27.

Ovviamente le relazioni all'interno del gruppo primario non costituiscono l'unica fonte di motivazioni al combattimento. Lo spirito di corpo, l'addestramento, la disciplina, la leadership, l'ideologia e il patriottismo sono stati individuati come elementi particolarmente importanti a questo proposito⁸⁰. Tuttavia i legami fondamentali che uniscono gli individui all'interno delle piccole unità militari e li motivano a supportarsi reciprocamente, rimangono quelli del gruppo primario⁸¹. Attraverso il gruppo primario vengono trasmessi all'individuo norme, valori, attitudini, standard di comportamento. Si tratta di elementi che non riguardano tanto (e solo) il gruppo primario in senso stretto, ma riguardano piuttosto la più estesa comunità militare. I concetti di dovere, patria, onore, spirito di corpo sono trasmessi attraverso il gruppo primario quale che sia la subcultura specifica di appartenenza del proprio gruppo (marina, esercito, aviazione, ecc.). In sintesi il comportamento individuale nelle organizzazioni militari è guidato e sostenuto – a livello micro – dalle relazioni del gruppo primario e influenzato da elementi simbolici del gruppo quali norme, valori, attitudini militari⁸².

3.3. Socializzazione, addestramento, e risocializzazione militare

Dallo studio etnografico di Faris⁸³ sull'addestramento di base e avanzato della fanteria, emerge come le reclute vengano effettivamente socializzate ad accettare i valori e norme che sono specifici della cultura

⁸⁰ Cfr. J. H. FARIS, *The looking-glass army: Patriotism in the post-Cold War era*, in *Armed forces & society*, 21.3/1995, 411-434; A. KELLETT, *op. cit.*

⁸¹ W. C. COCKERHAM, *The military*, cit.

⁸² *Ivi*, 501.

⁸³ J. H. FARIS, *The impact of Basic Combat Training: The role of the drill sergeant in the all-volunteer Army*, in *Armed Forces & Society*, 2.1/1975, 115-127.

militare. Uno studio di Wamsley⁸⁴ sull'aeronautica sostiene che la socializzazione militare comporta un sostanziale cambiamento nelle attitudini e nei valori di coloro che vengono socializzati.

Ma in che modo la cultura e le subculture militari corrispondenti, vengono trasmesse ai militari che fanno parte dell'istituzione? Quali sono, cioè, le caratteristiche dei processi di socializzazione militare?

Se intendiamo per socializzazione l'insieme dei processi attraverso i quali viene trasmesso un determinato patrimonio culturale, l'addestramento militare può essere considerato una risocializzazione, cioè una nuova socializzazione. Si tratta cioè di una nuova socializzazione di cui è protagonista chi è già socializzato ad una vita da "civile", ma che viene (nuovamente) socializzato ad una nuova cultura, quella "militare". Il protagonista di questo processo è un individuo che vive da una parte la disgregazione dell'orizzonte normativo e valoriale precedentemente acquisito (quello della vita da "civile") e dall'altra l'apprendimento di una nuova cultura (regole, valori di orientamento, linguaggi, canzoni, ecc.) necessaria per agire in un nuovo contesto (quello militare) completamente diverso da quello precedente.

Come già abbiamo visto si tratta di un nuovo orizzonte culturale che viene appreso all'interno di un'istituzione totale e che ha come agente socializzante protagonista il gruppo primario. È infatti attraverso l'azione quotidiana incessante e fondamentale del gruppo primario che il processo di risocializzazione del soldato si realizza. Il primo e, probabilmente, più importante processo di risocializzazione alla vita militare è quello relativo al *percorso addestrativo di base*⁸⁵ che accompagna la trasformazione

⁸⁴ G. L. WAMSLEY, *Contrasting institutions of Air Force socialization: happenstance or bellwether?*, in *American Journal of Sociology*, 78.2/1972, 399-417.

⁸⁵ Per *percorso addestrativo di base* intendiamo il modulo addestrativo iniziale di 10-12 settimane (ad es. 12 settimane per i marines statunitensi, così come per la maggior parte dei militari italiani) comune a tutti i militari di un determinato esercito, che li accompagna e li forma nel loro iniziale passaggio dalla vita "civile" alla vita "militare". In genere, in questo percorso formativo iniziale, vengono fornite le competenze di base

iniziale dell'individuo dalla vita "civile" a quella "militare". Un militare in carriera dell'esercito italiano, mi ha così descritto il *percorso addestrativo di base*:

È uguale per tutti. Ci sono tre fasi: Inferno, Purgatorio e Paradiso. Quando arrivi, i primi giorni, ti fanno sentire all'inferno, e te lo dicono! Ti dicono "benvenuto all'Inferno! Dimenticati la vita che facevi, quella comoda con la mamma che ti portava il caffè a letto, la mattina!". Alcuni non resistono a questa fase, ti sembra di essere un marziano, ti sembra di impazzire. Non ci capisci niente [...]. Poi arriva il Purgatorio. Iniziano ad addestrarti e inizi a capire come funziona. Il tuo istruttore diventa tuo padre e tua madre e inizi ad imparare. Si soffre molto anche in Purgatorio, ma almeno fai anche cose che sono divertenti. Impari a sparare, a marciare [...] diventi un soldato. [...] E poi c'è il Paradiso, quando ormai sei un vero soldato e ti comunicano in cosa di specializzerai.

Utilizzando la strumentazione concettuale proposta dall'antropologo Van Gennep⁸⁶ possiamo analizzare il processo di addestramento di base in alcune fasi ben precise. Qualsiasi processo addestrativo iniziale di socializzazione militare della recluta, infatti, è caratterizzato da tre fasi: una fase preliminare o di separazione, una fase di transizione, una fase di aggregazione⁸⁷.

Nella prima fase, quella di *separazione*, un individuo abbandona la posizione e le forme di comportamento precedenti. In questa fase si azzerano le abitudini precedentemente acquisite e l'orizzonte normativo e valoriale precedentemente appreso. L'obiettivo dell'istituzione militare in questa primissima fase (normalmente legata ai primi giorni di

legate all'educazione formale, ai regolamenti, all'utilizzo delle armi e dell'equipaggiamento, all'orientamento, alla forma fisica.

⁸⁶ A. VAN GENNEP, *Les rites de passage*, Paris, 1909.

⁸⁷ Cfr. C. BARNAO, *Autorità, autoritarismo e apprendimento*, cit.; M. HARITOS-FATOUROS, *The psychological origins of institutionalized torture*, Routledge, 2012; C. BARNAO, P. SAITTA, *Autoritarismo e costruzione*, cit.; IDD., *Costruire guerrieri*, cit.

addestramento in caserma) è quello di *destabilizzare e uniformare*⁸⁸. Spiazzare l'individuo, fargli perdere i precedenti punti di riferimento della vita civile. Tutto questo è presente in ogni azione quotidiana di questa fase attraverso rituali come ad esempio, nel caso delle nuove reclute, il taglio di capelli, la vestizione. Si tratta di pratiche che puntano evidentemente a cancellare valori, status e ruoli della "vita civile"⁸⁹. Alcuni dei principali strumenti educativi utilizzati sono la deprivazione del sonno, l'imposizione di posizioni stressanti, e azioni di violenza verbale, fisica e psicologica⁹⁰.

Nella seconda fase si passa ad un periodo di *transizione*. L'individuo non è né da una parte né dall'altra: si trova in uno spazio intermedio fra lo stato di partenza e quello d'arrivo. Nel caso dei corsi iniziali di addestramento per qualunque recluta, ad esempio, l'allievo ha abbandonato la propria posizione di "civile" grazie alla precedente fase, ma non è ancora un "militare" (non è ancora un "marine" se si sta addestrando per entrare in quel corpo; è solo un "allievo-paracadutista" se si sta addestrando per entrare nella brigata paracadutisti "Folgore", ecc.). *Affidarsi* può essere considerata la parola chiave di questo periodo. È una fase in cui, in genere, le relazioni tra le reclute non sono regolate da norme sempre chiare e il principale (se non l'unico e indiscusso) punto di riferimento è l'istruttore. È colui che sembra avere potere assoluto sulla vita quotidiana delle reclute. Tra l'istruttore e le reclute si instaura una relazione particolare che oscilla tra quella del "padre accogliente" e quella del "carnefice". Tra la figura di chi ti ascolta e ti aiuta in un momento di grande difficoltà (emotiva, psicologica) dettata dal grande cambiamento e quella di chi ti punisce in modo spietato e, talvolta, incomprensibile⁹¹. Tutte le attività sono volte a plasmare e a forgiare l'"anima militare"

⁸⁸ C. BARNAO, *Autorità, autoritarismo e apprendimento*, cit.; C. BARNAO, P. SAIITA, *Autoritarismo e costruzione*, cit.; IDD., *Costruire guerrieri*, cit.

⁸⁹ C. BARNAO, P. SAIITA, *Costruire guerrieri*, cit., 272.

⁹⁰ Cfr. C. BARNAO, *Autorità, autoritarismo e apprendimento*, cit.; C. BARNAO, P. SAIITA, *Costruire guerrieri*, cit.

⁹¹ Cfr. C. BARNAO, P. SAIITA, *Costruire guerrieri*, cit.

dell'attore sociale che di quella istituzione vuole entrare a far parte. Si imparano i rituali legati all'addestramento formale (marcia, saluto, ecc.), si dà impulso all'addestramento generico (si imparano le nozioni di base sulle armi, sul combattimento). Le azioni quotidiane sono ancora pervase dalla violenza e da strumenti educativi utilizzati dagli istruttori quali la privazione di sonno e cibo, utilizzo di posizioni stressanti e violenza psicologica.

L'ultima fase di qualsiasi percorso formativo militare è quella di *aggregazione*. In questa fase un individuo viene "introdotto nella società", assumendo uno stato relativamente stabile, avendo, cioè, diritti e doveri precisi. Nell'istituzione militare questa fase viene caratterizzata da rituali formali aggregativi come "il giuramento"⁹² e, spesso, anche da rituali informali di iniziazione⁹³.

3.4. *Rituali*

I rituali⁹⁴ sono un veicolo per trasmettere norme e valori culturali. Costituiscono infatti una vera e propria forma di condizionamento sociale attraverso il quale si sviluppa e si perpetua il processo di socializzazione del soldato. Attraverso i riti, l'addestramento e la socializzazione arrivano, infatti, anche in luoghi e tempi esterni a quelli dell'addestramento ordinario, rendendo di fatto "continuo" e "permanente" il processo di formazione del militare. I riti, di fatto, occupano la maggior parte del tempo del soldato e agiscono all'interno di tutte le principali interazioni

⁹² Cfr. F. BATTISTELLI, T. AMMENDOLA, L. GRECO, *op. cit.*, 100.

⁹³ Cfr. C. BARNAO, P. SAIITA, *Autoritarismo e costruzione*, cit.; IDD., *Costruire guerrieri*, cit.

⁹⁴ Definiamo *rituale* «un tipo di attività strutturata, orientata al controllo delle faccende umane, di natura eminentemente simbolica e con un referente non empirico, come una regola sancita socialmente» (R. FIRTH, *Elements of social organisation*, London, 1951, 222).

dell'istituzione militare: sia quelle legate all'addestramento in senso stretto (l'addestramento formale e istituzionale: marce, saluti, alzabandiera, ecc.), sia quelle legate alle altre più informali interazioni quotidiane (ad esempio quelle legate al tempo libero) rendendo, quindi, totalizzante l'addestramento anche in tempi esterni a quelli addestrativi formali⁹⁵. Secondo uno studio sull'addestramento di base dei cadetti dell'aviazione australiana, il rapporto tra il tempo dedicato ai rituali dell'addestramento formale (marce, cerimonie, ecc.) e il tempo dedicato all'addestramento ordinario (in quel caso di studio, acquisizione nozioni di diritto militare e "formazione del carattere") è di 3 a 1⁹⁶.

Alcuni studi sui rituali militari mettono in evidenza due principali effetti che essi hanno sulla formazione del soldato: la *cieca obbedienza* e la *deumanizzazione*. Esiste, infatti, uno stretto legame tra il "cameratismo" tra militari, rinforzato da rituali d'appartenenza di gruppo, e la cieca obbedienza che è a sua volta incoraggiata e rinforzata dalle diverse attività di addestramento al combattimento⁹⁷. I rituali insegnano ad obbedire in modo automatico, senza mettere in discussione gli ordini e le regole dell'istruttore, del gruppo, dell'istituzione militare in genere. L'obbedienza è cieca nel senso che è "non riflessiva". Si tratta, quindi, di un tipo di obbedienza che non è in grado di mettere in discussione l'ordine perché non ne valuta gli effetti⁹⁸.

L'altro effetto provocato da molti rituali è quello della "deumanizzazione" dell'altro. Attraverso rituali, soprattutto quelli violenti

⁹⁵ Cfr. D. WINSLOW, *Misplaced loyalties: The role of military culture in the breakdown of discipline in two peace operations*, in *Journal of Military and Strategic Studies*, 6.3/2004.

⁹⁶ E. J. STEVENSON, *Educating the community's 'cream': common military training at the Australian Defence Force Academy*, in *Australian Defence Force Journal*, 120/1996, 11.

⁹⁷ Cfr. D. WINSLOW, *op. cit.*

⁹⁸ Cfr. J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit.

legati all'*hazing*⁹⁹, i soldati sviluppano le caratteristiche di deumanizzazione e desensibilizzazione attraverso lo sviluppo di capacità di resistenza alla visione della sofferenza dell'altro da una parte, e la capacità di infliggere, con freddezza, pene e umiliazioni dall'altra¹⁰⁰.

L'analisi di un particolare rituale di un corpo speciale dell'esercito italiano ha evidenziato molte delle principali caratteristiche dei rituali militari fin qui considerate¹⁰¹. La *pompata* è il rituale (ben preciso e codificato) consistente nei piegamenti sulle braccia, all'interno della brigata paracadutisti "Folgore". Questa forma rituale di piegamenti, spesso ordinati come punizione da parte del superiore/addestratore nei confronti dell'inferiore/allievo che ha commesso un'infrazione, è probabilmente presente in tutti gli eserciti del mondo. All'interno della "Folgore" tuttavia è un rituale – con una specifica gestualità, uno specifico linguaggio e un preciso codice normativo e valoriale di riferimento – di fondamentale importanza. Da molti protagonisti, infatti, è addirittura considerato una

⁹⁹ Il termine inglese *hazing* viene tradotto dai principali dizionari con il termine italiano "nonnismo". Preferisco, tuttavia, usare il termine inglese poiché è più corrispondente al fenomeno a cui mi riferisco: quel generale fenomeno, cioè, caratterizzato dall'imposizione di estreme e, spesso, umilianti, pratiche come parte di un rigoroso e duro programma di addestramento o iniziazione, sia in ambito militare che in ambito civile, sia tra i militari di professione che tra i militari di leva. Il termine italiano viene, invece, purtroppo utilizzato normalmente con un significato strettamente legato all'esercito militare di leva. Il credere che il *nonnismo* sia un fenomeno legato principalmente, se non esclusivamente, ai militari di leva è una particolarità tutta italiana. Credo che il motivo di questa particolarità abbia origine in un intreccio di ragioni politiche e culturali, che forse sono le stesse che rendono particolarmente difficile studiare questo oggetto di ricerca. Per ovvie ragioni di spazio preferisco rinviare ad un'altra sede la discussione di questo argomento.

¹⁰⁰ J. CONROY, *Unspeakable Acts, Ordinary People: The Dynamics of Torture*, Univ. of California Press, 2000; J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit.; C. BARNAO, *Autorità, autoritarismo e apprendimento*, cit.; M. HARITOS-FATOUROS, *op. cit.*; C. BARNAO, P. SAIITA, *Autoritarismo e costruzione*, cit.; IDD., *Costruire guerrieri*, cit.; IDD., "Pump!", cit.

¹⁰¹ C. BARNAO, *Autorità, autoritarismo e apprendimento*, cit.; C. BARNAO, P. SAIITA, *Autoritarismo e costruzione*, cit.; IDD., "Pump!", cit.

sorta di rito costitutivo dell'essenza del paracadutista militare italiano¹⁰². Attraverso questo rituale – che si basa, come gli altri rituali militari, su un modello educativo tipicamente comportamentista – viene trasmessa una serie di valori tipici della cosiddetta personalità autoritaria¹⁰³. Utilizzando il modello interpretativo frustrazione-aggressività¹⁰⁴ possiamo descrivere e analizzare il meccanismo psicologico comportamentista che sta alla base del rituale (vedi Tab. 1). Durante la fase addestrativa di risocializzazione, alla trasgressione della norma sociale, il superiore/addestratore dà l'ordine preciso alla recluta imponendo il rituale dei piegamenti. La risposta rituale permette alla recluta di accedere a tutta una serie di beni immateriali (autostima, rispetto, spirito di appartenenza al gruppo, ecc.) che costituiscono la ricompensa del modello d'apprendimento comportamentista sottostante al rituale. Attraverso le ricompense legate al modello psicologico frustrazione-aggressività sottostante al rituale

¹⁰² C. BARNAO, *Autorità, autoritarismo e apprendimento*, cit.; C. BARNAO, P. SAIITA, *Costruire guerrieri*, cit.

¹⁰³ T. W. ADORNO, E. FRENKEL-BRUNSWIK, D. J. LEVINSON, R. N. SANFORD, *The authoritarian personality*, Harpers, New York, 1950.

¹⁰⁴ J. DOLLARD, N. E. MILLER, L. W. DOOB, O. H. MOWRER, R. R. SEARS, *Frustration and aggression*, 1939. La teoria della frustrazione-aggressività di Freud, formulata già nel 1920, è stata riformulata in termini di teoria dell'apprendimento comportamentista da J. DOLLARD *et al.*, *op. cit.*, e domina ancora oggi questo campo di ricerca. La loro teoria si basa sul modello funzionale freudiano. Sostiene che la frustrazione legata al tentativo di raggiungere un obiettivo porta all'aggressione. La frustrazione ripetuta aumenta l'energia aggressiva, che deve essere liberata, e che sarà rivolta contro un individuo o un oggetto più debole, un capro espiatorio. Pertanto, qualsiasi risposta che rilasci energia legata alla frustrazione diventa un atto aggressivo. Il rilascio di energia aggressiva attraverso la violenza attiva o indirettamente attraverso sport vigorosi o ritualità di vario genere, ha un effetto catartico; cioè, riduce la carica aggressiva. T. W. ADORNO *et al.*, *op. cit.*, ipotizzarono che la frustrazione accumulata fosse responsabile della tendenza aggressiva riscontrata nella personalità autoritaria che cercavano di descrivere.

vengono rinforzati i valori di riferimento tipici del modello di personalità autoritaria¹⁰⁵.

	<i>Pulsione</i>	<i>Indizio percettivo</i>	<i>Risposta</i>	<i>Ricompensa</i>
SUPERIORE	Risocializzazione Paura	F R U S T R A Z I O N E - Violazione di una norma	Rituale	- Catarsi - Rispetto - Appartenenza, identità - Autostima
ALLIEVO	Risocializzazione Paura	F R U S T R A Z I O N E - Ordine del superiore	Rituale	- Catarsi - Rispetto - Appartenenza, identità - Autostima - Acquisizione aggressività

Tab. 1. *Il rituale della “pompatà” e il modello comportamentista dell’apprendimento*

Ma il modello comportamentista non è alla base solo del rituale appena considerato. Infatti, il meccanismo elementare di apprendimento attraverso il quale funzionano tutti i rituali militari è quello del

¹⁰⁵ Cfr. C. BARNAO, P. SAIITA, *Autoritarismo e costruzione*, cit.; IDD., *Costruire guerrieri*, cit. Per un approfondimento dell’analisi di questo rituale, si vedano: C. BARNAO, *Autorità, autoritarismo e apprendimento*, cit.; C. BARNAO, P. SAIITA, *Autoritarismo e costruzione*, cit.; IDD., *Costruire guerrieri*, cit.; IDD., “*Pump!*”, cit.

condizionamento operante¹⁰⁶. Tutti i rituali militari cioè sono azioni ripetitive che rinforzano dei comportamenti considerati virtuosi all'interno dell'istituzione, e che puniscono d'altra parte comportamenti devianti, producendo risposte che – nel tempo – diventano automatiche da parte dei soldati che li praticano.

4. Tortura e torturative training

Esiste un collegamento profondo tra tortura¹⁰⁷ e istituzione militare. La tortura è ufficialmente condannata dalle convenzioni internazionali ed è anche pubblicamente condannata dai militari e dalla maggior parte dei

¹⁰⁶ D. GROSSMAN, *op. cit.*

¹⁰⁷ La Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura (10 dicembre 1984) definisce tortura «qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito». In modo particolare in questo lavoro mi riferisco ad un tipo ben preciso di tortura: quella utilizzata per ottenere informazioni. In senso weberiano, la tortura di cui parliamo è, cioè, un'azione razionale messa in atto con lo scopo di ottenere informazioni. È la cosiddetta *enhanced interrogation*, “interrogatorio rafforzato”, termine usato in vari documenti dell'Amministrazione statale americana, o *coercive interrogation*: tutti termini, questi, che ridefiniscono la tortura – come strategia per una sua legittimazione giuridica – «incluso nell'atto di inflizione di sofferenza, ovvero nella descrizione del fatto, la considerazione dei fini che l'atto intende raggiungere» (M. LA TORRE, *Riaprendo il vaso di Pandora. Il ritorno della tortura [e della mostruosità morale]*, in *Ragion Pratica*, 51/2018, 476-477).

governi. Nonostante ciò la tortura è una pratica diffusissima¹⁰⁸. Questa contraddizione si è drammaticamente enfatizzata con la guerra al terrorismo iniziata dopo l'11 settembre 2001. Dopo gli attentati a New York dell'11 settembre, infatti, si assiste a un vero e proprio cambio di paradigma¹⁰⁹ e alcune tendenze già presenti in precedenza, si sono radicalizzate anche all'interno dei regimi democratici. Gli Stati Uniti (firmatari di diverse convenzioni che vietano l'uso della tortura), per esempio, hanno sistematicamente utilizzato la tortura contro i sospettati di terrorismo in Afghanistan, Iraq, Guantanamo Bay e altri luoghi.

Crelinsten¹¹⁰ descrive tre modi attraverso i quali un militare può diventare un torturatore: per promozione, per coscrizione o per sbaglio. Si può venire promossi o assegnati ad un addestramento speciale in un'unità speciale che si occupa di interrogatori, oppure ci si può arruolare nell'esercito direttamente in un'unità speciale, oppure ci si può trovare per sbaglio in una unità dedicata alla tortura (per esempio richiedendo un trasferimento in una zona diversa o in una città diversa). In tutto il mondo, le procedure addestrative per i torturatori professionisti sono talmente simili tra di loro, e sono state formalizzate e strutturate in programmi

¹⁰⁸ Amnesty International, nel 2018, identifica 141 stati che utilizzano la tortura, molti dei quali sono paesi "democratici" che hanno firmato convenzioni internazionali e che hanno leggi contro la tortura. Sulla relazione tra tortura e democrazia, si veda l'importante studio di D. Rejali, *Torture and democracy*, Princeton University Press, 2009. Sul rapporto tra diritto e tortura si vedano: M. LA TORRE, *La verità del diritto senza verità*, in *Sociologia del diritto: Rivista quadrimestrale fondata da Renato Treves*, 40.1/2013, 187-199; ID., *La giustizia della tortura. Variazioni sul tema*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 44.1/2014, 3-30; ID., *Dangerous Friendships. Torture and Law*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 4.2/2015, 271-282; M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*

¹⁰⁹ M. LA TORRE, *Riaprendo il vaso di Pandora*, cit.; D. DI CESARE, *Tortura*, Bollati Boringhieri, 2016; M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *op. cit.*

¹¹⁰ R. D. CRELISTEN, *In Their Own Words: The World of the Torturer*, in ID., A. P. SCHMID (a cura di), *The Politics of Pain: Torturers and their Masters*, Westview Press, Boulder, Col., 1993, 45.

addestrativi in modo così sistematico, che potrebbe ormai esistere un vero e proprio manuale addestrativo di riferimento¹¹¹.

Ad ogni modo un primo fondamentale collegamento tra tortura e istituzioni militari è rappresentato dalle forze speciali. Come abbiamo già anticipato, le forze speciali di tutti gli eserciti sono preparate proprio per combattere le nuove guerre, non convenzionali, come è il caso della guerra al terrorismo¹¹² e, per questa ragione, il loro addestramento può essere considerato il “tipo ideale” (in senso weberiano) perseguito dall’odierna istituzione militare. E forse è anche per questo che l’uso della tortura è strettamente connesso all’addestramento delle elite militari. Infatti:

The training of elite military personnel builds on the dispositions generated during basic training, creates dispositions that make the performance of torture psychologically easier, and enables torturers to rationalize and justify their actions. This process is enhanced by the use of the discourse of professionalism. The discourse of professionalism allows torturers to restrict their moral vision to their professional activities: it helps instil a belief in their special moral permission to torture and a belief that torture is necessary for the protection of national security¹¹³.

L’addestramento dei corpi speciali segue pratiche addestrative analoghe a quelle dei torturatori¹¹⁴. Si tratta di pratiche addestrative particolarmente brutali¹¹⁵ che, in alcuni casi, preparano in modo specifico alla pratica della tortura¹¹⁶. In generale, comunque, «l’addestramento militare di base e l’addestramento dei torturatori professionisti sono

¹¹¹ M. HARITOS-FATOUROS, *op. cit.*, 4.

¹¹² W. C. COCKERHAM, *The military*, cit., 505.

¹¹³ J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit., 161.

¹¹⁴ M. HARITOS-FATOUROS, *op. cit.*, 19.

¹¹⁵ G. DYER, *War*, Crown, New York, 1985.

¹¹⁶ C. ACKROYD, K. MARJOLIS, J. ROSENHEAD, T. SHALLICE, *The Technology of Political Control*, Penguin, London, 1977.

collocabili su uno stesso continuum. I torturatori professionisti costituiscono il personale militare più specializzato e professionale»¹¹⁷. L'addestramento militare di base, infatti, rinforzato dai rituali – talvolta brutali e violenti – di appartenenza al gruppo primario, sviluppa dei processi di apprendimento disumanizzanti e di obbedienza non riflessiva. Il personale militare apprende così ad “agire senza dover nemmeno pensare”, anche quando l'azione di guerra dovesse consistere nell'ordine di uccidere il nemico o torturarlo. Questo tipo di obbedienza non riflessiva crea la cornice di “crimini di obbedienza” come talvolta sono stati considerati quelli legati alle violenze sadiche e alle torture perpetrate ad Abu Ghraib. D'altro canto le caratteristiche del soldato ideale¹¹⁸ corrispondono perfettamente alle caratteristiche che vengono ricercate nella personalità del torturatore professionista. Anche quest'ultimo, come il militare di una qualunque forza speciale, deve essere: «non empatico», «non riflessivo e obbediente in modo cieco»¹¹⁹.

Nel modulo addestrativo SERE – il modulo addestrativo delle forze speciali in cui si viene addestrati a resistere nelle situazioni più estreme, compresa la tortura – tutti gli aspetti appena citati trovano una perfetta sintesi¹²⁰. Non è un caso che alcuni tra gli stessi addestratori e formatori del modulo SERE sono stati accusati di essere anche gli esecutori e i supervisori di torture militari. Il caso di alcuni psicologi coinvolti nel

¹¹⁷ J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit., 161.

¹¹⁸ Cfr. J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit.; D. GROSSMAN, *op. cit.*

¹¹⁹ M. HARITOS-FATOUROS, *op. cit.*; J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit. Sul tema dell' “obbedienza cieca” forse può essere interessante notare un ulteriore profondo collegamento tra tortura e istituzione militare proposta dalla filosofia del diritto. Si tratta di una connessione che deriva da una concezione del diritto radicalmente autoritaria per la quale la tortura è «la soluzione al problema della disubbidienza per un potere ed una norma che non può assumere di non essere osservata» (M. LA TORRE, *Riaprendo il vaso di Pandora*, cit., 487).

¹²⁰ Cfr. A. W. MCCOY, *Cruel science*, cit.; ID., *A question of torture*, cit.; ID., *Torture and impunity*, cit.

sistema di torture perpetrate nei *black sites*¹²¹ della CIA è emblematico in questo senso¹²². D'altronde, chi meglio di un soldato che impara a resistere alle differenti tecniche di tortura è capace, in caso di necessità, di torturare nel modo più professionale?

Ma il collegamento tra addestramento militare e tortura sembra ancora più profondo. Dall'analisi del contenuto della principale manualistica e dei principali documenti ufficiali dell'amministrazione statunitense sulla tortura, infatti, emerge come vi sia una sorprendente corrispondenza e sovrapposizione tra l'addestramento militare di base e la tortura (almeno così come quest'ultima viene rappresentata nei principali documenti militari sul tema)¹²³.

¹²¹ I *black sites* sono i luoghi di detenzione della CIA dove vengono detenuti e interrogati gli *illegal enemy combatant* (cfr. nota 41). Una delle prime inchieste che ha portato alla ribalta il fenomeno è apparsa sul *Washington Post* il 5 novembre 2005, consultabile all'indirizzo: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/01/AR2005110101644.html?noredirect=on> (ultimo accesso: 10 novembre 2018).

¹²² Uno dei casi più noti è quello del colonnello (e psicologo) Morgan Banks. Il caso esplose in seguito ad un'inchiesta pubblicata dal *New Yorker* nel luglio 2005, <https://www.newyorker.com/magazine/2005/07/11/the-experiment-3> (pagina consultata il 7 luglio 2018). Per un approfondimento sul tema si veda: M. OTTERMAN, *op. cit.*

¹²³ I principali documenti dell'amministrazione americana a cui mi riferisco sono: CIA, *Kubark Counterintelligence Interrogation, July 1963*, 1963, <https://nsarchive2.gwu.edu//NSAEBB/NSAEBB122/index.htm#hre> (ultimo accesso: 9 novembre 2018); *Human Resource Exploitation Training Manual – 1983*, 1983, <https://nsarchive2.gwu.edu//NSAEBB/NSAEBB122/index.htm#hre> (ultimo accesso: 9 novembre 2018); *Summary and Reflections of Chief of Medical Services on OMS Participation in the RDI Program*, 2018, scaricabile: <https://www.aclu.org/report/summary-and-reflections-chief-medical-services-oms-participation-rdi-program> (ultimo accesso 14 novembre 2018); U.S. Department of Justice, *Memorandum for John A. Rizzo Senior Deputy General Counsel, Central Intelligence Agency*, 2005, consultabile all'indirizzo: https://www.globalsecurity.org/intell/library/policy/national/olc_050530_bradbury.pdf (ultima consultazione: 9 novembre 2018); Senate Select Committee on Intelligence, *Project Mkultra, The Cia's Program of Research in Behavioral Modification*, U.S. Government Printing Office, 1977, consultabile all'indirizzo: <https://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/hearings/95mkultra.pdf> (ultimo accesso: 14 novembre 2018).

Si tratta di una corrispondenza che si evidenzia su tre punti principali: a) le fasi dell'addestramento militare coincidono in modo preciso con quelle della tortura; b) le dinamiche interazionali che si sviluppano tra addestratore e recluta, da una parte, e torturatore e vittima, dall'altra, sono molto simili; c) il modello psicologico di riferimento è lo stesso per tortura e addestramento.

Abbiamo visto in precedenza come, all'interno dell'addestramento di base, sono individuabili tre fasi: separazione, transizione, aggregazione. Anche nella tortura – così come viene formalizzata in quanto pratica per ottenere informazioni in modo “coercitivo” – sono individuabili tre fasi che corrispondono a quelle individuate nell'addestramento di base dei militari. Vediamo un po' più nel dettaglio (cfr. Tab. 2).

Separazione/Azzeramento. Ogni azione di tortura prevede una fase iniziale di separazione. L'obiettivo di questa fase è quello di separare l'individuo dal suo precedente status (uomo libero, ad esempio) e “accompagnarlo” verso un nuovo status, quello di “prigioniero” che sta per essere interrogato/torturato. Tutto ciò avviene attraverso una disgregazione della posizione sociale precedentemente occupata dall'individuo: si tratta di un vero e proprio “azzeramento” della personalità che viene perseguito attraverso un forte shock iniziale, ad esempio al momento dell'arresto¹²⁴. A questo proposito lo *Human Resource Exploitation Training Manual* (1983)¹²⁵, il manuale per gli interrogatori della CIA, prevede che

¹²⁴ Poiché si tratta di un interrogatorio coercitivo che sfocia – in modo evidente – in una forma di tortura, utilizzerò come sinonimi i termini “interrogante” e “torturatore”, da una parte, e “interrogato”, “vittima”, “prigioniero” e “torturato”, dall'altra.

¹²⁵ Si tratta della versione aggiornata del famoso *Kubark Counterintelligence Interrogation*, cit., del 1963. Quest'ultimo è sicuramente un testo fondamentale a cui si sono ispirati altri manuali di tortura in giro per il mondo (cfr. A. W. MCCOY, *A question of torture*, cit.).

La modalità e i tempi dell'arresto dovrebbero essere pianificati in modo da cogliere il soggetto di sorpresa e provocargli il massimo livello di disagio mentale [...]. La maggior parte dei soggetti arrestati nelle prime ore del mattino sperimentano sensazioni intense di shock, smarrimento e tensione psicologica e provano grandi difficoltà ad adattarsi alla situazione. È molto importante che quanti eseguono l'arresto agiscano con un'efficienza tale da sorprendere il soggetto¹²⁶.

Subito dopo aver provveduto a shockare la vittima, diventa necessario mantenerla in uno stato di instabilità emotiva e psicologica e di mancanza di punti di riferimento, per poterla successivamente manipolare da un punto di vista psicologico. Si iniziano quindi ad utilizzare tutta una serie di tecniche di deprivazione sensoriale (il loro utilizzo continuerà in modo ancora più incisivo e sistematico nella fase successiva). Si tratta di tecniche di deprivazione (principalmente tattile, visuale, uditiva)¹²⁷ che si basano sui principi della teoria psicologica della *learned helplessness*¹²⁸. L'obiettivo è quello di indurre nella vittima degli stati di ansia insopportabili (in conseguenza della mancanza di punti di riferimento

¹²⁶ CIA, *Human Resource Exploitation Training Manual*, cit.

¹²⁷ È da notare come alcune di queste tecniche di deprivazione sensoriale (in particolare l'incappucciamento e l'esposizione al rumore) possono essere considerate delle forme di tortura, in quanto pratiche riconducibili alle cosiddette *five techniques* (cfr. A. W. MCCOY, *Torture and impunity*, cit.). Queste ultime, infatti, utilizzate nel 1971 dal governo britannico in Irlanda, come è noto furono dichiarate forme di tortura dalla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo nel 1976.

¹²⁸ M. E. SELIGMAN, *Learned helplessness*, in *Annual review of medicine*, 23.1/1972, 407-412; ID., *Depression and learned helplessness*, John Wiley & Sons, 1974; C. PETERSON, S. F. MAIER, M. E. SELIGMAN, *Learned helplessness: A theory for the age of personal control*, Oxford Univ. Press, New York-Oxford, 1993. La *learned helplessness* (impotenza appresa) è la condizione di impotenza di cui soffre una persona in conseguenza di un evento particolarmente traumatico o di un ripetuto insuccesso. Si crede sia una delle principali cause della sindrome depressiva. I principi della *learned helplessness* sono stati ampiamente utilizzati per la formalizzazione delle tecniche di tortura militare. Per un approfondimento si veda in particolare: D. H. HOFFMAN *et al.*, *op. cit.*



n. 2/2018

sensoriali) che la portino ad un senso di impotenza, propedeutico alla fase successiva del processo di tortura: la *transizione*.

Separazione	<ul style="list-style-type: none">• Arresto alle prime ore del mattino• Silenzio• Bendato e ammanettato	La modalità e i tempi dell'arresto dovrebbero essere pianificati in modo da cogliere il soggetto di sorpresa e provocargli il massimo livello di disagio mentale[...]. La maggior parte dei soggetti arrestati nelle prime ore del mattino sperimentano sensazioni intense di shock, smarrimento e tensione psicologica e provano grandi difficoltà ad adattarsi alla situazione.
Transizione	<ul style="list-style-type: none">• Nudità• Vestiti inadatti in quanto gli indumenti rinforzano l'identità• Regressione psicologica• Deprivazione sonno• Deprivazione cibo• Stress position• Le principali torture fisiche• Negoziazione	Tutte le tecniche coercitive sono impiegate per indurre la regressione psicologica [...] la perdita di quelle difese conquistate con la civilizzazione. SERE techniques: 1) Dietary maipulation; 2) Nudity; 3) Attention Grasp; 4) Walling; 5) Facial Hold; 6) Facial Slap or Insult Slap; 7) Abdominal Slap; 8) Cramped Confinement; 9) Wall Standing; 10) Stress Position; 11) Water Dousing; 12) Sleep Deprivation; 13) The "Waterboard" Se egli sa che il dolore è auto-inflitto, le probabilità di un suo cedimento sono maggiori. Egli [il torturato] comincia a perdere la capacità di eseguire le più importanti attività creative, di affrontare le situazioni complesse, di impegnarsi in rapporti interpersonali stressanti o di sostenere continue frustrazioni.
Aggregazione	<ul style="list-style-type: none">• Passaggio informazioni	L'ansia del soggetto diminuisce in virtù del fatto che la sua mente identifica sempre più nell'interrogante l'unico contatto umano e l'unica attività significativa. L'interrogante può trarre profitto da questa relazione, mostrandosi benevolo.

Fonti:

•CIA, KUBARK Counterintelligence Interrogation, July 1963 (released February 25, 2014)

•CIA, Human Resource Exploitation Training Manual – 1983

•SERE manual

•Memorandum for John A. Rizzo, Senior Deputy General Counsel, Central Intelligence Agency (May 10, 2005)

Tab. 2. *Le fasi della tortura*

Transizione. È la fase intermedia tra quella iniziale di separazione e quella finale di aggregazione (in cui l'individuo ci si aspetta darà le informazioni che gli sono richieste). La transizione è la fase vera e propria in cui si negoziano le informazioni di cui è in cerca il torturatore. Inizialmente si continua nell'azione che mira a fare perdere punti di riferimento all'individuo, ma con tecniche ancora più violente e codificate. La personalità del torturato deve essere annientata al fine di ridurre al minimo o, meglio ancora, cancellare qualsiasi suo tentativo di resistenza. L'esplicito obiettivo è quello di "infantilizzare" l'individuo facendogli

perdere «quelle difese conquistate con la civilizzazione»¹²⁹ in modo da poterlo successivamente risocializzare e, in questa maniera, ottenere risposte soddisfacenti alle domande che gli vengono rivolte. A questo scopo vengono prima utilizzate delle tecniche non coercitive e poi – eventualmente quelle non coercitive non dovessero funzionare – si passa all'utilizzo delle tecniche sempre più violente e coercitive¹³⁰.

L'elenco delle principali tecniche non coercitive è indicato in modo preciso dal manuale della CIA. Esse sono: spostare in avanti e indietro le lancette dell'orologio, servire i pasti a orari irregolari, disturbare le ore dedicate al sonno, disorientare l'alternanza del giorno e della notte, condurre sessioni di interrogatorio senza uno schema, sottoporre a interrogatori senza senso, ignorare i tentativi incerti di collaborazione, ricompensare la non collaborazione¹³¹. Si tratta di tecniche di manipolazione del tempo e di altre caratteristiche dell'ambiente, che puntano a radicalizzare la destabilizzazione psicologica del torturato, iniziata nella fase precedente. L'obiettivo, in ogni caso, continua ad essere quello di “infantilizzare” la vittima. Infatti

ostacolare ogni tentativo del soggetto di adattarsi alle sue nuove condizioni ambientali rafforzerà gli effetti della regressione e lo schiaccerà sempre più dentro se stesso, fino a che non sarà più in grado di controllare le sue reazioni in modo adulto¹³².

¹²⁹ CIA, *Human Resource Exploitation Training Manual – 1983*, cit.

¹³⁰ Per un interessante resoconto di tale fase, si veda ad esempio il documento dell'amministrazione americana, declassificato il 20 dicembre 2016, in cui vengono descritte le azioni di tortura perpetrate nei confronti del detenuto Abu Zubaydah il 9 August 2002; scaricabile: https://www.thetorturedatabase.org/files/foia_subsite/870.pdf (ultimo accesso 14 novembre 2018).

¹³¹ CIA, *Human Resource Exploitation Training Manual – 1983*, cit.

¹³² *Ibid.*



È a questo punto che, ove il torturato non abbia ancora iniziato a rispondere in modo soddisfacente, si uniscono alle tecniche non coercitive, quelle coercitive. Esiste ormai un elenco ben preciso di tali tecniche di tortura, ben collaudate. Sono quelle tradizionalmente insegnate nel modulo addestrativo SERE¹³³. Esse sono: *Dietary manipulation; Nudity; Attention Grasp; Walling; Facial Hold; Facial Slap or Insult Slap; Abdominal Slap; Cramped Confinement; Wall Standing; Stress Position; Water Dousing; Sleep Deprivation; The 'Waterboard'*. Si tratta di una serie di tecniche tra le quali, inizialmente, si privilegiano quelle durante le quali il torturato ha la percezione di auto infliggersi il dolore (ad esempio il caso in cui si viene costretti ad assumere posizioni stressanti). Il motivo di tale scelta è legato al fatto che

Se egli [il torturato] sa che il dolore è auto-inflitto, le probabilità di un suo cedimento sono maggiori. Egli [il torturato] comincia a perdere la capacità di eseguire le più importanti attività creative, di affrontare le situazioni complesse, di impegnarsi in rapporti interpersonali stressanti o di sostenere continue frustrazioni¹³⁴.

Le tecniche coercitive mantengono e, anzi, rafforzano lo scopo di far regredire psicologicamente il torturato¹³⁵. L'ipotesi di fondo di tali tecniche

¹³³ U.S. Department of Justice, *Memorandum for John A. Rizzo Senior Deputy General Counsel*, cit.

¹³⁴ CIA, *Human Resource Exploitation Training Manual – 1983*, cit.

¹³⁵ «Tutte le tecniche coercitive sono impiegate per indurre la regressione psicologica [...] la perdita di quelle difese conquistate con la civilizzazione. [...] Lo scopo di tutte le tecniche coercitive è di indurre una condizione di regressione psicologica nel soggetto, facendo leva su una forza superiore esterna che agisce sulla sua volontà di resistere. La regressione è sostanzialmente una perdita di autonomia, un ritorno a un livello comportamentale precedente. Più il soggetto regredisce, più i suoi tratti appresi di personalità si disgregano secondo un ordine cronologico inverso. Egli comincia a perdere la capacità di eseguire le più importanti attività creative, di affrontare le situazioni

è che “ridurre la resistenza fisiologica del soggetto riduce la sua capacità psicologica di opporre resistenza”. Una volta “infantilizzata” la vittima, inizia la negoziazione vera e propria. L’infantilizzazione del prigioniero ha l’obiettivo di portare quest’ultimo ad avere come unico punto di riferimento il torturatore. È dal torturatore che dipende tutta la vita del torturato. È il torturatore che ha il totale controllo della relazione, in un modello interazionale tipico della psicologia comportamentista. Poiché

L’ansia del soggetto diminuisce in virtù del fatto che la sua mente identifica sempre più nell’interrogante l’unico contatto umano e l’unica attività significativa. L’interrogante può trarre profitto da questa relazione, mostrandosi benevolo¹³⁶.

Tutte le tecniche (coercitive e non coercitive) praticate vengono utilizzate dal torturatore secondo un modello stimolo-risposta. Infatti «il lavaggio del cervello prevede il condizionamento dell’associazione stimolo-risposta attraverso l’utilizzo di queste stesse tecniche»¹³⁷.

Aggregazione. La terza fase, quella finale, è la fase di aggregazione, quella in cui il torturato confessa, fornisce le informazioni richieste e passa allo stato di “collaboratore”. Quindi, dopo avere shockato e infantilizzato la vittima azzerandone la personalità e facendole perdere i punti di riferimento, se si ottengono i risultati sperati (se la vittima, cioè, inizia a dare le informazioni richieste) si rinforzano positivamente (cioè attraverso dei premi) i comportamenti attesi (cioè le risposte soddisfacenti alle domande). Infatti

Non appena ha confessato, si applicano le classiche cautele. Si allenta la pressione in modo che il soggetto possa comunicare il più precisamente

complesse, di impegnarsi in rapporti interpersonali stressanti o di sostenere continue frustrazioni» (*ibid.*).

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

possibile le proprie informazioni. In realtà, il sollievo fornito al soggetto ben si adatta, a questo punto, al piano dell'interrogatorio. Il diverso trattamento – gli viene detto – premia la sua sincerità e va a dimostrazione del fatto che le buone maniere continueranno a condizione che egli collabori¹³⁸.

È la fase in cui l'interrogato/torturato individua nel soddisfacimento delle richieste fatte dal suo carnefice la fine della sua pena, rispondendo quindi in modo soddisfacente alle domande.

Proviamo adesso a tirare un po' le fila del nostro discorso, riepilogando i principali punti di contatto tra la tortura e l'addestramento militare. La tortura, come l'addestramento militare di base, inizia con una fase di *separazione* in cui si separa l'individuo dalla sua iniziale posizione sociale, dal suo status (di "civile" nel caso dell'addestramento militare, di "uomo libero" nel caso della tortura), attraverso un forte shock che ha l'obiettivo di far perdere i punti di riferimento al soggetto e "infantilizzarlo".

Successivamente si passa alla fase di *transizione* in cui l'individuo non è né da una parte né dall'altra: è "recluta" nel caso dell'addestramento e "torturato" nel caso della tortura. Il soggetto, dopo essere stato definitivamente "infantilizzato", quindi, viene modellato (perché diventi un "soldato" nel caso dell'addestramento di base, perché diventi un "collaboratore" nel caso della tortura) attraverso tutta una serie di tecniche coercitive e non coercitive (con gradazioni di evidentemente minore coercizione nel caso dell'addestramento militare). È in questa fase, forse, che si evidenzia in modo più chiaro una notevole corrispondenza tra alcune dinamiche interazionali del rapporto recluta/addestratore, da una parte, e torturatore/torturato, dall'altra. In una situazione di totale incertezza e mancanza di punti di riferimento, infatti, il torturatore e l'addestratore diventano le figure centrali da cui dipendono corrispondentemente la vita del torturato e quella della recluta. Il torturatore e l'addestratore hanno il controllo assoluto di una relazione che

¹³⁸ *Ibid.*

è definibile come “totalitaria”¹³⁹ sulla base di un sistema interazionale centrato su stimoli e risposte, premi e punizioni. La fase conclusiva è quella dell’*aggregazione* nella quale la recluta passa allo status di “soldato” – superando tutte le prove della fase addestrativa di base – e il torturato passa allo status di “collaboratore” – confessando e passando le informazioni che gli venivano richieste.

Ma, oltre alle fasi che caratterizzano l’azione di tortura, anche il *modello psicologico* sottostante al processo di tortura ricorda molto da vicino quello presente in tutte le interazioni quotidiane del sistema educativo militare. Il comportamentismo – ed in particolare il condizionamento operante – è il modello psicologico che sta alla base dell’apprendimento militare. Tutte le relazioni legate al mondo militare si sviluppano sui principi del modello stimolo-riposta che è sottostante a tutte le interazioni rituali (formali e informali) e a tutte le interazioni addestrative (da quelle microsociologiche del gruppo primario fino a quelle più generali legate al resto dell’istituzione militare). Dall’altra parte il modello psicologico comportamentista – come abbiamo appena visto – è alla base di tutto il processo di tortura.

Su queste basi, sulla sorprendente e profonda corrispondenza tra tortura e addestramento militare, possiamo definire il processo addestrativo di base di tutti i militari, comune ai diversi eserciti, come un *torturative training*: tutti i militari, cioè, sono addestrati attraverso un processo educativo che è, di fatto, una forma di tortura.

¹³⁹ La tortura è un «totalitarismo in miniatura», perché «l’uso di sofferenza e dolore» è teso nella tortura «a comunicare l’assoluto dominio del torturatore sulla assoluta impotenza della vittima» (D. LUBAN, *Torture, power, and law*, Cambridge University Press, 2014, cit. in M. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, DeriveApprodi, Roma, 2016, 105).

5. Conclusioni: Il soldato imperfetto

Abbiamo iniziato descrivendo il tipo ideale di soldato che viene perseguito dall'addestramento militare odierno. Dopo che un nuovo tipo di conflitto ("asimmetrico", "non convenzionale") ha messo in evidenza tutti i limiti del "soldato tecnologico", l'istituzione militare ha cercato di addestrare e costruire un tipo di soldato "perfetto", che fosse cioè in grado di sopportare gli stress estremi (fisici e psicologici) delle nuove forme di combattimento.

Siamo, quindi, entrati nelle pieghe dei processi addestrativi, descrivendo e analizzando gli elementi che stanno alla base dell'addestramento militare. Le culture militari vengono trasmesse all'interno dell'istituzione totale militare attraverso percorsi addestrativi ben precisi che sono controllati dall'istituzione militare in modo "totale" al fine di perseguire i propri scopi. Nulla è lasciato al caso.

Da una parte abbiamo visto come il percorso di addestramento di base sia scandito da fasi ben precise in cui l'agente socializzante per eccellenza è l'istruttore. È da quest'ultimo che dipende in modo totale la recluta dal momento iniziale in cui lascia la vita "civile", fino al momento in cui viene ufficialmente "aggregata" alla vita militare, quando termina il suo percorso addestrativo di base. Dall'altra parte i rituali (formali e informali) rendono l'addestramento "continuo", anche nei momenti di vita militare che sono lontani dall'addestramento formale e ordinario. Agente socializzante per eccellenza, in questo caso, è il gruppo primario che sostiene emotivamente il soldato e gli fornisce tutte le indicazioni normative e valoriali in un processo di socializzazione che diventa così, nei fatti, permanente. L'insieme complessivo dei processi addestrativi, poi, abbiamo visto essere definibile come una vera e propria forma di tortura, ripercorrendo fasi (separazione, transizione, aggregazione), modello psicologico (comportamentismo) e dinamiche interazionali (vittima/carnefice e recluta/istruttore) tipici della tortura.

In generale, quindi, abbiamo visto come i luoghi addestrativi (le caserme e, in generale, tutti i luoghi formali e informali in cui viene formato il soldato) sono delle “istituzioni totali” che vengono utilizzate dalle forze armate come dei veri e propri laboratori in cui viene costruito il combattente ideale. Si tratta di laboratori all’interno dei quali, attraverso processi – di tortura! – centrati sul modello di apprendimento comportamentista, gli individui vengono “azzerati”, “plasmati”, “aggregati” raggiungendo la forma finale di un tipo ideale di combattente che ha delle ben precise caratteristiche: “non riflessività” (per un’obbedienza cieca), “non empatia” (per evitare un pericoloso coinvolgimento emotivo con il nemico/vittima), capacità di resistenza estrema – nell’immediato – a stress fisico e psicologico, capacità di torturare (chi impara a resistere alla tortura finalizzata all’ottenimento di informazioni, acquisisce tutte le competenze necessarie per – a sua volta – eventualmente ottenere informazioni attraverso la tortura).

Ma questo modello ideale di combattente funziona adeguatamente? È davvero efficace contro il nemico? Riesce davvero a blindare la mente del soldato e a proteggerlo dai traumi della guerra, come originariamente era stato richiesto che facesse?

Per quanto riguarda l’efficacia contro il nemico, non abbiamo dati particolarmente significativi in questa sede, anche se non si può non notare che la guerra maggiormente combattuta negli ultimi anni, la cosiddetta “guerra al terrorismo” – quella che forse più di ogni altra incarna il nuovo tipo di conflitti – non sembra avere dato finora i risultati sperati. Tuttavia, quanto questo sia collegabile al modello addestrativo dei soldati impiegati non è, almeno in questa sede, falsificabile.

D’altro canto, però, esiste una vasta letteratura che attesta come, negli ultimi anni, tra il personale militare (soprattutto quello impiegato in missioni all’estero) siano aumentate alcune patologie mentali direttamente o indirettamente collegabili al loro impiego in azione. Se in generale

aumentano tutti i problemi di salute mentale¹⁴⁰, in particolare si è anche incrementato, in modo drammatico, il tasso dei suicidi¹⁴¹ e sono aumentati i casi di PTSD¹⁴² e di *burnout*¹⁴³.

Se i dati quantitativi tendono a mettere in evidenza tutta una serie di statistiche che sembrano dimostrare, quantomeno, una notevole fragilità psicologica del personale militare, i dati qualitativi non appaiono meno significativi. L'efferata violenza e il razionale sadismo che talvolta emerge

¹⁴⁰ C. W. HOGE, C. A. CASTRO, S. C. MESSER, D. MCGURK, D. I. COTTING, R. L. KOFFMAN, *Combat duty in Iraq and Afghanistan, mental health problems, and barriers to care*, in *New England Journal of Medicine*, 351.1/2004, 13-22.

¹⁴¹ C. A. HOFFMIRE, J. E. KEMP, R. M. BOSSARTE, *Changes in suicide mortality for veterans and nonveterans by gender and history of VHA service use, 2000-2010*, in *Psychiatric Services*, 66.9/2015, 959-965; AFHSC (Armed Forces Health Surveillance Center), *Deaths by suicide while on active duty, active and reserve components, US Armed Forces, 1998-2011*, MSMR, 19.6/2012, 7; S. A. BLACK, M. S. GALLAWAY, M. R. BELL, E. C. RITCHIE, *Prevalence and risk factors associated with suicides of army soldiers 2001-2009*, in *Military Psychology*, 23.4/2011, 433-451.

¹⁴² M. FRIEDMAN, *Posttraumatic stress disorder among military returnees from Afghanistan and Iraq*, in *American Journal of Psychiatry*, 163/2006, 586-593; K. SEAL, D. BERTENTHAN, C. MINER, S. SAUNAK, C. MARMAR, *Bringing the war back home: Mental health disorders among 103,788 US Veterans returning from Iraq and Afghanistan seen at Department of Veterans Affairs facilities*, in *Archives of Internal Medicine*, 167/2007, 476-481; W. KINNEY, *Comparing PTSD among returning war veterans: Post-traumatic stress disorder (PTSD) among returning Afghanistan and Iraq wars veterans. Symptoms and suffering similar to ordeals of Persian Gulf and Vietnam war veterans. Command and General staff college*, in *Journal of Military and Veterans Health*, 20.3/2012, 21.

¹⁴³ V. L. WILCOX, *Burnout in military personnel*, in *Military Psychiatry: Preparing in Peace for War*, 2000, 31-50. Il *burnout* è una sindrome caratterizzata da esaurimento emotivo, depersonalizzazione e mancanza di senso di realizzazione personale, che si verifica in risposta all'esposizione cronica a fattori di stress sul lavoro (C. MASLACH, S. E. JACKSON, *Burnout in health professions: a social psychological analysis*, in G. S. SANDERS, J. SULLS (a cura di), *Social psychology of health and illness*, 1982). Per un approfondimento si veda: T. MAREK, W. B. SCHAUFELI, C. MASLACH, *Professional burnout: Recent developments in theory and research*, Routledge, 2017.

dai resoconti (ormai dettagliati grazie ad approfondite inchieste giornalistiche e giudiziarie) di scandali che periodicamente coinvolgono le forze armate (ad es. il caso Abu Ghraib e quello di Bagram) e quelle di polizia (es. il caso Bolzaneto, Cucchi, Aldrovandi, ecc.) sono un chiaro esempio in questo senso.

Tranne rare eccezioni¹⁴⁴, le cause di tali patologie e di tali comportamenti sono state normalmente attribuite – oltre che, ovviamente, ai traumi da combattimento e da stress lavorativo – a caratteristiche individuali (biologiche e/o psicologiche, ad esempio) e/o a responsabilità dei singoli (è nota la spiegazione legata all’azione di “mele marce” per i casi di tortura perpetrata da parte dei soldati statunitensi in Iraq e Afghanistan). Mai, o quasi mai, vengono individuate cause che potremmo definire “strutturali” come, ad esempio, l’addestramento e il modello formativo da esso perseguito. Sulla base di quanto emerge in questo lavoro, invece, alcune patologie dei militari legate alla salute mentale e alcuni comportamenti particolarmente violenti e sadici dei militari stessi, si possono correlare proprio all’addestramento a cui sono sottoposti.

Diciamo innanzi tutto che l’addestramento militare basato esclusivamente su un modello comportamentista dell’apprendimento – così come è emerso dalla presente analisi – è da considerarsi spesso inadeguato agli interventi sul campo per i quali è predisposto. Questo accade sulla base di due categorie di limiti: a) incapacità di controllo e previsione delle variabili ambientali; b) limiti temporali dell’apprendimento¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Tra le rare eccezioni ricordiamo: J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit.; e M. HARITOS-FATOUROS, *op. cit.*

¹⁴⁵ Pur essendo particolarmente ricca la letteratura che mette in evidenza i limiti educativi di un modello pedagogico basato esclusivamente sui principi del comportamentismo (cfr. ad es. A. KOHN, *Punished by rewards: The trouble with gold stars, incentive plans, A’s, praise, and other bribes*, Houghton Mifflin Harcourt, 1999), per una visione più ampia e approfondita di tali limiti, si legga soprattutto il resoconto dettagliato di un famoso confronto pubblico tra Burrhus Skinner e Carl Rogers (H. E. KIRSCHENBAUM, V. L. E.

Il modello pedagogico centrato sul condizionamento operante è efficace se si controllano le variabili (gli stimoli) a cui si verrà addestrati a rispondere. Ciò è possibile, però, solo in laboratorio o in ambienti dove si controllano tutte le variabili – come il caso delle caserme o di altri luoghi addestrativi che, come abbiamo più volte sottolineato, sono “istituzioni totali”. La realtà che i soldati (ma anche le forze di polizia addestrate con lo stesso modello) si trovano ad affrontare quando vengono impiegati è – irrimediabilmente – molto diversa da quella “artificiale” nella quale vengono addestrati. Il problema, infatti, è che la realtà in cui poi si trovano ad operare i militari è molto più complessa – e con un numero infinitamente maggiore di variabili non previste e prevedibili nella fase addestrativa – rispetto a quella nella quale si è addestrati ad intervenire in modo “automatico”, “non riflessivo”, e “non empatico”.

Gli scenari di guerra in missione all'estero (fatti di guerriglia, nemico che si confonde tra la popolazione civile, intervento in ambienti culturali e fisici completamente diversi dal proprio e, spesso, poco conosciuti, ecc.) sono molto diversi da quelli nei quali si è addestrati ad intervenire e, soprattutto, molto poco prevedibili (con un numero infinito di variabili che non sono di fatto controllabili) da parte di chi, invece, è abituato/addestrato a rispondere in modo automatico e immediato agli stimoli. Situazione analoga si verifica nel caso degli agenti di polizia che – ugualmente addestrati sul modello militare – si trovano ad intervenire in situazioni di ordine pubblico (proteste di piazza, manifestanti pacifici non sempre facilmente distinguibili dai violenti, ecc.) che sono molto fluide e quasi mai facilmente decifrabili in modo rapido e chiaro. L'incapacità di adattamento (in una situazione spesso estrema di lotta per la sopravvivenza) e il grande stress generato dall'incapacità di discriminare tra i tantissimi stimoli (non previsti) ai quali si viene richiesti di rispondere

HENDERSON, *Carl Rogers: Dialogues: Conversations with Martin Buber, Paul Tillich, BF Skinner, Gregory Bateson, Michael Polanyi, Rollo May, and others*, Mifflin and Company, Houghton, 1989).

in modo automatico e immediato, può provocare una serie ben nota di gravi conseguenze posttraumatiche (tra le quali spiccano, ad esempio, l'aumento drammatico dell'aggressività ed episodi di violenza incontrollata).

L'altro grande limite di un modello addestrativo centrato sul condizionamento operante è legato all'orizzonte temporale¹⁴⁶. Alcune delle critiche al condizionamento operante, infatti, e alla pratica di addestrare alla “non empatia” e alla “non riflessività” tramite questo modello pedagogico, insistono sul limitato orizzonte temporale della sua efficacia. Non agendo su un vero e profondo cambiamento dell'individuo, il condizionamento operante non avrebbe una prolungata efficacia nel tempo. Nel nostro caso, l'obiettivo di “blindare” la mente dei soldati per proteggerli dai traumi del combattimento sembrerebbe così raggiunto (o raggiungibile) solo nel breve periodo, nell'immediato. La “blindatura” della mente è solo temporanea e, prima o poi, l'esperienza traumatica vissuta dovrà essere affrontata. Infatti «Soldiers who kill reflexively in combat will likely one day reconsider their action reflectively»¹⁴⁷. D'altro canto possiamo dire che il trauma in conseguenza del quale si ha una patologia (ad esempio PTSD, depressione, *burnout*) non necessariamente è *solo* quello legato ad esperienze estreme vissute in azione operativa, in missione. Infatti, poiché l'addestramento in sé, in quanto tortura, può essere considerato un'attività altamente traumatizzante (ancorché svolta allo scopo di abituarci al trauma da combattimento) esso può senz'altro essere individuato come causa di patologie posttraumatiche.

Ma c'è dell'altro. Allo stress generato dall'inadeguatezza dell'addestramento e ai traumi che esso infligge a tutti i militari in modo costante e permanente, l'addestramento militare fornisce in aggiunta un elemento che è particolarmente significativo per l'eventuale realizzazione di azioni violente e sadiche: la competenza tecnica e metodologica in fatto

¹⁴⁶ Cfr. J. WOLFENDALE, *Torture and the military profession*, cit.

¹⁴⁷ P. KILNER, *op. cit.*

di tortura. Essendo stati già torturati, e venendo ripetutamente torturati (ricordiamo che l'addestramento di un militare di professione è di fatto permanente), si sono anche apprese le differenti tecniche per torturare e si è, probabilmente, anche in grado di replicarle con precisione. Questa interpretazione forse ci aiuterebbe anche a spiegare l'accuratezza metodologica con cui talvolta vengono messe in atto, in contemporanea, azioni violente e sadiche di tortura, da parte di diversi individui che – ancorché “mele marce” – non sono dei “torturatori professionisti” (si pensi ad es. ai casi, seppur molto diversi tra loro, di Abu Ghraib e di Bolzaneto).

L'addestramento militare è un tema particolarmente rilevante, ma anche difficile da studiare perché ci coinvolge, direttamente o indirettamente, in modo profondo. Esso è indissolubilmente collegato alla guerra e ai suoi effetti. Analizzare e tentare di comprendere le principali caratteristiche del soldato che vogliamo formare, forse, ci può aiutare a capire meglio anche chi siamo e in che modo stiamo trasformando le nostre relazioni sociali all'indomani dell'11 settembre 2001.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

MARIA LUISA CHIARELLA

Overview of Class Actions:

Italian Consumer Law and Cross-Border Litigation

ABSTRACT – Consumers and users are daily involved in commercial practices and transactions that can end up not pacifically. We buy items and services, we travel, we use public services and vehicles and we enter into contracts with banks, insurance and financial services companies. The disputes arising from these everyday life events need collective remedies which may facilitates access to justice by those whose rights have been violated by one and the same professional. A class action allows a number of consumers to bring a case together before the Court to obtain compensation for a damage caused by the same professional. It is a lawsuit brought by a group of claimants, which allows them to enforce their rights collectively where they would not have done on an individual basis because of the cost, the risks and the time that legal proceedings entail. This paper analyze the peculiarities of this kind of litigation, both in general and on a European perspective; then it tackles: the archetype of U.S., Italian class actions rules and cross-border litigations issues.

KEYWORDS – Class actions; Access to justice; Deterrence; Compensation; Private enforcement; Cross-border litigation.

MARIA LUISA CHIARELLA*

**Overview of Class Actions:
Italian Consumer Law and Cross-Border Litigation****

SUMMARY: 1. Introduction – 2. European background – 3. Class action Golden anniversary – 4. Italian scenario of class action litigation – 5. «Opt-in» v. «opt-out» procedure – 6. Comparative outlines – 7. Class actions at the test bench – 8. Concluding remarks – 9. References.

1. Introduction

Consumers and users are daily involved in commercial practices and transactions that can potentially end up not pacifically. We buy items and services, we travel, we use public services and vehicles and we enter into contracts with banks, insurance and financial services companies.

Furthermore, since the use of standard contract terms is frequent, many consumers enter into the same contract and an unfair contract term can affect a vast number of consumers. In such cases where a conflict arises, the exercise of individual actions for damage compensation is vain since individual action means that costs, time, difficulty of access, the complexity of the dispute and the uncertainty of its outcome (*i.e.* the ‘risks’ of the action) weighs on the consumer¹.

* Senior Lecturer of Private Law, Magna Graecia University (Catanzaro). Contact: mlchiarella@unicz.it.

** This paper was anonymously peer reviewed. The author wants to thank Prof. Rosa Alcaro for the linguistic revision.

¹ In this sense, among others, see C. HODGES, *Collective Redress in Europe: The New Model*, in *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 24/2010, 370 et seq.; F. BENATTI, *Note in tema di class actions transfontaliere*, in *Danno e responsabilità*, 1/2012, 5 et seq.

The multiplication and the fragmentation of the prejudices caused in the market society (for instance in the supply of mass goods or services), on the one hand, and the inadequacy of the remedy offered by the individual compensatory action, on the other, determine an unsatisfactory result.

The right formally recognized to the consumer to obtain the restoration of the suffered damages (on a case by case basis) remains substantially unrealized in the overwhelming majority of cases; moreover, the enterprise can enjoy the inefficiencies of the judiciary and trial system because, by subtracting a full and effective compensation or restitution obligation, it can preserve in full, or in any case to a very large extent, what we could define ‘over-profit’ deriving from the unlawful behavior².

For this reason, class actions have been recognized in recent law reforms to pursue damage compensation, legal certainty (and - of course - less overloading of Courts), private enforcement and deterrence towards future unlawful behavior³. Obtaining compensation for the harm suffered by individuals is the ‘raison d’être’ of class actions⁴.

Market regulation aims to maximize social welfare by guiding a proper behavior of social agents, but however it may not be able to answer adequately to market failure: for example, the fact that a number of

² P. MARTINELLO, *La Class Action*, in *Consumatori, Diritti, Mercato*, 1/2006, 91.

³ See, *inter alia*, A. DI LANDRO, *La “nuova” azione di classe. Linee di riforma e riflessioni critiche*, in *I contratti*, n. 2/2016, 64 et seq.; A. MARCIANÒ, *Azione collettiva: diverse esperienze a confronto*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 3/2011, 269 et seq.; B. DI GIACOMO RUSSO, *La class action italiana*, in *Il giudice di pace*, 2/2012, 170; F. BENATTI, *Il danno nell’azione di classe*, in *Danno e responsabilità*, 1/2011, 14 et seq.; F. BENATTI, *Note in tema di class actions trasfrontaliere*, cit., 5; S. CAPORUSSO, *L’azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*, in *Rivista di diritto civile*, 5/2014, 1199 et seq.

⁴ BEUC, *European Group Action. Ten Golden Rules*, in <http://www.beuc.eu/publications/2008-00394-01-e.pdf>.

economic agents can't protect their own rights against injures. This fact may produce a severe effect of under-deterrence in market⁵.

In this context, class actions are useful to solve problems relating to the access of consumers to justice, with reference both to the simplification of ordinary civil proceedings, aimed at resolving conflicts of modest economic value (so-called *small claims*) and to the promotion and enhancement of out-of-court dispute resolution tools (so-called alternative dispute resolution) thorough actions of collective interest⁶.

Disputes arising from consumers everyday life need collective remedies which may facilitates access to justice by those whose rights have been violated by one and the same entity (the so-called 'mass torts')⁷. A class action, *i.e.* a lawsuit brought by a group of claimants, allows claimants to enforce their rights collectively where they would not have done on an individual basis because of the cost or the time that it entails⁸.

The Class Action (art. 140-bis, Italian Consumer Code: see *infra* par. 4) is an action aimed to «protect the homogeneous individual rights and collective interests of consumers and users»⁹, for the assessment of responsibility and for the conviction of damages and refunds, deriving from damages or breaches, related to consumption. This trial institute, born in North America with the 'mass tort litigation', is aimed to protect in the same process a multiplicity of subjective situations that are distinct but homogeneous. In the class actions, the claimant acts in the name of a group of individuals who have a right or common interest, *i.e.* a series of

⁵ G.B. RAMELLO - D. PORRINI, *Class Action and Financial Markets: Insights from Law and Economics*, in *Journal of Financial Economic Policy*, 3(2)/2011, 22.

⁶ See: App. Milan, Sec. II, 3 March 2014, in *DeJure*, Giuffrè. In the same sense: Z.S. TANG, *Consumer Collective Redress in European Private International law*, in *Journal of Private International law*, 7/2011, 101 et seq.; P. MARTINELLO, *cit.*, 99.

⁷ A. MARCIANÒ, *cit.*, 271.

⁸ M. MORANI, *L'azione di classe in Europa, aspettando la Corte di Giustizia europea sul caso Schrems v. Facebook*, in *Int'l Lis*, 3-4/2016, 120 et seq.

⁹ Translation mine.

subjects holding positions suitable to be autonomously protected as for (contractual or extra contractual) damages compensation¹⁰.

Collective actions or class actions arise from the need to allow (for reasons of justice, procedural economy and legal certainty) those who are in a certain situation to benefit from the remedies that others, having acted in Court and having been victorious, may exercise against the defendant. Class actions allow to protect in a same judgment a multiplicity of subjective situations that are distinct (because they belong to different individuals), but homogeneous (because they originate from the same tort or infringement). The subjective situations object of protection through collective action derive from a mass damage: the plurality of prejudices caused by the same unlawful conduct.

The possibility of filing class action is aimed to recover economic loss (the redress of ‘non-economic’ loss is a moot point¹¹) by private individuals and, in the meantime, it produces a public goal – *i.e.* deterrence – that affects the correct functioning of market and social welfare¹².

Moreover, class actions redress is to be placed along a deterrent/sanctioning trend of contemporary tort law as referred to by the recent ruling in the field of punitive damages¹³.

2. *European background*

At European level, a system of ‘class action’ has already been introduced through the Injunction directive (n. 98/27/CE), giving

¹⁰ P. MARTINELLO, cit., 91.

¹¹ C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell’azione di classe*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 11/2011, 512; G. AFFERNI, *Recenti sviluppi nell’azione di classe*, in *Contratto e impresa*, 6/2013, 1275.

¹² G.B. RAMELLO - D. PORRINI, cit., 22.

¹³ F. SAGUATO, *Azione di classe e risarcimento del danno non patrimoniale “omogeneo”*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1/2018, 17.

consumers associations a mandate to act on behalf of collective consumers interests.

Among EU initiatives which introduced forms of protection of the collective interests of consumers through actions of injunction, aimed at the cessation of professional harmful behavior, we may recall the misleading advertising directive (1984), the abusive clause discipline (1993), the (above mentioned) directive concerning injunctions for the protection of consumers' rights and interests (1998) and lastly unfair commercial practices rules (2005).

Later, with the Recommendation 2013/396/EU (on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in EU countries)¹⁴, EU sets out a series of common (although not binding) principles for national collective redress mechanisms¹⁵.

The first aim is to enable citizens and companies to enforce their rights granted under European Union (EU) law, if they have been infringed. Furthermore, there is a need of justice, legal certainty and procedural economy. These redress mechanisms should be available in different areas where EU law grants rights, such as in consumer protection, competition, environmental protection and financial services. In such cases the plaintiff does not pursue his/her own individual rights, but acts on behalf of consumer interests as such.

According to EU Recommendation 2013/396/EU collective redress procedures must be fair, equitable, timely and not prohibitively expensive.

¹⁴ S.I. STRONG, *Regulatory Litigation in the European Union: Does the U.S. Class Action Have a New Analogue?*, in *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper*, 25/2012, 1 et seq.

¹⁵ L. PANZANI, *La class action nel diritto italiano e nel diritto europeo*, in www.distretto.torino.giustizia.it/distretto/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=1301, 13 et seq. On the different perspectives of injunction and compensation in Italian law, see: I. PAGNI, *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2008, 127 et seq.

Collective redress systems should be based on the «opt-in» principle (see later paragraph 5)¹⁶. Under this principle, potential claimants who have not directly expressed their consent are not members of the group and therefore may not benefit directly from a favorable outcome of the collective redress proceedings.

However, although this decision is a perfectly legitimate exercise of public policy, its contraindications cannot be ignored: for example, the fact that «opt-in» procedures tend to result in smaller groups than «opt-out», thereby reducing the deterrent effect of the device¹⁷.

«Opt-in» choice with its smaller size is also the result of certain logistical difficulties associated with creating an «opt-out» class.

Developing the new cross-border class action, European institutions need to be aware of these sorts of pragmatic concerns and, if necessary, provide so that any procedures may reach the desired regulatory effect free from any distortion¹⁸.

In this perspective, according to EU policy, there should be procedural safeguards to avoid abuse of collective redress systems, such as: (i) the *loser pays rule* (the losing party is required to pay the winning party's legal costs); (ii) a ban on punitive (*i.e.* excessively high) damages; (iii) entities representing claimants should not be profit-making; (iv) a ban on the payment of contingency fees to lawyers.

As for (i), European system shares the *loser pays rule* in contrasts with the *American rule*, under which each party is generally responsible to pay its own attorneys' fees, unless a statute or contract provides for that assessment. The rationale for the *English rule* is that a litigant (whether bringing a claim or defending a claim) is entitled to legal representation

¹⁶ S.I. STRONG, *cit.*, 64 et seq. This choice is due to many factors, for example to the fact that «opt-out» mechanism is not considered constitutionally correct in several European Member States.

¹⁷ S.I. STRONG, *cit.*, 66.

¹⁸ *Ibidem*.

and, if successful, should not be left out of pocket by reason of legal fees. This rule works where damages are considered as merely compensatory.

The ban of punitive damages (ii) – they are inflicted on the damage author with a satisfactory function and but the further purpose of preventing the repetition of the same behavior that caused the harm (this ban was recently rejected by Italian Court of Cassation¹⁹) - in Europe aims to avoid that trial can be used as an opportunity for profit²⁰ and for the same reason (iii) entities representing claimants should not be profit-making. This choice also reflects constitutional concerns expressed by various Member States, regarding the way in which punitive damages blend private and public (*i.e.*, criminal law) goals. The decision to exclude punitive damages is incardinated in a public policy perspective. However, legal doctrine have suggested that it may reduce the regulatory value and the impact of class actions²¹. European authorities should rather consider whether the coherent European approach to cross-border class actions needs to adopt special devices to improve this regulatory effect and to counteract its reduction caused by the «opt-in» choice²².

Contingency fees to lawyers (iv) are in principle not admitted to avoid abuse of collective redress systems²³.

¹⁹ Recently, see: Italian Court of Cassation (United Sections), 5 July 2017, n. 16601, in *DeJure*, with comment of G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 10/2017, 1413 et seq.

²⁰ The recent trend of the U.S. Supreme Court to limit exorbitant (reimbursements within) punitive damages, introducing more ‘realistic’ amounts [BMW of North America Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996)], could at this point also turn our legislator - frightened by the disproportionate compensation granted by the American judges - back on his feet (A. MARCIANÒ, *cit.*, 279).

²¹ S. CAPORUSSO, *cit.*, 1199 et seq.

²² S.I. STRONG, *cit.*, 67.

²³ For an overview of punitive damages in U.S. system, see *ex multis*: F. BENATTI, *Danni punitivi e “class actions” nel diritto nordamericano*, in *Analisi giuridica dell’economia*, n. 1/2008, 231 et seq.

The EU policies and principles are completely different from the American experience: here class actions are generally expensive, they involve high attorneys' fees, huge redress with punitive damages; they allow Courts to create public policy and overlap the legislative function of society regulation²⁴.

According to Recommendation 2013/396/EU the judge has a key role in the collective litigation to effectively manage the case and also against any possible abuses. Claimants should be able to settle the case by means of collective consensual dispute resolution mechanisms (*i.e.* procedures whereby parties reach consensus on a solution).

Class actions therefore allow an effective protection of individual positions and at the same time perform a market regulation function through a more effective compensation; they are meant to the composition of the interests and conflicts that arise between market players²⁵.

Class actions appear to be functional to the need of control and social responsibility of the enterprise²⁶.

3. *Class action Golden anniversary*

Class action was firstly introduced in 1912 (radically modified in 1938) in the United States, but in 1966 it got its full implementation and actual

²⁴ However, these aspects are not necessarily related to class action litigation, but to the peculiarities of American system, that reflect political, ideological, constitutional, structural and technical differences between the systems that cannot be disregarded if one wants to approach the topic of class action suits from a comparative perspective (see: A. GIDI, *Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries*, in *The American Journal of Comparative Law*, n. 51/2003, 315).

²⁵ In a market economy consumer satisfaction plays a central role. The possibility of solving conflicts quickly, cheaply and effectively has a great meaning, since group action can play an important role to strengthen the consumer side and to play a positive effect on the market as such (see: Z.S. TANG, *cit.*).

²⁶ P. MARTINELLO, *cit.*, 91.

physiognomy²⁷ and thus, recently, the modern *Rule 23* of *Federal Rules of Civil Procedure* had its golden anniversary²⁸. The rule is rooted in the turbulent scenario of 1960s and was designed to enhance civil rights enforcement to challenge racial inequality and subordination²⁹.

A half – century since its creation, in an incandescent American civil rights climate, *Rule 23* rationale remains unchanged³⁰, although also different purposes are at stake now: market regulation and incentives, private enforcement, efficiency and deterrence³¹. Nowadays, in fact, class action is useful to empower consumers to enter the regulatory framework by aligning public and private interests³². Its power is to enable the vindication of claims (especially *small claims*), that otherwise would never

²⁷ Moreover, it is useful to remember also the Class Action Fairness Act of 2005 (see: L. FRATA, Il class action fairness Act of 2005: problemi e prospettive, in *Danno e Responsabilità*, n. 1/2006, 13 et seq; C. PONCIBÒ, *La controriforma delle class actions*, in *Danno e responsabilità*, 2/2006, 124 et seq.

²⁸ S.M. MALVEAUX, *The Modern Class Action Rule: Its Civil Rights Roots and Relevance Today*, in *CUA Columbus School of Law Legal Studies Research Paper* n. 2/2018, 325 et seq.: «The modern class action rule recently turned fifty years old – a golden anniversary. However, this milestone is marred by an increase in hate crimes, violence and discrimination. Ironically, the rule is marking its anniversary within a similarly tumultuous environment as its birth – the civil rights movement of the 1960's».

²⁹ In argument, see: M. HANDLER, *The shift from substantive to procedural innovations in antitrust suits: the twentythird annual antitrust review*, in *71 Colum. Law Rev.*, n. 1/1971, 5 et seq.; W. SIMON, *Class actions: useful tool or engine of destruction*, in *Federal Rules Decisions*, n. 55/1973, 375 et seq.; G.L. PRIEST, *Procedural Versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions*, in *Journal Legal Studies*, n. 26/1997, 521 et seq.; A. GIUSSANI, *Studi sulle “class actions”*, Cedam, Padova, 1996, 155 et seq.

³⁰ Recently, see S.M. MALVEAUX, cit., 325 et seq. Nowadays, according to the Author, prejudice against religious, ethnic and racial minorities, among others, and the rebirth of activism to counteract this trend lead back to the origin of the modern class action rule.

³¹ G.B. RAMELLO & D. PORRINI, cit..

³² G.B. RAMELLO & D. PORRINI, cit., 2. For example, in the case of financial markets, according to law and economics perspective, this refers to investor's ability to file class action which are ex-post regulatory devices permitting the recovery of losses and generating a deterrent effect that promotes efficiency (at 4).

be litigated; so, wide purposes had been involved since its birth: in addition to civil right, health and consumer protection, environmental matters, and so on³³.

Now, it contains the model for class actions aimed to obtain compensation for damages deriving from the violation of parallel and homogeneous individual rights³⁴. This model was fully followed in Quebec (since 1979)³⁵ and in Australia (since 1991)³⁶⁻³⁷. We distinguish injunctive and damage class action.

The first is aimed to the cessation of the harm (inhibitory effect) and the correction of its effects, the second to damage compensation³⁸.

The pillars of U.S. class actions are the aggregation of separate claims and the indirect representation of absent parties: through the class action, therefore, a limited number of members of the group constituted by those who have suffered the loss can propose a trial for the benefit of the whole group³⁹.

Large powers are give to the judge, which concern both the admissibility of the class action⁴⁰ and its conduct, also for the control of

³³ G.B. RAMELLO & D. PORRINI, cit., 9-10.

³⁴ G.P. MILLER, *Punti cardine in tema di "class actions" negli Stati Uniti e in Italia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2008, 211 et seq.

³⁵ See S. FINN, *The Quebec class actions: a roadmap*, LexisNexis, Toronto, 2016.

³⁶ See D. GRAVE, K. ADAMS, J. BETTS, *Class actions in Australia*, Thomson Reuters Pymont, N.S.W., 2012.

³⁷ Class action litigation procedure, however, is not completely the same in different countries and in different States in U.S. The national laws differ as to the scope, the pre-requisites to take class action, the qualification of the acting party, the way to join claimants in the action and the binding effect over all claimants in the group action. In argument, see Z.S. Tang, cit., 101 et seq.

³⁸ P. MARTINELLO, cit., 92.

³⁹ G.B. RAMELLO & D. PORRINI, cit., 11.

⁴⁰ During the *pretrial phase*, the judge must decide about the requirements of 'numerosity', 'commonality', 'typicality' and 'adequacy of representation'. If these

transactions between the parties, the calculation and distribution of compensation sums. If the class action is admitted, the judge establishes how to perform notification: *i.e.* how to inform all the potential interested parties about the start of the action. The notices must be made, if possible, through personal communication to the members of the group or, otherwise, through other forms of publicity decided by the judge, such as publication of advertisements in newspapers or even television messages.

A typical aspect of the U.S. class action is the «opt-out» system⁴¹. Those entitled to ‘exclude themselves’ from the action can express the «opt-out» right and proceed with individual actions. If consumer has not expressed the «opt-out» option the judgment will state against him⁴².

If the judge accepts the request, he may order the defendant to pay amounts in favor not only of the person who acted, but also of all those who are in a similar situation (although not individually identified at this stage). The total sum is paid to a special fund managed by administrative bodies under judicial supervision. It is possible that the unlawful gains of the defendant can sometimes be ascertained, but the victims of the crime are not detectable. In such cases, the Court can equally pronounce the sentence, and assign the relative sums to a group of subjects that corresponds approximately to the actual victims of the tort, with a mechanism called ‘fluid class recovery’. In this case, the compensation for damages is attributed, rather than to the individuals who have suffered the offense, to the category of which they are part and the perpetrator of the crime is at least deterred from repeating it in the future⁴³.

profiles occur, he admits class action (through ‘certification’). Otherwise, actors can decide to act individually. In argument, see: A. MARCIANÒ, *cit.*, 278.

⁴¹ S. ISSACHAROFF, *Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions*, in *Notre Dame Law Review*, 77/2002, 1057 et seq.

⁴² Those who, having received the notification, have not asked to be excluded from the group will be bound by the decision, which will produce the effects of *res judicata* against them.

⁴³ P. MARTINELLO, *cit.*, 93.

U.S. class action has increasingly been used to protect groups of citizens for damage to health or to the environment, to protect consumers for defective product damage and, more recently, investors and savers who are victims of financial loss. In the vast majority of cases, the class actions end with an agreement between the parties and not with a court order⁴⁴.

Although originally envisioned as a device to protect consumers, class action litigation has become an inefficient mean of redress for individuals and a very costly eventuality for businesses⁴⁵, with the problem of the overuse and the abuse of the litigation system. In fact, the number of class action proceedings in the United States is astonishing⁴⁶; sometimes, the problem of *overdeterrence* caused by so-called *legalized black-mail* lead the parties to compromise even in case of class actions of dubious validity⁴⁷.

This situation determines a huge impediment to the competitiveness of U.S. businesses: nowadays, for instance, CEOs maintain that they prefer London to New York due to the litigation costs and risk associated with U.S. markets⁴⁸.

4. *Italian Scenario of Class Action Litigation*

Currently, Draft law n. 1950 is being examined at Italian Senate with the aim to reform class actions rules. If this reform will pass, it will find a

⁴⁴ P. MARTINELLO, cit., 94; A. MARCIANÒ, cit., 279.

⁴⁵ B.J. BONDI, *Facilitating Economic Recovery and Sustainable Growth through Reform of the Securities Class-Action System: Exploring Arbitration as an Alternative to Litigation*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 33 /2010, 615 et seq.

⁴⁶ For further details, see: B.J. BONDI, cit., 607 et seq. For this reason, according to the Author, as for securities litigation, arbitration appears more efficient to resolve disputes minimizing the burdens of judicial systems.

⁴⁷ See L. AGLIASSA, *La class action nei confronti delle banche*. In http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/agliassa_l_la_class_action_nei_confronti_delle_banche_2013.pdf, 83.

⁴⁸ MCKINSEY & Co., *Sustaining New York's and the U.S. Global Financial Services Leadership*, available at http://www.nyc.gov/html/om/pdf/ny_report_final.pdf, 75.

place in the new title VIII-*bis*, book IV, artt. 840-*bis* to *sexiesdecies*, Civil Procedure Code (with the abrogation of art. 140-*bis* Cons. Code, now regulating class actions), creating a general redress right for mass damages (art. 840-*bis* c.p.c.)⁴⁹ that matches with an injunction provision (art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.)⁵⁰.

At the moment, we find class action regulation in Italian Consumer Code⁵¹. Since its approval in the Italian system (with law 24 December 2007, n. 244), the discipline of class action has experienced a (difficult) regulatory and application process⁵², while in a few years the text of art. 140-*bis* Cons. Code has been reformed and modified in its framework.

Class action is a device through which each plaintiff, either an individual consumer or a consumer organization, can seek redress and ask for a decision on behalf of a group with equal or homogeneous rights, giving the members of the group the right to enforce their rights in accordance with the decision⁵³. Claimants should be able to seek Court orders to cease violations of their rights granted by EU law ('injunctive relief': art. 140 Cons. Code) and to claim damages for harm caused by such violations ('compensatory relief': art. 140-*bis* Cons. Code) in a case where a large number of persons are harmed by the same unlawful practice.

The power to act through class action is given to any consumer or user, while the previous discipline enabled to act only consumer associations or

⁴⁹See: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/45728.pdf>.

⁵⁰ For a comment to the bill, see: A. DI LANDRO, cit., 64 et seq.

⁵¹ G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *I Contratti*, 6/2008, 545 et seq.

⁵² S. CAPORUSSO, cit., 1199 et seq.; A. DI LANDRO, cit., 64 et seq.

⁵³ G. ALPA, *L'art. 140-bis del codice del Consumo nella prospettiva del diritto privato*, in G. CONTE, V. VIGORITI V. (Eds.), *Futuro, Giustizia, Azione collettiva, Mediazione*, Giappichelli, Torino, 2010, 379 et seq.; L. PANZANI, cit., 13 et seq. For a wide screen of Italian Courts judgments in this field see: G. AFFERNI, cit., 1275 et seq.; E. Ferrante, *Azione di classe – la via italiana alla class action fra interesse di classe e regole ostruzionistiche per le adesioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1/2017, 64 et seq.

committees considered by the judge adequately representative of collective interests.

Through this change (occurred in 2009), a clear distinction was made with respect to the collective inhibitory actions (articles 139 and 140 Cons. Code) that remain entrusted, not to individual representatives of a class, but to the representative associations of consumers included in the list provided for by art. 137.

Through the model of class actions of art. 140-*bis* (*Azione di classe*), the claimant aims to get an assessment of responsibility and a condemnation for damages compensation. According to art. 140-*bis* Cons. Code, the class action protects: a) the contractual rights of a plurality of consumers and users who are towards the same company in an homogeneous situation, including the rights related to contracts stipulated in accordance with articles 1341 and 1342 of the Civil Code; b) the homogeneous rights due to the final consumers of a given product towards the relative producer, even beyond the existence of a direct contractual relationship; c) the homogeneous rights to the redress of the prejudice deriving to the same consumers and users from unfair commercial practices or anticompetitive behavior.

Not everyone can exercise a class action, but only consumers or users towards professionals⁵⁴. According to art. 3 Cons. Code, consumer and user is ‘the natural person acting for purposes unrelated to business,

⁵⁴ See: App. Milan, 3 March 2014, in *DeJure*. In case of class action towards public administration we discuss of *public class action* which is regulated by Legislative Decree n. 198/2009. It is completely different from consumer class actions since it doesn't allow compensation but only injunction. In argument, see: T.A.R. Salerno (Campania), Sec. I, 16 October 2013, n. 2054, in *DeJure*; Trib. Rome, 2 May 2013, *ibidem*. In literature, see: A. MARCIANÒ, cit., 275; M. ZINGALES, *La class action pubblica e i suoi limiti nelle ipotesi di disfunzioni organizzative: una sentenza monito*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/2012, 1096 et seq. According to the Draft law n. 1950 (currently under discussion at Parliament), class action should be sued also towards public service or public utility body relating to events caused in carrying out their activities (art. 840-*bis*, par. 2, c.p.c.).

commercial, craft or professional activity'. Only 'individuals' are considered consumers under the law⁵⁵.

The plaintiff may give a mandate to a consumer association or committee to sue on his behalf. Each consumer can take a class action individually or through associations or committees in which he participates, according to the mechanism of legal representation (article 140-bis, paragraph 1, Cons. Code). The class action doesn't preclude individual protection, unlike the American system, which involves all the participants in the class with the different mechanism of the «opt-out», unless they expressly declare not wanting to get involved in the action.

Who can be sued? Only companies can be named as defendants under the law. Consumer code uses the word '*impresa*' to describe defendants. This word seems to include what is referred to as a 'company' in English, the law does not specify the nature of the activity, nor it is precise about the necessity for the company to have its registered office on the national territory, or the possibility of having it even abroad. In the uncertainty left by the rule, it is deemed that both Italian and foreign companies may be sued by the new art. 140-bis Cons. Code⁵⁶.

⁵⁵ This is a very controversial point for equality reasons: in particular, the impossibility to sue class actions for not *consumers* who may be in a situation of substantial awe and weakness compared to 'strong' companies and may be holders of small claims (*i.e. SME*: small or medium enterprises), or for individuals who are in a similar situation, but are not *consumers* in a technical sense. For this reason, the Draft law n. 1950 (currently under discussion at Parliament) extends the active legitimacy to each component of the class (see art. 840-bis, par. 1, c.p.c.) without reserving it only to consumers. In argument, see: V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Rivista di diritto privato*, 3/2010, 24 et seq.

⁵⁶ N. CALCAGNO, *Italian class action: the beginning*, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1875424>, 2.

As for jurisdiction, the competent forum for class actions is the ordinary court of the capital city of the region where the defendant company has its registered office⁵⁷.

Italian class action protects the *homogeneous* individual rights and collective interests of consumers and users.

Before the changes introduced by the decree of 2012 the second paragraph of the art. 140-*bis* specified that the various types of rights (protected with the class action) had to be ‘identical rights’⁵⁸. The reference to the identity of the rights had the function of preventing that different situations could be deduced in the trial and with the expression ‘homogeneous rights’, the legislator meant to refer to subjective legal situations characterized by the homogeneity of most of the constitutional elements⁵⁹ (this criterion recalls the U.S. requirement of *commonality*)⁶⁰.

⁵⁷ Draft law n. 1950 establishes that the class action has to be sued at the Tribunal, enterprise section (art. 840-ter, par. 1, c.p.c.).

⁵⁸ For the applications of this requirement, see e.g.: App. Turin, Sec. I, 23 January 2011, in *Foro it.*, 2011, 3422, according to which the identity of the protected individual rights had not be understood according to an impracticable *literal* sense, but it would have been rather harmonized with the provision of *homogeneity* of these rights, contained in the first paragraph of art. 140-*bis* Cons. Code and then verified in relation to the *petitum* (to be understood as the object of protection and therefore of the required pronouncement: not the identity of any damage suffered by each investor, as mere unimportant circumstance, in the sense said, of the investors rights) and to the *causa petendi* (which legal reason for their foundation). See also: Trib. Rome, Sec. XIII civ., 11 April 201, in *DeJure*, according to which for class action admissibility it was not enough to attach a damage that could be compensated (on the part of one or more consumers, so that collective action may be proposed), but the existence of a *quid pluris* represented by the general interest of the category or group, consisting in the *identity* of the rights due to consumers. To understand *identity* two conditions were required: a) whether they are rights that have the same origin, or arise from an identical constitutive fact; b) that these are rights whose judgement and protection involve the same matters of fact and law, so that the judge’s decision can be based exclusively on assessments of a common nature that allow a uniform and unitary liquidation of damages for all potentially potential claims.

⁵⁹ L. PANZANI, cit., 5.

Legal doctrine aimed to clarify this requirement has identified homogeneous individual rights as those interests of the single user or consumer (damages deriving from a defective product, from non-performance of a contract, from incorrect commercial practices) that share an analogous basis regarding multiple subjects⁶¹. Homogeneity is based on a common basis: the presence of a substantial assimilability of the various claims relative to the illicit conduct⁶².

Italian class action proceeding involves four main phases: (i) an admissibility decision, (ii) appeal, (iii) preliminary investigation (iv) a liability and damages stage⁶³.

At the end of the first hearing, the Court decides with *ordinanza* on the admissibility of the question (in the U.S. system this decision is the so-called *certification*)⁶⁴. This preliminary assessment of admissibility is not a

⁶⁰ See: R. CAPONI, *Azioni di classe: il punto, la linea e la discontinuità*, in *Foro italiano*, 4/2012, 149; L. PANZANI, cit., 6; M. WINKLER, *L'azione di classe italiana: problemi teorici e applicativi di una normativa difficile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 7-8/2010, 1675 et seq.

⁶¹ See N. CALCAGNO, cit., 2.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ The Draft law n. 1950 establishes three different steps in the class action proceeding: 1) *certification*, i.e. the assessment of class action admissibility, this phase ends with an ordinance with which (pursuant to art. 840-*quinquies* c.p.c.) the judge sets a deadline for the adhesion to the same action by subjects carrying homogeneous individual rights (art. 840-*ter* c.p.c.); 2) *the decision* that has a list of contents (among which, once again, the definition of 'homogeneous individual rights', after which it is possible to proceed to the adhesions if not provided before); 3) *third step*, which includes: the possibility of further defense of the defendant on each application for membership; the decision of the delegated judge with a succinctly motivated decree on the acceptance, even partial, of the applications for membership; the preparation, by the common representative of the members, of a program indicating, for each member, the sums that the defendant will have to liquidate (art. 840-*octies* c.p.c.).

⁶⁴ M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 10/2010, 1932 et seq.; F. DE SANTIS, *La pronuncia sull'ammissibilità della "class action": una "certification" all'italiana?*, in

mere ‘filter’: on the one hand, its purpose is to protect (declaring inadmissibility) the defendant company against rash and pretentious actions that could jeopardize its professional image on the market, and, on the other hand, to incentivize (declaring admissibility) the adhesions of consumers holders of homogeneous rights, reassuring them of the officiality of the initiative⁶⁵.

The Court can suspend the judgment when on the same facts of the trial is underway an investigation before an independent authority or a judgment before the administrative judge. The judge cannot certify the action when it is manifestly unallowable, when there is a conflict of interest or when the judge sees no homogeneity of the individual rights that can be protected pursuant to art. 140-*bis*, par. 2, Cons. Code, as well

Analisi giuridica dell'economia, n. 1/2008, 143 et seq.; M. SCHIRRIPA, *Azione di classe e ordinanza di inammissibilità – Il Commento*, in *I Contratti*, 11/2015, 979 et seq.; E. FERRANTE, cit., 64 et seq. See for instance: Trib. Milan, 8 November 2013 in *DeJure*; Trib. Venice, Sec. III, 25 May 2017, *ibidem*. For the requirement of *homogeneity* see: Trib. Venice, Sec. III, 12 January 2016, *ibidem*; App. Venice, Sec. IV, 3 November 2017, n. 2696, *ibidem*; App. Milan, 3 March 2014, *ibidem*; App. Milan, Sec. II, 3 March 2014, *ibidem*. According to this last ruling, for the correct interpretation of the term *homogeneous* (art. 140-*bis* Cons. Code), the rationale underlying the introduction of the class action must be taken into account. This rationale aims, on the one hand, to increase consumer confidence in the functioning of the market and in the use of an effective protection tool and, conversely, to allow entrepreneurs a general assessment of damages to be compensated, with a view to an overall simplification of consumer disputes. Therefore, it is not possible to claim that the legal position of a consumer must be completely overlapping with that of another, since this would result in a substantial repeal of the rule and would conflict with the legislative intent that used the adjective ‘homogeneous’ in consistency with the purposes of the provision, since the cases must be similar but not identical.

⁶⁵ D. AMADEI, *Azione di classe – L'azione di classe inammissibile, tra effetti preclusivi e ricorso per Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 8-9/2017, 1856 et seq.; P. FIORIO, *Professionista e consumatore, un discrimine formalista?*, in *Giurisprudenza italiana*, 3/2012, 377 et seq.; Conte, 2010, 100 et seq.

as when the proponent does not appear able to adequately represent the interests of the class (art. 140-*bis*, par. 6, Cons. Code).

Art. 140-*bis*, par. 7, Cons. Code provides for the possibility to appeal against the order (*ordinanza*) that concludes the judgment of admissibility by presenting a claim before the Court of Appeal within the deadline of 30 days from its disclosure or notification if anterior⁶⁶. The Court of Appeal pronounces the answer within 40 days from the filing of the appeal, with an order handed down in closed session. The appeal brought against the order does not suspend the proceedings before the Court.

The third stage is disciplined by paragraph 11: through the order of admissibility, the Court establishes the further course of the proceeding by «assuring, in respect of the contradictory trial, the fair, efficacious and prompt handling of the case»⁶⁷. Together with this order (or rather with a later order which is adjustable or revocable at any time) the Court promulgates the preliminary inquiries as well as the provisions concerning the publicity that is to be done dropping any formality that is not essential to the trial. In this phase, after the judge's order, the parties can present experts and the Court can name official technical Consultants, following the usual rules dictated by the Civil Procedure Code for the civil proceedings.

Italian system of class action is «opt-in»⁶⁸: according to art. 140-*bis*, par. 3, Cons. Code, consumers and users must adhere to the class action (without ministry of defense, even by certified e-mail and fax)⁶⁹.

⁶⁶ Contrariwise, according to Draft law n. 1950, the judgment of the Court of Appeal can be appealed before the Court of Cassation (art. 840-*ter*, par. 7, c.p.c.). In jurisprudence, see: Cass., Sec. III, 24 April 2015, n. 8433, in *DeJure*. Contrariwise, see: Cass., U.S., 1 February 2017, n. 2689, *ibidem*; see the comment of D. AMADEI, cit., 1856 et seq.

⁶⁷ Translation mine.

⁶⁸ G. BRUZZONE - C. DI NOIA, *Il sistema di "opt-in" italiano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2008, 61 et seq.

⁶⁹ The formal act of adhesion to class action must contain all the personal data of the consumer and the documents proving his/her position with respect to the company. This

The adhesion implies renunciation of any individual action based on the same title. Pursuant to paragraph 9, lett. b) of the art. 140-*bis* Cons. Code, the Court, with the ordinance of class action certification, establishes the peremptory term, not exceeding 120 days, within which the acts of adhesion, also through the plaintiff, are deposited in the chancellery. After the expiration of this deadline (for the adhesion) the possibility of proposing further class actions against the same company is excluded⁷⁰. However, who has not joined in time can act individually to protect his/her rights.

Consumers ('*aderenti*') who decide to «opt-in» don't become technically parties in the proceedings, they will only share its results⁷¹. From a formal procedural point of view, the proceeding remains a bilateral one with only one party representing all the persons who «opted-in»⁷².

act, in order to take effect, must be deposited, within the indicated deadline, at the judge's chancellery.

⁷⁰ According to Draft law n. 1950 (artt. 840-*quinquies* and *sexies* c.p.c.), each component can join the class action in two distinct moments: a) in the phase immediately following the ordinance that admits the action (and which sets a deadline for membership and defines the characteristics of homogeneous individual rights); b) in the phase following the sentence of conviction: while accepting the class action, the judge provides on the claims for compensation, but at the same time defines the characteristics of the homogeneous individual rights of the class, identifies the documentation to be produced by the members and assigns a term not exceeding 180 days for membership. In this stage, with the same provision, a delegated judge is also appointed to manage the membership procedure and a common representative of the members (art. 840-*sexies* c.p.c.). The common representative of the members is a new figure in class action proceeding: he has several powers, among which we can recall the preparation of the project of the homogeneous individual rights of the members, giving each one its justified conclusions and depositing it (art. 840-*octies*, par. 2, c.p.c.). The common representative of class members can ask the judge to appoint one or more experts with particular technical expertise to assist him in the assessment of the judicially relevant facts (art. 840-*octies*, par. 3, c.p.c.).

⁷¹ Trib. Turin, 14 April 2014, in *DeJure*.

⁷² N. CALCAGNO, cit., 3.

Once the criteria have been established to identify the class members (together with the forms, the terms for advertising the action and the deadline), each consumer can join the class, the judge will fix the calendar of the process by deciding the date of the hearings and the manner in which they will have to perform the second stage of the trial. Thus, the trial continues with the hearings before the judge, who (in this second stage of the trial) has the task of ascertaining the facts to decide whether accepting or not the claim for damages in favor of all consumers who have joined the class. Considered the complexity of this proceeding, the legislator has given judge a wide discretionary power to manage the process in the best way and on a case-by-case basis.

Once the obstacle of certification is over, the campaign for membership by members of the class is ended, and the judge has performed the necessary investigations to verify the existence of the rights of consumers, there is the last stage of the trial with the pronouncement of the sentence of rejection/acceptance of consumers' claim.

If the claim is accepted, in addition to ascertaining the responsibility of the company, the judge will condemn the company to pay to each member adherent a sum of money⁷³. This sum will be the same or different for each consumer: if the behavior of the company has differently infringed the rights of consumers, in the sentence the judge will only indicate a homogeneous criterion of calculation that allows to go back to the sum due to each damaged. This prevents the judge from calculating for each damaged adherent the amount of damage suffered.

If consumers are not able to give proof of the precise amount of the damage suffered, the judge can establish it on an equitable basis⁷⁴: where the proof of the damage is impossible or difficult, the judge is given the chance to determine the amount in any case. This does not mean that

⁷³ In argument, see: F. SAGUATO, cit., 15 et seq.

⁷⁴ Art. 140-bis, par. 12, Cons. Code.

the judge can condemn defendant to pay punitive damages that are, in principle, not consonant with our law order⁷⁵.

Pursuant to paragraph 14, the sentence that defines the judgment applies to the members who took part in class action proceeding. According to paragraph 15, the waivers and transactions between the parties do not affect the rights of members who have not expressly taken action.

All other consumers who have not participated to the class action litigation, will be free to propose individual action, but not another class action based on the same facts.

What about non-pecuniary loss? From the point of view of the recent Courts trends⁷⁶ and of Italian constitutional system - as well as of European private law - an exclusion of non-pecuniary damage (from the area of damages compensation with class action) would be a not justifiable choice in contradiction with what can be now defined as the *esprit du temps* on this field⁷⁷; non-pecuniary loss should rather become the heart of the Italian class action so as to make it an efficacious and persuasive protection tool⁷⁸.

⁷⁵ But, recently, see: Cass., SS. UU., n. 16601/2017, cit., with comment of G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 10/2017, 1413 et seq.

⁷⁶ The benchmark for non-pecuniary losses in Italy is given by ‘San Martino rulings’: Cass., U.S., 11 November 2008, n. 26972-26975, in *Foro it.*, 2009, c. 139, with comment of E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*.

⁷⁷ C. SCOGNAMIGLIO, cit., 512. According to G. AFFERNI, cit., 1275 et seq., the two problems for the admissibility of non-pecuniary damage in class action proceedings are given by (i) the personalization of the damage and (ii) the requirement of the severity of the injury of an inviolable right; thus, he maintains that the first principle avoids different injuries to be sued through the same class actions, while the second principle should be dismissed or at least tempered in the class action.

⁷⁸ N. CALCAGNO, cit., 6.

In jurisprudence, the Court of Appeal of Milan has recently admitted the redress of non-pecuniary damages through the class action⁷⁹.

The same decision was previously adopted by the Court of Appeal of Rome, where it is stated that in art. 140-*bis* Cons. Code there is no reason to infer the exclusion of claims for non-pecuniary damage, the existence of which is often linked to that of the pecuniary damage⁸⁰.

On the contrary, according to Trib. Turin, the right to compensation for the non-pecuniary losses can't be considered an identical right from a causative perspective to different subjects⁸¹.

5. 'Opt-in' v. 'opt-out' procedure

The difference between 'opt-in' and 'opt-out' procedure is that in the first, consumers have to declare that they intend to join the trial⁸², in 'opt-out' all consumers (who suffered the damage) are automatically considered as belonging to the group, unless they explicitly express the 'opt-out' right declaring that they do not want to participate. With 'opt-out' options consumers will not suffer the (negative or positive) effects of the final verdict⁸³.

It is not very easy to affirm which is the more efficient system; maybe a European class action system should admit both an 'opt-out' and an 'opt-in' procedure. It should be up to the Court to decide, case by case and on the basis of objective criteria, which approach is best suited⁸⁴.

⁷⁹ App. Milan, 25 August 2017 (in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, n. 1, with comment of F. SAGUATO, *Azione di classe e risarcimento del danno non patrimoniale "omogeneo"*).

⁸⁰ App. Rome, 27 January 2012, in *DeJure*.

⁸¹ Trib. Turin, ord., 31 October 2011, *ibidem*.

⁸² A. GIDI, cit., 337 et seq.

⁸³ C. LESKINEN, *Collective Antitrust Damages Actions in the EU: The Opt-In v. The Opt-Out Model*, in *IE Law School Working Paper*, 10-03/2010, 1 et seq.

⁸⁴ Such criteria could be for example the nature of the claim, its value, and the number of potential claimants.

Of course, the ‘opt-out’ system may offer a better protection to consumers especially when they are unaware that their rights have been infringed or when they couldn’t declare to join the procedure. The ‘opt-in’ system carries with it the risk of not protecting those consumers who wanted to take part in the trial, but (for instance) have not been informed.

However, according to the European tradition, the ‘opt-out’ class action proceeding is somehow unfair for absent class members. Binding those who do not consent to participate in the litigation and preventing them from pursuing another action elsewhere may be considered as depriving these individuals of their access to justice⁸⁵.

‘Opt-out’ may sometimes be more difficult to combine with national (civil law) procedural principles⁸⁶: we consider, for instance, art. 81 (Italian Civil Procedure Code) in the light of which «outside the cases expressly provided for by the law, no one can assert in his own name a right of others»⁸⁷; as well as art. 2909 (Italian Civil Code) that provides: «the assessment contained in the final sentence has effects between the parties, their heirs or assignees» (not therefore with reference to third parties, however identified or identifiable on the basis of their membership to the same group or to the same class).

Parties seeking to assert multinational class actions may experienced significant problems as a result of U.S. courts’ standard use of ‘opt-out’ mechanisms, since some countries view ‘opt-out’ procedures as constitutionally suspect and will not enforce a judgment if a plaintiff did not affirmatively opt into the lawsuit⁸⁸.

In any cases, information has crucial importance: it is necessary that specific and appropriate measures are taken to reach and inform consumers. Victims can’t get their redress if they don’t know that class

⁸⁵ Z.S. TANG, cit., 101 et seq.

⁸⁶ A. GIDI, cit., 344 et seq.

⁸⁷ Translation mine.

⁸⁸ S.I. STRONG, cit., 18.

action is taking place and if they can't take the necessary steps to include or exclude themselves from the group of claimants. In an 'opt-in' procedure, the consumers who are victims of the illegal practices need to know of the trial in order to join if they wish.

In the 'opt-out' case, consumers may want to exclude themselves from the group in order to bring individual actions or because they don't want to claim compensation, in both case they need to know that such action has been initiated⁸⁹.

6. Comparative outlines

Although class action has long been typical of American system, it is a newer and growing litigation device also in many other countries⁹⁰.

In Europe, United Kingdom is the historical homeland of class actions introduced by law in 1998 and then modified in 2000 by *Condicional Fee Agreement Regulation* concerning group litigation (*GLO: Group litigation order*): it disciplines a legal instrument that allows the Court, even *ex officio*, to issue an order ('*group litigation order*') that identifies, in the presence of common or connected matters of law and a significant number of potential disputes, the '*litigation group*', which must be submitted to the knowledge of a single judge ('*management court*') and a '*group register*' in which all disputes concerning the group will be registered⁹¹.

The system requires that the lawyer can apply a basic hourly rate with a surcharge in the case of a positive outcome ('*success fee*') and no fee in the case of losing. In the event of a negative outcome of the action, there is

⁸⁹ BEUC, *European Group Action. Ten Golden Rules*, in <http://www.beuc.eu/publications/2008-00394-01-e.pdf>.

⁹⁰ However, compared to the Common Law countries, collective redress in Europe is at an 'experimental' stage: see Z.S. TANG, cit., 101 et seq. For a study of class actions in a comparative perspective see: D. FAIRGRIEVE & G. HOWELLS, *Collective redress procedures-European debates*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 58/2009, 379 et seq.

⁹¹ A. MARCIANÒ, cit., 279 et seq.

a specific insurance policy that relieves the plaintiffs from paying the opponent's litigation costs and the lawyer's rate⁹².

While the Supreme Court of the United States was arguably making class actions more difficult to pursue⁹³ (as reflected in its *Spokeo, Inc. v. Robins* ruling, explaining, in a putative class action, that a showing of concrete and particularized injury is required to establish standing), Europe several system have introduced some sort of group action in their legislation, referred to as group action, multiparty action or collection action⁹⁴.

In Sweden, for instance, in 2003 a *Group Proceedings Act* entered into force introducing a class action proceeding (which allows consumers class actions, actions by organizations and class actions *tout court*) equivalent to U.S. class action; there are special conditions but no certification procedure; the Swedish government chose the 'opt-in' model instead of «opt-out»⁹⁵.

Also in France class actions are well-known: the *Loi de santé* (26 January 2016), which went into effect on July 1, 2016, permits class action litigation in France within the healthcare and cosmetic product industries. The *Loi de modernization du système de santé* is not France's first legal

⁹² The incentive for lawyers and the insurance prevision have a double effect. On the one hand, they allow access to justice even to those who otherwise could not risk a negative outcome of the dispute; on the other hand, they guarantee a careful choice of actions in terms of the merits of the claims as, if a action is not well founded, no insurance company will be willing to guarantee the payment of litigation costs (if not with high premiums that nobody will be willing to take on) just as no lawyer will bear the risk (uninsured) of not receiving fees: see A. MARCIANÒ, cit., 280.

⁹³ F. BENATTI, *Note in tema di class actions transfontaliere*, cit., 10 et seq.; EAD., *La giustizia statunitense alla prova dei Mass Torts: il caso In re Deepwater Horizon*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2/2015, 675 et seq.; EAD., *La fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della class action statunitense*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2014, 500 et seq.

⁹⁴ A. MARCIANÒ, cit., 279 et seq.

⁹⁵ A. MARCIANÒ, cit., 282.

occasion for class actions. Antitrust and consumer class action litigation has been available in France since the Consumer Act (the *Loi Hamon* of 17 March 2014) which went into effect on October 1, 2014. French *action de groupe* belongs to ‘opt-in’ system, according to which it is up to consumers to express their consent to be included in the group and, at the same time, to renounce individual action⁹⁶.

As for Germany, the Civil Procedure Code does not contemplate mass litigation. Special class/collective actions are included in the Act on Cease and Desist Actions of 2001 (which provides for collective actions resulting from alleged infringements of certain consumer rights); the Unfair Competition Act of 2005; the Act against Restraints of Competition, enacted in 1958 and afterwards reformed (which provides for collective actions resulting from alleged unfair competition, and commercial anti-competitive behavior); the Capital Markets Model Proceedings Act of 2006 (which provides for a collective action for allegedly incorrect, misleading or missing capital markets information); the Appraisal Proceedings Act of 2003 (which provides for compensation claims for minority shareholders following corporate organization measures)⁹⁷.

In Spain, the *Ley de Enjuiciamiento* of 7 January 2000 contains protection of consumers and users, as shown in art. 1, which distinguishes collective actions, depending on the possibility of identifying individual members of the class⁹⁸.

Another example of the collective action is the one of the Dutch Act on the Collective Settlement of Mass Damage claims, which entered into force from July 27, 2005. This Act permits competent representing associations to enter into a settlement agreement with the liable company on behalf of

⁹⁶ R. TORINO, *Dalla ‘azione collettiva risarcitoria’ alla ‘azione di classe’. Un’analisi comparatistica*, in G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (Eds.), *Il diritto dei consumi. Aspetti e problemi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2010, 330.

⁹⁷ For German experience, see: R. TORINO, cit., 332; A. MARCIANÒ, cit., 280.

⁹⁸ R. TORINO, cit., 331 et seq.

all the affected persons. The representing associations and the liable party could then apply to the Court of Appeal of Amsterdam to declare the settlement agreement binding on all interested persons who did not choose to ‘opt-out’⁹⁹.

If we have to consider also a not-European experience, we may look at the Brazilian scenario where class action has been considered a model also for civil law countries, since it demonstrates that civil law systems can employ a class suit procedure successfully but cannot transplant the American class action model into their systems without substantial adaptation¹⁰⁰. The peculiarity of this model is that only a public organ can act through class action and, in case of consumers, only consumers’ committee and associations. It is a public-private system for the protection of collective rights: through *ação colectiva* which reflect the ancient roman *action popularis*¹⁰¹. Adapting to the civil-law tradition and the peculiarities of local culture and needs, the Brazilian class action legislation of consumer code is seen as a unique regulation which joins class law suits, types of group rights, *res judicata*, *lis pendens* and several other important aspects¹⁰².

7. *Class actions at the test bench*

If we have to draw conclusion as for the application of class action rules in Italy, we may affirm that there are only few cases and most of them don’t exceed the stage of certification¹⁰³.

Italian (class actions) case law concerns conflicts due to (by way of example): travel and transport contracts, bank contracts, tobacco

⁹⁹ R. TORINO, cit., 330.

¹⁰⁰ A. GIDI, cit., 311 et seq.

¹⁰¹ C. D’ORTA, *La class actions tra proclami e deterrence. Uno studio di diritto interno e comparato*, Giappichelli, Turin, 2014, 257.

¹⁰² A. GIDI, cit., 311 et seq.; C. D’ORTA, cit., at 257.

¹⁰³ S. CAPORUSSO, cit., 1199 et seq.; G. AFFERNI, cit., 1275 et seq.; E. FERRANTE, cit., 64 et seq.

damages, computer software, public service provisions, road maintenance, pharmaceutical/healthcare products and services, unfair commercial practices: all these litigations are related to consumer issues.

At the moment, class action is an instrument that concerns not all kind of rights, but only consumer rights¹⁰⁴. The fundamental rights are therefore excluded (as well as other important issues: such as environmental matters and securities litigation not related to consumers) from the scope of class action, although according to legal doctrine the largest challenge of our age and the degree of democracy of a country are measured on the effectiveness of the protection of these rights; indeed, even historically, this sector appears to be the most significant in U.S. experience as for class action litigation¹⁰⁵.

Moreover, the actual regulatory framework presents some other leaks: if it is a public policy to prevent *market failures*, the system cannot fail to protect professionals - in the *B2b* and *B2Customer relations* - or (similarly) 'weak' bodies. The overcoming of the (subjective) consumer perspective towards an (objective) protective dimension – *i.e.* protection of the 'weak party' *tout court* - appears more useful for the strengthening of the effectiveness of the class actions. The modern legal doctrine currently talks about the protection of 'customers' (rather than consumers only) within unbalanced business relationships, thus underlining the existence of disadvantaged situations (not belonging to consumers area) worthy of protection for the purpose of the correct functioning of the market¹⁰⁶.

¹⁰⁴ In a critical sense, see V. ROPPO, cit., 24 et seq.; M. LIBERTINI & M. MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe, nota a Trib. Torino, ord. 27 maggio 2010*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2010, 882 et seq.

¹⁰⁵ G. ALPA, *L'art. 140-bis del codice del Consumo nella prospettiva del diritto privato*, cit., 8.

¹⁰⁶ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2009, 267 et seq.; M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Giuffrè, Milan, 2016, 110 et seq.

It is a common view that the regulation of the unbalanced contracts should not be limited to consumers contracts. The asymmetry of contractual power between the strong and the weak contractor is, in principle, structural, regardless of whether the contractor acts as a consumer or as a trader. In the presence of unequal bargaining power, the asymmetry between the parties is intrinsic to the process regardless of the (possible) professional activity of the weak contractor.

If we consider the rationale of consumer law (*i.e.* the removal of the physiological asymmetries between the contracting parties), we must consistently admit that the problem of their applicability arises with regard to of any contractor, regardless of whether he is a consumer or a professional¹⁰⁷.

In this perspective, a step forward is made by Draft law n. 1950 which does not limit class action litigation only to consumers issues but allows it to all component of a certain class without any subjective specificity¹⁰⁸.

Thus, the changes that are envisaged in the (aforementioned) bill, currently under discussion in Italian Parliament, may give to the class action the necessary impulse to make it a more effective device not only for consumers, but also to all those who are victims of a mass damage. Analyzing the bill, we can see, among the others: the extension of active legitimacy, the introduction of incentives for actors and representatives, guarantees in the overall performance procedure and a more detailed regulation of the entire procedure¹⁰⁹.

By a European perspective, we should consider the opportunity of an introduction of mechanism which cover both national and cross-border cases since victims of the same professional are scattered throughout

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ Art. 840-*bis* c.p.c.

¹⁰⁹ M. SCHIRRIPA, *cit.*, 979 et seq.

several EU Member States¹¹⁰. Until now, only some EU consumers can benefit from efficient collective lawsuit; for its part, EU does not provide expressly for a special law and forum in the technical sense. In cross-border cases, only a European class action would finally place all EU citizens on an equal footing by allowing consumers from different European countries who have suffered the same damage to join together to ask compensation. A class action at European level is necessary for justice and legal certainty *i.e.* to avoid having different results in EU countries for the same damage.

Once decided positively about the opportunity of a European collective class action, what about jurisdiction? Three seems to be the solutions.

According to a first option: it's not necessary to revise the current jurisdiction rules but it is helpful to integrate them by inserting a specific article into the regulation concerning collective redress.

Contrariwise, a second option maintains that the Brussels I Regulation should introduce an innovative provision permitting collective redress to be brought either in the Courts of the Member State where the defendant has his domicile, or in the Courts of the Member State with which the action as a whole has the closest connection (the closest connection should be decided by taking into consideration the number of consumers domiciled within the country, the number of contracts related to the country, and the damages arising out of the contracts relating to this country). According to a third option, the Brussels I Regulation should introduce new provisions on collective actions to be sued in the Courts of the Member State which is the domicile of any consumer, providing the defendant has pursued his commercial activities in, or directed his commercial activities to, that country¹¹¹.

¹¹⁰BEUC, *European Group Action. Ten Golden Rules*, in <http://www.beuc.eu/publications/2008-00394-01-e.pdf>.

¹¹¹ For the three options, see: Z.S. TANG, *cit.*, 101 et seq.

These three options should be evaluated by considering the socio-economic impact of collective suit as a whole. Observation should be taken from the perspective both of consumers and of businesses as for access to justice, businesses' expectations, fair trading, market functioning, efficiency and costs. The third option basically permits pan-European collective redress being brought in any consumer's domicile, but it is impractical since it would generate great uncertainty and litigation risk on the part of businesses¹¹².

The first option is the less trenchant, since it requires only to clarify the current jurisdictional rules for class actions. It can be useful, as it can provide certainty in terms of interpretation and application of the current rules applied in collective redress practice. Furthermore, it is a 'precautionary' approach at the 'experimental' stage of European cross-border collective redress. This approach could be easily accepted by businesses and industries at the moment¹¹³. Even the second option is a practicable choice because it conciliates both the defendant's reasonable expectation and consumers' access to justice.

8. *Concluding remarks*

The recent judgment of European Court of Justice in the case *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited* shows that there is the need of a European regulation of class action, since (at the moment and according to ECJ) consumers who bring legal proceedings against professionals in cross-border conflicts lose their status of consumers¹¹⁴. Pursuant to this last ruling, the user is in principle a 'consumer' if he acts individually against the social network and not together with other users¹¹⁵.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Idibem*.

¹¹⁴ For the background of this ruling, see: M. MORANI, cit., 120 et seq.

¹¹⁵ ECJ, 25 January 2018, C-498/16.

In the case examined by the Court of Justice, Schrems accuses Facebook of violating various data protection provisions regarding its private Facebook account and the accounts of other users who gave him their rights to the action.

Facebook, for its part, believes that the Austrian Courts are not competent, that Schrems cannot be considered a consumer, because he uses Facebook also for professional purposes, and he cannot be protected by EU law that allows consumers to sue professionals before the Courts of their own place of residence (so-called *consumer forum*)¹¹⁶.

This specific protection (*consumer forum* – Reg. 1215/2012) in the access to justice works when consumers sue a corporation for breach of contract (they can file their claims directly in their member State of residence, irrespective of other jurisdictional links of the dispute)¹¹⁷. Problems arise when the consumer decides to take class actions. According to the recent ruling of the European Court of Justice, the *consumer forum* cannot be invoked in proceedings brought by a consumer (in the Court of the place where he is domiciled) with a view to asserting (not only his own claims but) also claims assigned by other consumers

¹¹⁶ General jurisdiction regime is based on the defendant's domicile. The rationale of consumers' jurisdiction is to protect them from money loss and disadvantages of litigation. In argument, see case C-89/91 *Shearson v TVB* [1993] ECR I-139, para 18: «[T]he special system established ... is inspired by the concern to protect the consumer as the party deemed to be economically weaker and less experienced in legal matters than the other party to the contract, and the consumer must not therefore be discouraged from suing by being compelled to bring his action before the courts in the Contracting State in which the other party to the contract is domiciled».

¹¹⁷ *Consumer forum* is incompatible with cross-border conflicts, where consumers may come from different Member States and, thus, special jurisdiction rules are needed for the 'collective redress': it is necessary to see whether any of the existing jurisdiction provisions can be properly applicable to a collective action (see Z.S. TANG, cit., 101 et seq.).

domiciled in the same Member State, in other Member States or in non-member countries¹¹⁸.

As for the status of consumer, in fact, the Court affirms that the *consumer forum*, in principle, applies only in the case where the purpose of the contract concluded between the parties concerns a non-professional purpose. With regard to the services of a digital social network which tend to be used over a long period, it is necessary to take into account the further development of the use made of these services.

According to the Court, the complex activity of organizing and leading such lawsuit might acquire the traits of an entrepreneurial activity, in contrast with the status of a consumer.

With this judgment, the ECJ meant not to overlap the legislative function of society regulation, creating *ex novo* the requirements of a European class action and thus not intervening in public policy decisions.

Somehow, the same situation occurred when the Court was called to delimitate the horizon of consumer protection: in that case the Court didn't evade its institutional borders by assuming (cryptically) that law definitions are of legislator's competence¹¹⁹.

Now, we have to draw some conclusions. Globalization has led to an ever-increasing number of large-scale legal conflicts that have a cross-border relevance¹²⁰, but, at this moment, international class actions face

¹¹⁸ According to the Court, *consumer forum* was established in order to protect the consumer as a party to the contract: a consumer is therefore protected only in so far as he is, in his personal capacity, the applicant or defendant in proceedings. Consequently, an applicant who is not himself a party to the consumer contract in question cannot enjoy the benefit of the jurisdiction relating to consumer contracts. The same also applies in regard to a consumer to whom the claims of other consumers have been assigned.

¹¹⁹ ECJ, 22 November 2001, proceedings C-541/99 e C-542/99, in *Giur. it.*, 2002, 543 with comment of P. FIORIO, *Professionista e consumatore, un discrimine formalista?*; ECJ, 14 March 1991, C-361/89, in curia.eu and ECJ, 19 January 1993, C-89/91, *ibidem*.

¹²⁰ S.I. STRONG, cit., 14: considered the amount of trade between the U. S. and the European Union, conflicts involving U.S. and European parties may be among the most frequent to happen. Moreover, mass disputes are becoming increasingly common at an

many difficulties in Europe because little attention is paid to the cross-border effect of consumer collective redress¹²¹ and because of the pitfalls generated by transnational regulatory litigation¹²².

In this perspective, it would be useful to remove class action regulation from national law, attributing it exclusively to the EU bodies. Indeed, the adoption of a harmonized European mass litigation would guarantee certain advantages in terms of enlargement of supply and strengthening of the competition: factors which may create a benefit effect to the market on the whole (also for the reduction of prices, due to the increase of cross-border trade and relations)¹²³.

Another brake for class action proceedings is given by costs that the plaintiff is called to bear and that have a certain dissuasive effect to take class action. The principle *loser pays* exposes the plaintiff, in case of negative outcome of the dispute, to afford legal expenses incurred by the defendant; while in the previous phase, in the event of a preliminary assessment of inadmissibility, the plaintiff may be exposed to the additional expense of advertising the eventual negative ordinance. For this reason, the Draft law n. 1950, currently under discussion, introduces (same, but small) cost reductions for plaintiff, with economic incentives for lawyers. In this perspective, for example, the bill provides that «when a

inter-European level, with a 2008 survey estimating that ten percent of the collective redress cases involving the ten - thirteen Member States with collective redress mechanisms was cross- border in nature (Directorate General for Internal Policies, *Overview of Existing Collective Redress Schemes in EU Member States – July 2011*, available at <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf> at 43).

¹²¹ In most Member States, collective redress litigation is in fact primarily limited to domestic claims.

¹²² Z.S. TANG, cit., 101 et seq.; S.I. Strong, cit., 76.

¹²³ L. AGLIASSA, *La class action nei confronti delle banche*. In http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/agliassa_l_la_class_action_nei_confronti_delle_banche_2013.pdf, 185.

technical consultant is appointed, the obligation to pay the expenses, the advance payment and the compensation due shall be paid by the defendant» (art. 840-*quinquies*)¹²⁴. While art. 840-*novies* c.p.c. introduces a reward for the common representative of the members and lawyers.

These cues are particularly interesting, although maybe not fully satisfactory from a ‘system’ point of view: we have to bear in mind the case law that has denied the existence of the requirement of adequacy to consumers without adequate financial and organizational resources¹²⁵: if class action fulfills the purpose of allowing the collective exercise of those actions that could not be proposed by individuals as excessively expensive, it is contrary to the same spirit of the law to consider admissible only those actions proposed by the wealthy consumers (able to bear the costs for collective actions that are undoubtedly far superior to the individual ones)¹²⁶.

Thus, in conclusion, the lack of a European regulation¹²⁷, the inexistence of a trans-national coordination, the high costs and the circumstance that (where class actions exist) the ‘opt-in’ system is often widespread are all factors that risk to make this instrument idle and ineffective in practice¹²⁸.

¹²⁴ Translation mine. See in argument: A. DI LANDRO, cit., 64 et seq.

¹²⁵ Trib. Turin, ord. 28 aprile 2011; Trib. Torino, ord. 7 aprile 2011, with comment of P. FIORIO, *Solo il consumatore ricco può curare adeguatamente gli interessi della classe? La legittimazione ad agire alla luce delle prime esperienze applicative dell’art. 140-bis*, in *Giurisprudenza di merito*, 2/2012, 377.

¹²⁶ P. FIORIO, cit., 377 et seq.

¹²⁷ At this moment, U.S. class action seems to face the same problems in cross-border conflicts: see F. BENATTI, *Note in tema di class actions transfontaliere*, 10 et seq.

¹²⁸ M. MORANI, cit., 120 et seq.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – GIUGNO 2018

GIUSEPPE COLACINO

Fenomenologia dei *vestimenta* contrattuali: brevi note ricostruttive

ABSTRACT- The role of the negotiating forms in the reality of trafficking is a constantly in progress issue, marked in depth by the axiological and practical tensions that the legal system and the market are acting at any time. The analysis of the case studies highlights a consolidated tendency in the jurisprudential form to an increasingly extended application of the form precepts, also in relation to those cases that should be completed without formal charges. Therefore a renewed verification of the persistent vitality in the system is justified principle of freedom of forms and its effects on the concrete exercise of private autonomy.

KEYWORDS - Forms of negotiation, freedom of form, private autonomy, rule/exception.



**Fenomenologia dei *vestimenta* contrattuali:
brevi note ricostruttive****

SOMMARIO: 1. La forma del contratto: profili generali. - 2. Il c.d. principio di libertà delle forme. - 3. Il problema della forma nei contratti atipici e nei negozi misti. - 4. *Segue*. I c.d. negozi di secondo grado. - 5. I limiti di applicazione del precetto di forma. - 6. *Segue*. La c.d. *relatio* nei negozi formali: riflessi applicativi. - 7. Le forme volontarie: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza. - 8. *Segue*. L'art. 1352 c.c. e i negozi unilaterali. - 9. La 'ripetizione' del contratto. - 10. Qualche riflessione conclusiva (necessariamente interlocutoria).

1. La forma del contratto: profili generali.

La tradizionale polisemia del termine "forma" rende senz'altro arduo qualunque tentativo di elaborare una nozione di essa sufficientemente organica e condivisa¹.

* Ricercatore in Diritto Privato, Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Si tratta di un'affermazione abbastanza diffusa in dottrina. Le ragioni dell'ambiguità semantica del termine sono senza dubbio molteplici e si collocano su piani diversi. Al riguardo, si è anzitutto rilevato come il concetto (giuridico) di forma sia "in larga misura tributario di altre esperienze e di altri sistemi di concetti" (F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, 4) e come (lo stesso) appaia estremamente mutevole in relazione al divenire delle epoche storiche e dei contesti socio-culturali (cfr. T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998, 11). Per altro verso, l'analisi del materiale normativo ha evidenziato come il legislatore faccia un uso del termine tutt'altro che univoco: ed invero, talvolta esso viene impiegato per indicare «l'aspetto esteriore che assume (in generale, un fenomeno rilevante per il diritto, ed in particolare) un atto giuridico»; altre volte viene utilizzato «come equivalente delle espressioni 'categoria', o 'modello', ovvero al posto del lemma 'tipo'» (si pensi, ad es.,

Le difficoltà ricostruttive sono viepiù accentuate dall'assenza di una definizione legislativa e, per altro verso, dal continuo proliferare nell'ordinamento di nuove prescrizioni di forma che non appaiono riducibili ad un quadro concettuale unitario.

Volendo circoscrivere l'oggetto dell'indagine al profilo della forma degli atti negoziali², può anzitutto rilevarsi come il problema del *vestmentum* formale, negli studi più risalenti, sia stato per lo più collocato nell'ambito della teoria del negozio. L'elaborazione del concetto di forma viene in tal modo a subire l'influenza delle diverse concezioni dell'atto negoziale.

Nella teoria volontaristica, in particolare, la forma viene considerata come il mezzo attraverso il quale si esteriorizza (ed acquista rilievo giuridico) la *voluntas* del soggetto, altrimenti destinata a restare confinata nel foro delle pulsioni psichiche interne³.

all'art. 1400 c.c., dove si prevedono "speciali forme di rappresentanza"); altre volte, ancora, viene impiegato come sinonimo di *procedimento*: è il caso, ad es., dell'art. 107 c.c. dove si fa riferimento alla "forma" di celebrazione del matrimonio (in questi termini, R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, 19 ss., ove ulteriori riferimenti). Va infine sottolineato come, nel linguaggio normativo, non sempre sia netta la distinzione tra il concetto "di forma" e quello di "formalità": v., sul punto, R. SACCO, *Il contratto*, I, in R. Sacco e G. De Nova, *Trattato dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, 570, il quale acutamente evidenzia come, nell'ordinamento attuale, sopravvivano incertezze ed 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)».

² Per qualche riferimento alla forma degli atti *non* negoziali, v. M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 1001.

³ Cfr., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1989, 135, ove si afferma 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. Non è da credere che già l'interno volere abbia questa attitudine e l'atto serva a farlo conoscere: è ciò che si è voluto escludere affermando il carattere costitutivo dell'atto come forma del negozio».

Nella teoria c.d. precettiva, invece, la forma tende ad essere identificata con il negozio stesso nella sua dimensione oggettiva e sociale, con ciò valorizzandosi il profilo sostanzialmente unitario della fattispecie negoziale⁴.

Entrambi gli orientamenti, a ben vedere, accolgono un concetto di forma che porta ad escludere la configurabilità nel sistema di negozi *aformali*⁵.

Più recentemente, in una prospettiva di analisi più attenta al dato di diritto positivo, un rilievo primario viene attribuito alla previsione di cui al n. 4 dell'art. 1325 c.c., dalla quale si evince come la forma possa considerarsi requisito essenziale del contratto soltanto quando prevista *ad substantiam*, ovvero (coordinandosi la predetta disposizione con il secondo comma dell'art. 1418 c.c.) quando la stessa appaia prevista a pena di nullità dell'atto⁶.

Viene così a delinearsi la contrapposizione tra negozi a forma libera e negozi a forma vincolata: quest'ultima rappresentata per lo più dalla forma scritta, nel cui *genus*, com'è noto, si riconducono le *species* della scrittura privata e dell'atto pubblico.

⁴ Cfr., esemplarmente, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 400. Secondo l'A., il negozio (inteso come autoregolamento di privati interessi) non può esistere e "configurarsi adeguatamente sul piano della realtà sociale come di quella giuridica, se non 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».

⁵ È evidente come, in questa traiettoria concettuale, il difetto di forma conduca necessariamente (non all'invalidità, ma bensì) all'inesistenza dell'atto.

⁶ V., *ex multis*, M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, *op. cit.*, 996.

Giova peraltro rilevare come il tradizionale binomio forma libera/forma vincolata non esaurisca affatto, sotto il profilo funzionale, le possibili articolazioni dei *vestimenta* formali in seno all'ordinamento: a parte il caso in cui l'onere di forma sia prescritto (non per la validità ma) per la prova dell'atto (c.d. forma *ad probationem*), occorre evidenziare come il legislatore colleghi, in taluni casi, il requisito formale al perseguimento di specifiche finalità quali la pubblicità, l'efficacia e l'opponibilità (dell'atto)⁷.

Si comprende allora come il precetto di forma possa assolvere una molteplicità di funzioni⁸: anzitutto, il profilo della responsabilizzazione del consenso (che assume un particolare rilievo nella donazione, in ragione del più alto rischio di depauperamento del disponente, e che per questo si ammantava della speciale solennità dell'atto pubblico); in secondo luogo, la maggiore sicurezza del traffico giuridico e della circolazione dei beni (a beneficio dei terzi), e ancora, la maggiore trasparenza delle operazioni economiche in funzione di un più penetrante controllo (causale) da parte dell'ordinamento.

A ciò, peraltro, occorre aggiungere le inedite finalità che connotano il (moderno) formalismo della legislazione speciale e quello (oggi decisamente più rilevante) della legislazione di matrice comunitaria e consumeristica.

2. *Il c.d. principio di libertà delle forme.*

Secondo un diffuso orientamento⁹, dal disposto dell'art. 1325 n. 4 c.c. si evincerebbe la sussistenza nel sistema di un principio di *libertà delle*

⁷ Cfr., ad es., M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 997 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, *op. cit.*, 577 ss.

⁸ Sul punto v., in generale, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 278 ss.

⁹ Cfr., con varietà di accenti e sfumature, F. VENOSTA, *op. cit.*, 40; A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 443; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Rass. dir. civ.*, II, 1986, 205; B. GRASSO, *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, II,

forme in forza del quale le parti sarebbero libere di determinare (non soltanto il contenuto di un atto negoziale, ma anche) le modalità di esternazione di esso¹⁰.

Detto principio, di ascendenza giusnaturalistica¹¹, si riallaccerebbe al più generale principio di autonomia privata¹², ovvero, secondo taluno, al principio (costituzionalmente protetto) di libera iniziativa economica dei privati (art. 41 Cost.)¹³.

1986, 52; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 198; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, *op. cit.*, 990; A. LISERRE, *Formalismo legale e testamento*, Milano, 1966, 17; M.E. LA TORRE, *La forma dei negozi risolutivi*, in *Giust. civ.*, 1962, I, 154; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, 17. Nell'ambito di trattazioni più generali, v. pure C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, *op. cit.*, 275 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo (e continuato da L. Mengoni), III, 1, Milano, 1988, 115; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo (e continuato da L. Mengoni), XXI, 1, Milano, 1987, 362; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 136; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IX, Torino, 191; V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 88; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968, 144.

¹⁰ È importante tenere presente come, in ottica comparatistica, il principio *de quo* trovi ampio riscontro anche in altri ordinamenti come, ad es., quello francese e tedesco: per un'esauriente panoramica sulle diverse realtà ordinamentali (di *civil* e *common law*), v. K. ZWEIFERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti* (trad. it. di Cigna), Milano, 1995. Deve poi sottolinearsi come il principio formi oggetto di specifica previsione nell'ambito dei *Principi Unidroit* (art. 1.2).

¹¹ Al riguardo, v. già R. POTHIER, *Oeuvres, Traité des obligations*, parte I, cap. I, nn. 3 e 15. Per un (sintetico) *excursus* sulle origini storiche del principio, v. R. SACCO, *Il contratto*, *op. cit.*, 572 ss., ove più ampi riferimenti.

¹² Cfr., *ex plurimis*, M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, *op. cit.*, 1003; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, in *Diritto civile*, 1**, *Fatti e atti giudici*, Torino, 1987, 628.

¹³ Cfr. O. PROSPERI, *op. cit.*, p. 195 ss. Secondo l'A., in particolare, il formalismo negoziale, limitando di fatto la libera iniziativa economica (soprattutto) dei soggetti più deboli, sarebbe lesivo (anche) del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale.

In tale orizzonte ermeneutico, le prescrizioni di forma (*ad substantiam actus*) dovrebbero reputarsi di natura eccezionale, come tali insuscettibili di applicazione analogica e finanche (nella visione rigorosa di qualche Autore)¹⁴ di interpretazione estensiva.

In tempi recenti, tuttavia, a causa del progressivo riespandersi del formalismo, si è da più parti avvertita l'esigenza di sottoporre a verifica il 'dogma' della libertà delle forme.

Un'autorevole dottrina, in particolare, muovendo da una prospettiva di analisi del dato normativo di tipo *strutturale*, ha evidenziato come nel sistema non sia dato rinvenire alcuna espressa previsione del principio di *aformalità*. L'impossibilità di configurare (fra le disposizioni normative) un rapporto *regola/eccezione* dovrebbe allora indurre l'interprete a negare il carattere eccezionale dei precetti di forma e ad ammetterne, conseguentemente, l'applicabilità analogica¹⁵.

La tesi proposta troverebbe poi ulteriore conferma nella previsione (in tema di forme convenzionali) dell'art. 1352 c.c. che, riconoscendo ai privati la facoltà di vincolarsi all'osservanza di forme negoziali *non* previste dal legislatore, condurrebbe ad una 'naturale' espansione del formalismo, in aperto contrasto con l'assunto tradizionale della libertà delle forme¹⁶.

Una diversa dottrina, pur muovendo da una prospettiva ermeneutica di tipo *funzionalistico*, perviene (apparentemente) a conclusioni simili,

¹⁴ V., ad es., M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, op. cit., 994; A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, op. cit., 17; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, op. cit., 191;

¹⁵ È la nota proposta ricostruttiva di Natalino Irti. Secondo l'A., precisamente, dalla 'lettura' del n. 4 dell'art. 1325 c.c. sarebbe possibile enucleare due diverse 'strutture' contrattuali: l'una (c.d. *fattispecie debole*) «risultante dalla combinazione di tre requisiti (accordo, causa, oggetto)»; l'altra (c.d. *fattispecie forte*) «risultante dalla combinazione di quattro requisiti (accordo, causa, oggetto, forma)». In tale peculiare ottica, non vi sarebbero allora due (distinte) norme sulla forma (l'una *regolare* e l'altra *eccezionale*), ma una sola norma, la quale, non essendo in sé qualificabile come regolare o eccezionale, sarebbe senz'altro suscettibile di applicazione analogica (N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 20 ss.).

¹⁶ N. IRTI, op. ult. cit., 23.

ammettendo anch'essa l'applicabilità analogica delle disposizioni sulla forma¹⁷.

In realtà, nella visione di siffatta dottrina, le suddette disposizioni sarebbero passibili di analogia soltanto quando orientate a perseguire scopi/interessi conformi ai principi apicali dell'ordinamento e, *in primis*, ai principi costituzionali. In tale ordine di idee, quindi, la natura eccezionale del precetto di forma discenderebbe da un apprezzamento assiologico della norma, di talchè eccezionale (ed insuscettibile di estensione analogica) dovrebbe considerarsi (soltanto) la disposizione derogante ai predetti principi¹⁸.

Le critiche mosse dalla dottrina al principio di libertà delle forme si spiegano, essenzialmente, con la necessità di adeguare il quadro sistematico ad una evoluzione ordinamentale che pare ormai compiersi nel segno della 'riscoperta' dei *vestimenta* formali.

Al di là delle opzioni dogmatiche più 'estreme' (che pure hanno avuto il merito di riaccendere il dibattito sulla tematica in oggetto), sembra comunque ragionevole condividere l'indirizzo di pensiero incline, in sintonia con i dati di diritto positivo, (non già a negare, ma bensì) a ridimensionare l'operatività nel sistema del discusso principio.

Al riguardo, si è invero osservato come diversi 'settori' dell'ordinamento (come, ad es., quello dei titoli esecutivi, quello delle prove e degli atti a causa liberale) siano soggetti a rigide prescrizioni formali che paiono smentire con decisione l'esistenza nel sistema (quanto meno in termini ampi e generali) del principio di *aformalità*¹⁹.

¹⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 126 ss.

¹⁸ Così P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 57, il quale richiama, sul punto, il magistero di Emilio Betti.

¹⁹ Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, *op. cit.*, 575 ss. L'A. rileva, altresì, come nel nostro Paese la tendenza formalista appaia più pronunciata che altrove, in quanto «l'abbondanza delle disposizioni sulle forme non risulta controbilanciata dalla compresenza di un sistema organico di sanatorie degli atti invalidi perché informi».

Deve poi rilevarsi come nel diritto vivente appaia ormai ampiamente consolidata la tendenza all'accentuazione del formalismo. In particolare, va sottolineato come da tempo la giurisprudenza propenda per un'interpretazione estensiva delle previsioni di forma di cui all'art. 1350 c.c., al fine di ovviare al(l'altrimenti inevitabile) problema delle lacune dell'ordinamento, determinato dall'elencazione casistica ivi contenuta²⁰.

3. *Il problema della forma nei contratti atipici e nei negozi misti.*

La disputa sulla concreta portata del principio di libertà delle forme nell'ordinamento influenza la soluzione di diverse questioni pratiche, tra le quali spicca, anzitutto, il problema della forma dei contratti *atipici* e dei c.d. negozi *misti*.

E' evidente come nella prospettiva più fortemente legata al principio di libertà delle forme (ovvero di tassatività delle prescrizioni formali), i

²⁰ Ed invero, la giurisprudenza (ancorché apparentemente ossequiosa del principio di libertà delle forme) ha via via esteso il requisito della forma scritta a tutta una serie di fattispecie (non rientranti nell'elenco di cui all'art. 1350 c.c.) quali, ad es., il contratto di società di fatto con conferimento, da parte del socio, della proprietà di beni immobili in vista della realizzazione dello scopo sociale (cfr., ad es., Cass. 2 aprile 1999, n. 3166, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 741; Cass. 11 aprile 1995, n. 4169, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 806; Cass. 2 luglio 1990, n. 6765, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1688); l'accordo concluso tra proprietari di fondi finitimi al fine di derogare alle norme sulle distanze legali (Cass. 9 ottobre 1979, n. 5240, in *Rep. foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1979, 111); il consenso dei condomini in ordine all'esecuzione dell'innovazione della cosa comune (Cass. 4 luglio 1966, n. 17, in *Rep. foro it.*, voce *Comunione e condominio*, 1966, 136); la deliberazione dell'assemblea condominiale incidente su diritti reali immobiliari (Cass., Sez. un., 30 dicembre 1999, n. 943, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2652; Cass. 30 maggio 1978, n. 2747, in *Rep. foro it.*, voce *Comunione e condominio*, 1978, 124); l'alienazione di una quota di comunione immobiliare (Cass. 14 gennaio 1946, n. 20, in *Foro it.*, 1947, I, 485); la vendita immobiliare ad effetti obbligatori (Cass. 2 gennaio 1950, n. 5, in *Foro it.*, 1951, I, 142; ma v. anche, in tempi (relativamente) più recenti, Cass. 29 maggio 1980, n. 3538, in *Rep. foro it.*, voce *Vendita*, 1980, 123).



n. 2/2018

negozi innominati dovrebbero sottrarsi a qualunque vincolo formale e, quindi, soggiacere alla regola dell'informalità.

L'orientamento (attualmente prevalente) favorevole ad un ridimensionamento del principio, tende invece ad affrontare il problema in chiave essenzialmente funzionale: in sostanza, riscontrata (sotto il profilo funzionale/effettuale) una similitudine tra l'operazione innominata ed altra tipizzata dall'ordinamento, si ritiene possibile estendere la disciplina di quest'ultima al negozio atipico anche per quel che riguarda le prescrizioni di forma (ad es., se il negozio atipico voluto dalle parti realizzerà una funzione traslativa di diritti reali immobiliari, si estenderà ad esso il requisito di forma dettato dal legislatore per tutti i negozi che realizzano analoghe funzioni)²¹.

Quanto all'ipotesi del negozio *misto*, la giurisprudenza, muovendosi in ottica non dissimile, tende ad individuare la disciplina applicabile (anche

²¹ V., al riguardo, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, op. cit., 282. Secondo l'A., in particolare, il divieto di applicazione analogica delle prescrizioni di forma non precluderebbe comunque un'interpretazione estensiva delle stesse quando si tratti «sostanzialmente della medesima operazione economica o della medesima vicenda giuridica». V. pure F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma. Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto*, Padova, 1992, 75 ss., ad avviso del quale le norme sulla forma sarebbero estensibili a fattispecie diverse da quelle previste soltanto quando riferite (non al tipo negoziale astrattamente inteso, ma bensì) al contenuto dell'atto, ovvero «a quei caratteri che connotano il tipo legale quale esso appare nell'esperienza empirica, come particolare modello di operazione economica». Per la giurisprudenza, v. ad es., Cass. 29 maggio 2001, n. 7300, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1083, in cui i giudici, in relazione ad un contratto (atipico) costitutivo di un diritto di superficie (concessione c.d. *ad aedificandum*) avente contenuto (non *reale*, ma bensì) *personale* (effetti obbligatori), ha escluso la soggezione dello stesso ad oneri di forma o di pubblicità; in senso analogo la S.C. sembra orientata in tema di convenzioni (atipiche) tra coniugi separati, soggette in punto forma alla *comune disciplina* e, quindi, se relative al trasferimento di beni immobili, validamente stipulabili soltanto in forma scritta (scrittura privata): cfr. Cass. 12 settembre 1997, n. 9034, in *Studium iuris*, 1998, 680 (si tratta, in realtà, di un *obiter dictum* ma comunque significativo dell'indirizzo seguito dai giudici di legittimità sulla questione in esame).

in punto di forma) sulla base del tipo causale c.d. *prevalente e/o assorbente*. Ad es., nell'ipotesi (classica) di un'elargizione effettuata in ragione di servizi precedentemente resi dal beneficiario, occorrerà accertare se la prestazione sia in concreto sorretta (in modo prevalente) dall'*animus donandi*, ovvero dall'intento remunerativo (causa onerosa): soltanto nel primo caso, ricorrendo una fattispecie donativa, sarà indispensabile osservare la forma solenne dell'atto pubblico²².

4. *Segue. I c.d. negozi di secondo grado.*

Altra rilevante questione (di forma) si è posta, poi, con riguardo alla categoria, ampia e variegata, dei negozi c.d. di secondo grado.

Con tale locuzione si allude ai negozi che hanno una funzione, in senso lato, strumentale rispetto ad un negozio principale che definisce (in via primaria) l'assetto degli interessi delle parti.

Si distinguono così, con evidente margine di approssimazione, negozi autorizzativi (come, ad es., la procura e la ratifica) preparatori (opzione, prelazione e contratto preliminare), modificativi, rinunziativi e risolutivi (recesso, mutuo dissenso, etc.).

Anche in questo caso, la posizione assunta in ordine alla rilevanza o meno del principio di libertà delle forme tende ad influenzare la soluzione della questione *de qua*. Va rilevato, tuttavia, come il formante dottrinale e (soprattutto) giurisprudenziale appaia, sul punto, decisamente incline all'estensione del formalismo, anche se poi non vi è univocità di vedute sul fondamento di detta estensione.

In effetti, dall'esame delle norme relative alla forma dei negozi di secondo grado (procura, ratifica, contratto preliminare, *electio amici*),

²² Cfr. Cass. 21 luglio 1971, n. 2391, in *Rep. foro it.*, voce *Donazione*, 14. Sul punto v. pure, più in generale, Cass. 17 ottobre 1961, n. 2179, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1102, ove si statuisce che «ai fini dei requisiti di forma dei negozi a causa mista, partecipanti cioè dell'elemento dell'onerosità e di quello della gratuità, come quelli rientranti nella categoria lata delle donazioni remuneratorie, di cui all'art. 770 c.c., deve aver riguardo alla causa prevalente».

sembrerebbe potersi trarre l'esistenza nel sistema di un principio di *simmetria formale*²³ in forza del quale assoggettare i negozi afferenti alla stessa operazione e/o sequenza procedimentale alla medesima regola di forma. A ben vedere, però, il riferimento a detto principio (di simmetria formale) non sembra risolutivo in quanto meramente descrittivo.

Più persuasivo e condivisibile appare allora il tentativo ermeneutico di fondare l'estensione del precetto di forma (ai negozi di secondo grado) sull'apprezzamento del profilo funzionale/effettuale della fattispecie²⁴.

Si è sostenuto in special modo che, ove quest'ultima dovesse incidere sui medesimi effetti per i quali si richiede, nel negozio di primo grado, l'osservanza della forma scritta, questa non potrà che estendersi al negozio c.d. strumentale²⁵.

²³ Cfr., ad es., R. SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temì nap.*, 1961, 433.

²⁴ Esplicitamente, sul punto, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *op. cit.*, 637, ove si puntualizza che «il problema della forma dei cosiddetti negozi “strumentali” non può essere risolto *a priori* in base alla (pretesa) regola della libertà di forma, ovvero in base alla regola dell’ “attrazione” della forma prevista per il negozio connesso. Decisivo sarà, per esempio, il criterio relativo alla natura dell’effetto e alla natura dell’oggetto: così, lo scioglimento consensuale di una compravendita immobiliare produce, sia pure in senso inverso, lo stesso effetto traslativo (con riguardo all’identico bene) che contraddistingue il contratto collegato. E identica dovrebbe pertanto essere anche la forma».

²⁵ «I c.d. negozi di secondo grado o gli accordi c.d. esecutivi» osserva al riguardo Nicolò «anche se incidono su situazioni derivanti da negozi formali, che importano il sorgere di vicende modificative, estintive, risolutive, esecutive o anche accertative o interpretative, non sono di per sé soggetti alla stessa forma richiesta per il negozio cui si riferiscono, a meno che da essi non derivi uno di quegli effetti tipici in relazione ai quali l'esigenza formale è legislativamente realizzata (es. il trasferimento della proprietà di un bene immobile). Il carattere eccezionale delle norme formali si definisce così in modo adeguato alla *ratio* che giustifica la necessità del requisito formale». (R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 125). In analoga prospettiva, v. anche P. VITUCCI, *Applicazione e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in AA.VV., *La*

Emblematico, al riguardo, può considerarsi il caso (assai discusso) della risoluzione (per mutuo dissenso) del contratto preliminare di compravendita immobiliare: qui, in realtà, la natura obbligatoria degli effetti del preliminare ha talvolta indotto dottrina e giurisprudenza ad accogliere la tesi dell'*aformalità*²⁶.

Il contrasto di opinioni sul punto è stato comunque superato con una pronuncia (a Sezioni Unite) della Suprema Corte nella quale, i giudici di legittimità, hanno affermato la necessità della forma scritta per la (valida) risoluzione del preliminare, ravvisando nell'incidenza che il preliminare spiega, sia pure in via mediata, sui diritti reali immobiliari, la *ratio* giustificativa della regola di diritto all'uopo formulata²⁷.

Tale *ratio decidendi* e, più in generale, la necessità di correlare la forma alla natura dell'effetto, sembra peraltro potersi rinvenire anche in altre fattispecie (quali, ad es., il recesso²⁸, il mandato all'acquisto o alla

forma degli atti di diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni, Napoli, 1988, 820 ss.

²⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. 6 giugno 1988, n. 3816, in *Foro it.*, 1988, I, 2919; Cass. 16 dicembre 1986, n. 7551, in *Rep. gen. giur. it.*, voce *Obbligazioni e contratti*, 1986, 256. Per la dottrina v., per tutti, F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, IV, *Delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1993, 19 ss., il quale, in ottica più generale, esclude che i negozi risolutivi possano essere rivestiti della stessa forma dei negozi di primo grado in quanto il c.d. *contrarius consensus* non parteciperebbe della medesima causa del contratto da sciogliere.

²⁷ Cfr. Cass. 28 agosto 1990, n. 8878, in *Giust. civ.*, 1991, I, 946. Successivamente, la S.C. si è più volte espressa nello stesso senso: cfr., ad es., Cass. 11 ottobre 2002, n. 14524, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1787; Cass. 19 ottobre 1998, n. 10328, in *Riv. Notariato*, 1999, 723; Cass. 27 novembre 1997, n. 11939, in *Giust. civ.*, 1997, 2283; Cass. 18 febbraio 1995, n. 1790, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 378; Cass. 29 gennaio 1994, n. 928, in *Foro it.*, 1994, I, 709.

²⁸ Cfr., ad es., Cass. 14 novembre 2000, n. 14730, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2317; Cass. 7 giugno 1990, n. 5454, in *Foro it.*, 1991, 172; Cass. 14 agosto 1986, n. 5059, in *Mass. giur. it.*, 1986.

vendita di beni immobili²⁹, l'opzione³⁰, etc.) nelle quali pure la giurisprudenza ha, negli ultimi anni, esteso la "garanzia" della forma scritta al negozio di secondo grado³¹.

5. I limiti di applicazione del precetto di forma.

Da tempo si dibatte sulla effettiva latitudine applicativa del precetto di forma. Ci si chiede, cioè, se la forma (scritta) debba necessariamente rivestire (o meno) l'intera dichiarazione negoziale. Al riguardo esistono diverse opinioni.

Secondo una parte della dottrina³² il regolamento negoziale dovrebbe sottostare integralmente alla forma prescritta dalla legge e ciò anche al fine di rendere più agevole, in sede interpretativa, la ricostruzione del concreto assetto degli interessi delle parti.

Secondo un diverso orientamento occorrerebbe invece distinguere, in seno all'atto di autonomia, il contenuto minimo necessario (rappresentato dagli elementi essenziali del contratto) dall'insieme delle clausole e delle pattuizioni accessorie³³. Soltanto il primo (cioè il contenuto essenziale dell'atto) dovrebbe essere rivestito della forma prescritta mentre i secondi (cioè gli elementi accessori come, ad es., le modalità esecutive delle prestazioni) potrebbero anche essere previsti dalle parti in via informale

²⁹ Cfr. Cass. 24 gennaio 2003, n. 1137, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1812; Cass. 3 maggio 1993, n. 5113, in *Rep. foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1993, 206; Cass. 19 novembre 1982, n. 6239, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 903.

³⁰ Cfr. Cass. 7 aprile 1987, n. 3339, in *Rep. foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1987, 112 (in relazione alla forma dell'accettazione dell'oblato); Cass. 9 marzo 1981, n. 1307, in *Rep. foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1981, 134;

³¹ Per una più completa panoramica degli orientamenti del diritto vivente in tema di forma dei negozi di secondo grado, v. F. VENOSTA, *op. cit.*, *passim*, e (in chiave più agile) F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2001, 404 ss.

³² V., ad es., D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1962, 277.

³³ Cfr., tra gli altri, R. NICOLÒ, *op. cit.*, 124.

(salvi, tuttavia, i limiti di prova imposti dall'art. 2722 c.c. per i patti aggiunti al contenuto di un documento scritto).

In detta prospettiva, per la valida conclusione (ad es.) della compravendita di un immobile, le parti dovrebbero formalizzare (per iscritto) l'intento traslativo³⁴, la causa³⁵ e l'oggetto (diretto o mediato) dell'operazione, potendo invece accordarsi oralmente sul luogo e sul tempo di consegna del bene acquistato.

La giurisprudenza, in apparente contrasto con le tendenze formaliste manifestate con riguardo alla *quaestio* (più sopra evocata) dei negozi atipici e di secondo grado³⁶, sembra aderire a quest'ultimo indirizzo³⁷

³⁴ Non basterebbe, all'uopo, il semplice rilascio di una quietanza, che presuppone la conclusione del contratto senza esprimere direttamente la volontà di trasferire (ed acquistare) il bene: in tal senso, v. Cass. 5 marzo 1976, n. 743, in *Foro it.*, 1978, I, 1257; tanto meno, potrebbe bastare una dichiarazione confessoria della controparte: Cass. 18 giugno 2003, n. 9687, in *Dir. e Giust.*, 2003, f. 28, 106.

³⁵ Al riguardo, si veda però la diversa opinione di M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 1005, il quale, argomentando dal fatto che la causa può essere simulata (e quindi diversa da quella effettiva) senza che ciò si ponga in contrasto con il precetto di forma, ritiene che l'indicazione formale della stessa, nel contesto dell'atto di alienazione, possa anche essere omessa. Analoga considerazione l'A. esprime a proposito dell'oggetto (corrispettivo).

³⁶ In effetti, la tendenza della giurisprudenza ad accentuare il formalismo non può considerarsi un dato costante ed univoco. Vi sono senza dubbio 'settori' nei quali l'orientamento espresso sembra essere, per certi versi, opposto. Si pensi, ad es. (in tema di conclusione del contratto soggetto a forma scritta *ad substantiam*), al problema delle c.d. *forme equipollenti* alla sottoscrizione. La complessità della questione non consente, in questa sede, di andare oltre una breve digressione. Nella pratica, com'è noto, può accadere che una delle parti ometta (per una svista, per negligenza, etc.) di sottoscrivere il documento contrattuale. In questo caso, i giudici, al fine di evitare la nullità dell'atto (per difetto di forma), ritengono che l'atto di citazione ritualmente notificato alla controparte o la produzione in giudizio della scrittura non firmata, costituiscano validi equipollenti della sottoscrizione mancante e siano idonei a perfezionare il contratto con efficacia *ex tunc*, ovvero dal tempo della proposta contrattuale (cfr., ad es., Cass. 23 dicembre 2004, n. 23966, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, f. 1; Cass. 5 giugno 2003, n. 8983, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, f. 6; Cass. 11 marzo 2000, n. 2826, in *Studium iuris*, 2001, 82; Cass. 7 maggio 1997, n. 3970, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 689; Cass. 17 giugno 1994, n. 5868, in

accedendo, talvolta, a soluzioni ancor più liberali come, ad es., in tema di indicazione del prezzo. Recentemente, invero, i giudici hanno ritenuto pienamente surrogabile (ai fini del rispetto del requisito di forma) la (precisa) indicazione del prezzo nel contesto dell'atto di compravendita, con la (generica) dichiarazione del venditore di avere già percepito la somma pattuita³⁸.

Rep. foro it., voce *Contratto in genere*, 1994, 308; Cass. 24 aprile 1990, n. 3440, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, f. 4). Siffatto indirizzo, che muove evidentemente da un intento di conservazione dell'atto di autonomia, va però incontro (in dottrina) a due fondamentali obiezioni: a) la valenza esclusivamente processuale dell'atto di citazione, non equiparabile, per questa via, ad una dichiarazione (sostanziale) di accettazione del contratto; b) il rischio che si possa addivenire alla conclusione del contratto anche a distanza di molti anni dalla formulazione della proposta e, finanche, successivamente allo spirare dei termini di prescrizione dei diritti contrattuali (cfr. V. COLESANTI, *Sulla formazione giudiziale del contratto solenne*, in *Rass. dir. pubblico*, 633; R. SACCO, *Il contratto*, op. cit., 601). Con riguardo a quest'ultimo profilo, la giurisprudenza ha tuttavia rilevato come, in assenza di contratto, non si possa porre il problema della prescrizione di diritti non ancora venuti ad esistenza: sussisterebbe, piuttosto, una mera proposta (atto prenegoziale) dalla quale discenderebbe la facoltà dell'oblato (non soggetta a prescrizione: Cass. 17 gennaio 1975, n. 193, in *Foro it.*, 1975, I, 1762) di accettare e con ciò concludere il contratto (salvo che nel frattempo la proposta non sia venuta meno per revoca, morte o incapacità). Il formante giurisprudenziale, sul punto, è abbastanza compatto: resta però il dubbio su una soluzione che introduce nel sistema una forzatura irragionevole a danno del contraente diligente il quale potrebbe vedersi costretto a subire, dopo svariati anni, un regolamento di interessi non più condiviso.

³⁷ Cfr. Cass. 4 settembre 1990, n. 9114, in *Rep. foro it.*, 1990, 5; Cass. 24 giugno 1982, n. 2839, in *Giust. civ.*, 1983, I, 553; Cass. 13 novembre 1970, n. 2396, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1244. In relazione al profilo specifico della (necessaria) indicazione della causa del negozio formale, v. Cass. 23 ottobre 1968, n. 3421, in *Giust. civ.*, 1969, I, 907; in relazione all'oggetto, v. Cass. 30 dicembre 1997, n. 13098, in *Rep. foro it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, 471.

³⁸ Cfr., ad es., Cass. 26 agosto 1996, n. 7848, in *Notariato*, 1997, 139. Secondo la S.C., in particolare, deve escludersi la nullità dell'atto «per mancanza del requisito essenziale del prezzo, nel caso in cui il venditore, in sede di stipulazione del negozio, dichiara che il prezzo è stato pagato, perché l'esigenza della determinatezza o determinabilità del prezzo è soddisfatta da tale dichiarazione, essendo in essa necessariamente implicito che

6. *Segue. La c.d. relatio nei negozi formali: riflessi applicativi.*

Strettamente connesso a quanto sin qui rilevato è il problema dell'ammissibilità della c.d. *relatio* nei negozi formali, vale a dire il problema della determinazione del contenuto di essi attraverso il rinvio a fonti esterne (all'atto di autonomia) individuabili tanto in elementi materiali (ad es., i segni di confine di un fondo), quanto in (ulteriori) documenti scritti provenienti dalle parti stesse o anche da terzi (eventualmente nel ruolo di *arbitratori*).

La dottrina tradizionale esclude decisamente la possibilità di una determinazione *per relationem* del contenuto dei contratti formali in quanto ciò determinerebbe un'evidente elusione del precetto di forma e delle finalità ad esso sottese³⁹.

Secondo un più recente indirizzo⁴⁰, invece, una volta riconosciuta la distinzione tra contenuto essenziale e contenuto accessorio del contratto (e la necessaria soggezione al *vestmentum* formale soltanto del primo), non dovrebbe esservi alcuna difficoltà ad ammettere una (eventuale) determinazione *per relationem* di quegli elementi e di quelle clausole (accessorie) che si sottraggono, come detto, all'onere di forma.

Non manca poi chi, nell'ambito di tale più permissivo indirizzo, ritiene ammissibile la determinazione mediante rinvio a fonti esterne anche degli elementi essenziali del negozio purchè le parti abbiano previamente individuato i criteri (legali o convenzionali) di operatività del rinvio e di integrazione *ab extra* del contenuto (essenziale) del contratto.

A tale ultima opinione sembra conformarsi la giurisprudenza quando (ad es.) con riferimento alla (fattispecie della) pattuizione di interessi ultra legali (soggetta, com'è noto, a forma scritta *ad validitatem*), ammette che,

l'oggetto dell'obbligazione assunta dal compratore è stato, per accordi intercorsi tra le parti, determinato, non potendosi concepire il pagamento di un prezzo che non sia stato, in concreto, esattamente definito».

³⁹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 208.

⁴⁰ Cfr. R. NICOLÒ, *op. cit.*, 125.

una volta fissati in seno alla convenzione i criteri e le modalità operative del rinvio, la determinazione in concreto degli stessi possa avvenire *per relationem* ad una fonte esterna: il caso classico è quello del rinvio, nell'ambito dei contratti bancari e di finanziamento, al tasso d'interesse usualmente praticato dall'istituto di credito, nel ramo di attività, su una certa piazza⁴¹. A tale riguardo va detto, tuttavia, come proprio la clausola di rinvio agli usi bancari, quale meccanismo ampiamente consolidato nella prassi (e codificato dalle norme bancarie uniformi) di determinazione degli interessi a debito del cliente, sia stato colpito da nullità dalla più recente normativa in materia bancaria⁴²: ciò sul presupposto che la *relatio*, in questo campo (ove ammessa), condurrebbe inevitabilmente ad eludere il formalismo contrattuale voluto dal legislatore per la più efficace tutela del contraente debole.

Sul piano casistico, la determinazione mediante *relatio* del contenuto negoziale trova speciale riscontro nel settore delle compravendite immobiliari dove è prassi diffusa, per la più esatta individuazione e/o delimitazione dell'oggetto, rinviare ad altri documenti (esterni alla convenzione) quali, ad es., la c.d. *planimetria*⁴³ e/o i dati di frazionamento catastale⁴⁴. Particolarmente diffuso, inoltre, è il richiamo, nei singoli atti di vendita, del regolamento di condominio (predisposto anteriormente dall'unico proprietario costruttore dello stabile) che diviene in tal modo parte integrante di essi *per relationem*.

⁴¹ La giurisprudenza ha comunque (da tempo) escluso che la clausola di rinvio puro e semplice «alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza» possa considerarsi valida in quanto, data l'esistenza di diverse tipologie di interessi, non consentirebbe, per la sua genericità, di stabilire a quale previsione le parti abbiano inteso concretamente riferirsi: cfr., tra le altre, Cass. 10 novembre 1997, n. 11042, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 10.

⁴² Cfr. art. 117, 6° co., d.lgs. n. 385/1993 (c.d. T.U. Bancario).

⁴³ Cfr., ad es., Cass. 24 novembre 1983, n. 7047, in *Foro it.*, 1984, I, 70.

⁴⁴ V., al riguardo, Cass. 7 maggio 1991, n. 5016, in *Rep. foro it.*, voce *Vendita*, 1991, 73.

Il meccanismo della *relatio* trova poi riscontro anche in materia (di costituzione) di società di capitali, dove è usuale rinviare allo statuto per la determinazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo.

Di recente, nondimeno, la giurisprudenza sembra avere assunto sul punto un orientamento più restrittivo escludendo l'ammissibilità del rinvio allo statuto quando quest'ultimo non sia rivestito della medesima forma richiesta per il perfezionamento dell'atto costitutivo (*atto pubblico*). Tale indirizzo, per vero, muove dall'idea che l'indicazione nello statuto degli elementi essenziali della società dovrebbe necessariamente condurre ad un'assimilazione strutturale dello stesso all'atto costitutivo anche sotto il profilo del regime formale⁴⁵.

Infine, una distinzione dai riflessi pratici non trascurabili, in materia sempre di *relatio*, è quella concernente la natura, unilaterale o meno, del rinvio alla fonte esterna.

Al riguardo, è bene puntualizzare come tradizionalmente si distinguono due diverse forme di *relatio*:

a) la *relatio c.d. perfecta*, che viene in rilievo quando il rinvio alla fonte esterna sia opera (dell'accordo) di entrambi i contraenti;

⁴⁵ Cfr. App. Roma, 18 maggio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 572; Trib. Roma 12 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 1242. In qualche caso, peraltro, i giudici manifestano un orientamento meno rigoroso, ammettendo che il requisito della forma solenne possa essere validamente surrogato dalla semplice lettura (alle parti) dello statuto da parte del notaio (art. 5, nn. 7 e 8, l. not.): v., ad es., App. Roma 11 febbraio 1997, in *Giur. it.*, I, 2, 494, in cui si statuisce, precisamente, che «è omologabile l'atto costitutivo di una società cooperativa a responsabilità limitata, qualora taluno degli "elementi essenziali" tipici dell'atto costitutivo sia indicato esclusivamente nello statuto, a condizione che del medesimo statuto, allegato all'atto costitutivo, il notaio rogante abbia dato lettura alle parti - ciò che consente al pubblico ufficiale l'indagine della volontà delle parti, la direzione personale della compilazione dell'atto, nonché il controllo della legittimità delle clausole statutarie». Per un approfondimento sul punto, v. S.T. MASUCCI, *La forma del contratto in generale*, in *I contratti in generale*, VII, *Il dir. priv. della giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, 38, ove riferimenti.

b) la *relatio c.d. imperfecta*, che sussiste invece quando il richiamo ad altra fonte sia opera del singolo contraente.

Orbene, la giurisprudenza ha da tempo affermato come, in presenza di un documento *de relato* contenente clausole vessatorie, il meccanismo della *relatio perfecta*, neutralizzando il profilo della predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale, sia tale da rendere superfluo (ai fini dell'efficacia di dette clausole nei confronti dell'aderente) il requisito formale della specifica approvazione per iscritto richiesto dall'art. 1341 c.c.⁴⁶

7. *Le forme volontarie: gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza.*

⁴⁶ Cfr., tra le molte, Cass. 19 marzo 2004, n. 5549, in *Dir. e Giust.*, f. 17, 43; Cass. 22 ottobre 2003, n. 15783, in *Giur. it.*, 2004, 860; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17646, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2170; Cass. 21 aprile 1999, n. 3929, in *Giust. civ.*, 1999, 2987. V. pure (a titolo esemplificativo) Cass. 22 aprile 1997, n. 3479, in *Rep. foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1997, 337, nella quale si statuisce che «il richiamo della disciplina fissata in un distinto documento, che sia effettuato dalle parti, sulla premessa della piena conoscenza di tale documento e al fine dell'integrazione del rapporto negoziale nella parte in cui difetti di una diversa regolamentazione, assegna alle previsioni di quella disciplina per il tramite di *relatio perfecta*, il valore di clausole concordate e quindi le sottrae all'esigenza della specifica approvazione per iscritto di cui all'art. 1341 c.c., mentre non rileva l'eventuale unilateralità della predisposizione del suddetto documento, la quale resta superata dalla circostanza che entrambi i contraenti si siano accordati per farne proprio il contenuto (nella specie l'assicurato aveva dichiarato nella polizza di aver preso visione delle condizioni generali di contratto espressamente richiamate fra cui era compresa la clausola di deroga alla competenza territoriale)».

Con l'art. 1352 c.c., il legislatore ha ampliato notevolmente i confini dell'autonomia privata, attribuendo alle parti il potere di determinare le forme in cui perfezionare l'operazione contrattuale⁴⁷.

La norma in questione (ha posto e) pone diversi problemi di ordine teorico e pratico sui quali è tutt'ora vivo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale⁴⁸. Ci si chiede, anzitutto, in che modo si configuri il rapporto tra le forme legali e quelle convenzionali.

L'orientamento più risalente, argomentando dalla collocazione sistematica dell'art. 1352 e dal tenore letterale della disposizione, ritiene esservi una sostanziale omogeneità tra le due *species* di forma da cui discenderebbe, *de plano*, l'assoggettamento di esse alla medesima disciplina⁴⁹. A sostegno di questa tesi, in tempi più recenti, si è anche attribuito alla suddetta disposizione il significato di una *delega* che, in materia di requisiti di forma negoziale, l'ordinamento conferirebbe ai

⁴⁷ Al riguardo va subito precisato, però, che le parti possono avvalersi del suddetto potere soltanto per rendere più rigorosi gli oneri di forma previsti dal legislatore e non anche, invece, per attenuarli o addirittura escluderli (in tal senso, ad es., le parti non potrebbero validamente accordarsi per concludere una compravendita immobiliare in forma orale). La dottrina, sul punto, è sostanzialmente pacifica: cfr., *ex multis*, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, in *Diritto civile*, 1**, *Fatti e atti giuridici*, *op. cit.*, 641, ove si sottolinea che «i patti relativi alla forma dei futuri contratti non possono trasformare un negozio formale o solenne in un negozio a forma libera (infatti le norme relative alla forma rispondono a finalità di “ordine pubblico” e sono inderogabili)».

⁴⁸ Minore attenzione ha invece suscitato in dottrina la disposizione di cui al 4° comma dell'art. 1326 c.c. che pure, com'è noto, si colloca nel quadro delle forme convenzionali: in particolare, la norma *de qua* prevede che «qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa». Al riguardo, è agevole però rilevare sostenuto che, essendo la norma dettata nell'esclusivo interesse del proponente, quest'ultimo potrebbe senz'altro rinunciare alla forma richiesta e, in tal modo, considerare (validamente ed efficacemente) concluso il contratto. Sul punto v., più diffusamente, R. SACCO, *Il contratto*, *op. cit.*, 585 ss.

⁴⁹ In tale prospettiva, la forma volontaria diviene (al pari di quella legale) un requisito essenziale dell'atto, ai sensi dell'art. 1325, n. 4, c.c.; il difetto di essa, pertanto, condurrebbe inevitabilmente alla nullità (dell'atto).

privati al fine di dar loro la possibilità di individuare le forme più idonee di conclusione degli affari⁵⁰.

In realtà, proprio la specifica previsione normativa del suddetto potere convenzionale dovrebbe indurre a reputare le c.d. forme volontarie come un fenomeno in qualche misura *irriducibile* al formalismo legale: ciò in quanto le parti non potrebbero mai disporre dei requisiti di struttura della fattispecie né, tanto meno, fissare forme di invalidità negoziale⁵¹. Di qui la radicale eterogeneità delle due tipologie di forma e la necessità di individuare le regole di disciplina (delle forme volontarie) attraverso una più complessa ermeneutica del sistema.

Sotto l'impero del codice abrogato era accesa la disputa sul significato da riconoscere al c.d. patto sulla forma: si discuteva, in particolare, se, in mancanza di una inequivoca volontà delle parti, la forma concordata (in ordine alla conclusione di un futuro contratto) dovesse intendersi quale forma *ad substantiam* ovvero quale forma *ad probationem*. Il legislatore del 1942 ha posto fine all'annosa *querelle* con la previsione dell'art. 1352 c.c., ove testualmente si afferma che "se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo".

La dottrina recente è pressoché pacifica nell'affermare che la presunzione richiamata nella norma non vada intesa alla stregua di un

⁵⁰ Cfr. N. IRTI, *Idola libertatis*, *op. cit.*, 23. Nella visione di questo A., in particolare, il legislatore, con l'art. 1352, conferirebbe alle parti un potere di conformazione della fattispecie negoziale. Nello stesso senso, v. pure D. MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *I Contratti*, 1996, 420 e F. VENOSTA, *op. cit.*, 307 ss.

⁵¹ In proposito v., fra gli altri, A. GENOVESE, *op. cit.*, 9, secondo il quale la sicura afferenza dei requisiti di struttura dell'atto ad interessi superiori o generali impone senz'altro, quanto alla loro determinazione, l'esclusiva competenza del legislatore. Analogamente, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed. (rist.), Napoli, 1994, 287.

mezzo di prova⁵² ma, piuttosto, come una regola di interpretazione obiettiva del patto sulla forma cui fare ricorso allora quando non vi sia possibilità di ricostruire altrimenti la effettiva volontà delle parti⁵³. Tale regola presuntiva, peraltro, può concretamente operare soltanto a condizione che la convenzione sia stata conclusa per iscritto⁵⁴ ed afferisca alla stipula di un futuro contratto.

Si pone allora il problema di stabilire quale sia il valore di un patto di forma concluso oralmente.

Sebbene anche in questo caso non manchino proposte ricostruttive di segno diverso, sembra ragionevole ritenere che l'aformalità del patto, stante la sua validità in ossequio al principio di autonomia privata, possa condurre soltanto alla inapplicabilità del canone ermeneutico di cui all'art. 1352 c.c., in guisa che il significato del patto dovrà essere accertato

⁵² Come invece ritenuto da F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, *op. cit.*, 152 ss.: si tratterebbe, precisamente, nella ricostruzione dell'A., di una presunzione *iuris tantum*. La tesi, tuttavia, non può essere condivisa in quanto la presunzione (intesa quale mezzo di prova) implica, com'è noto, un rapporto di consequenzialità logica tra due fatti (l'uno dei quali prova l'altro) e non, invece, il rapporto tra un atto ed il suo significato, vale a dire un rapporto di significazione che è compito dell'interpretazione disvelare. In tal senso v., per tutti, N. IRTI, *op. cit.*, 63.

⁵³ Tale 'lettura' della norma, del resto, trova autorevole conferma in un passo della *Relazione al Codice* (n. 617), ove si afferma che «il patto di adottare una forma determinata per la conclusione di un futuro contratto deve essere interpretato in relazione all'effettiva volontà delle parti circa la funzione costitutiva o soltanto probatoria della forma convenuta. Nel dubbio si è considerato l'accordo come diretto a scopo costitutivo». In senso analogo è orientata la giurisprudenza: cfr., ad es., Cass. 28 novembre 1994, n. 10121, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 11; Cass. 22 marzo 1967, n. 639, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 722.

⁵⁴ In tale ordine di idee, la forma scritta richiesta dall'art. 1352 costituirebbe una forma c.d. *integrativa*, ovvero una forma richiesta (non per la validità del patto concluso dalle parti, ma bensì) per la produzione di determinati effetti (rappresentati, nella specie, dalla operatività del suddetto canone ermeneutico). Cfr., sul punto, A. GENOVESE, *op. cit.*, 6 ss. e 46; per una diversa opinione v. E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2^a ed., Roma, 1948, 221.

attraverso le ordinarie regole (sogettive e oggettive) di interpretazione degli atti negoziali (artt. 1362 ss. c.c.)⁵⁵.

Questione dalle implicazioni assai spinose (e ancora distante da approdi dogmatici sufficientemente univoci e condivisi) è poi quella relativa alla sorte del negozio concluso senza osservare il precetto di forma convenzionale.

Una parte della dottrina, muovendo dal tradizionale parallelismo tra forma legale e forma convenzionale, ritiene che il difetto di forma volontaria, privando l'atto negoziale di un requisito strutturale, dovrebbe cagionarne l'invalidità *sub specie* di nullità⁵⁶. La natura tendenzialmente *privata* (e non *pubblica*) degli interessi in giuoco induce tuttavia alcuni Autori (nell'ambito, sempre, di questo stesso indirizzo ricostruttivo) a conformare diversamente lo "statuto" normativo della nullità, elidendone i profili tradizionalmente più caratterizzanti, quali, la legittimazione assoluta all'azione e la rilevabilità *ex officio* da parte del giudice: verrebbe così in rilievo (nelle fattispecie considerate) un'ipotesi di nullità relativa⁵⁷ o, più in generale, di invalidità *sui generis* e/o convenzionale⁵⁸.

Secondo un altro orientamento, la forma pattuita dalle parti costituirebbe un requisito (non di validità⁵⁹, ma bensì) di *efficacia* del negozio, nel senso, precisamente, che l'osservanza di essa formerebbe oggetto di una *condizione sospensiva*⁶⁰. Tale ricostruzione, ancorché

⁵⁵ Cfr., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, op. cit., 454.

⁵⁶ Cfr., sia pure con varietà di sfumature, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, op. cit., 154; R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, 280; F. VENOSTA, op. cit., 310.

⁵⁷ Cfr. M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, I, 1980, 2241 ss.

⁵⁸ Cfr. M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, op. cit., 1003; P. PERLINGIERI, op. cit., 147.

⁵⁹ Così R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., 457, il quale rileva, altresì, come solo la legge possa sancire l'invalidità dell'atto.

⁶⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, op. cit., 299. Secondo l'A., in particolare, «il riferimento della formula legislativa alla "validità" del contratto esclude la presunzione nel senso della finalità meramente probatoria della forma volontaria ma non

autorevolmente sostenuta, sembra però urtare contro il decisivo rilievo che la condizione (sospensiva) presuppone un negozio già perfezionato che nella specie non sembra potersi rinvenire: il requisito di forma voluto dalle parti, invero, inerisce ad un contratto (ancora) da concludere.

Le aporie riscontrate nelle opinioni fin qui richiamate, inducono allora a reputare senz'altro più plausibile l'idea secondo la quale il difetto di forma (convenzionale) inciderebbe sul procedimento di formazione del negozio, impedendo il completamento della fattispecie: l'atto sarebbe pertanto *inesistente* in ragione del suo mancato perfezionarsi⁶¹. Siffatta tesi, a ben vedere, costituisce il logico corollario dell'orientamento propenso a collocare il patto di forma *ex art. 1352 c.c.*, nella più ampia categoria dogmatica dei c.d. *negozi configurativi*⁶².

La casistica giurisprudenziale, sul punto, non è particolarmente ampia. Si segnala un precedente in cui i giudici di legittimità, affermando (sorprendentemente) la valenza (in ogni caso) *ad probationem* della forma convenzionale, hanno escluso, nel difetto di essa, la conseguenza della nullità⁶³. Più in generale, va detto però come la giurisprudenza appaia nettamente propensa ad "aggirare" il problema del difetto di forma

esclude che la mancanza della forma volontaria debba spiegarsi in termini di inefficacia. La distinzione terminologica tra invalidità e inefficacia non è infatti rigorosa nel linguaggio legislativo».

⁶¹ Cfr. F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla documentazione del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 98 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, op. cit., 622; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale* (artt. 1321-1469), in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1980, 220.

⁶² In tal senso G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 149, cui si rinvia per un adeguato approfondimento della suddetta categoria anche in rapporto alle (contigue) figure del contratto normativo e del contratto preliminare.

⁶³ Cfr. Cass. 6 maggio 1996, n. 4167, in *Corr. giur.*, 1997, 446 ss. Si tratta, peraltro, di una sentenza in aperto contrasto con il tenore letterale dell'art. 1352 c.c. e per questo fortemente criticata in dottrina: cfr., ad es., R. FAVALE, *La Corte di Cassazione erige il mausoleo delle forme volontarie*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 917 ss.

ravvisando nella (successiva) conclusione del negozio una “revoca” tacita (ovvero per *facta concludentia*) del precedente patto sulla forma.

Detta “revoca” (più propriamente qualificabile come risoluzione per mutuo dissenso)⁶⁴ è ampiamente ammessa dai giudici anche quando il patto sia rivestito della forma scritta⁶⁵. In particolare, da talune pronunce della Suprema Corte si evince come, ai fini della validità della revoca (tacita) non occorra provare il requisito (soggettivo) della consapevolezza delle parti in ordine agli effetti (di essa), ma sia sufficiente accertare la sussistenza in concreto di “comportamenti concludenti incompatibili con la volontà di mantenere in vita il vincolo di forma convenzionale precedentemente pattuito”⁶⁶. Deve però sottolinearsi come secondo una parte della dottrina, tali *facta concludentia* potrebbero considerarsi effettivamente univoci soltanto quando identificabili con (l’avvenuta) esecuzione delle prestazioni contrattuali⁶⁷.

8. *Segue. L’art. 1352 c.c. ed i negozi unilaterali.*

Altra questione dibattuta è quella relativa all’applicabilità dell’art. 1352 c.c. ai patti di forma aventi per oggetto (il compimento di) negozi unilaterali. Si discute, cioè, se la regola presuntiva ivi contemplata possa trovare applicazione anche in dette ipotesi.

⁶⁴ La revoca, infatti, ha struttura negoziale unilaterale (e *non* bilaterale): v., al riguardo, M. COSTANZA, *Revoca*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 443.

⁶⁵ Naturalmente, si ripropongono qui le questioni relative alla forma dei negozi di secondo grado (tra le quali si colloca, appunto, la revoca), su cui v., più ampiamente, *supra*.

⁶⁶ Cfr. Cass. 22 gennaio 1988, n. 499, in *Rep. foro it.*, 1988, 4; in senso conforme, più recentemente, Cass. 22 agosto 2003, n. 12344, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, fasc. 7-8; Cass. 5 ottobre 2000, n. 13277, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 163; Cass. 24 giugno 1997, n. 5639, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 426. Per una decisione si segno opposto v., però, Cass. 14 aprile 2000, n. 4861, in *I contratti*, 10, 2000, 873 ss., con nota di A. NATALE, *La rinuncia alla forma convenzionale*, nella quale la Corte ha richiesto, per la validità della “revoca”, l’osservanza della forma scritta.

⁶⁷ Cfr. A. GENOVESE, *op. cit.*, 163.

Alcuni Autori, richiamandosi alla lettera della disposizione (che si riferisce esclusivamente al contratto), escludono che la presunzione *de qua* possa trovare applicazione⁶⁸. La giurisprudenza (traendo spunto essenzialmente dal dettato dell'art. 1324 c.c.) sembra invece orientata in senso contrario⁶⁹.

La questione trova un certo riscontro pratico (soprattutto) nell'ambito dei c.d. contratti di durata (locazione, lavoro subordinato, assicurazione, etc.) dove è prassi diffusa la previsione, nel regolamento pattizio, di una clausola che impone ad una o ad entrambe le parti l'osservanza di una determinata *modalità esternativa* (forma scritta) per il (valido) compimento di quegli atti negoziali (unilaterali) che incidono sullo svolgimento del rapporto (recesso, disdetta, proroga, etc.).

Al riguardo, si è posto il problema di stabilire se i suddetti negozi possano (validamente) compiersi in forme diverse da quelle convenzionalmente richieste. Emblematico è il caso della c.d. disdetta del contratto di locazione effettuata con la forma della raccomandata semplice anziché con la forma (convenzionalmente prevista) della raccomandata con ricevuta di ritorno.

Ora, ferma la distinzione tra forma della *comunicazione* e forma della *dichiarazione*, e rilevato come, talvolta, la prima possa essere imposta in funzione di una precisa determinazione della seconda (ad es., si impone la comunicazione a mezzo di raccomandata perché si vuole che la disdetta sia compiuta in forma scritta), si pone essenzialmente una *quaestio voluntatis*, cioè un problema di corretta interpretazione della volontà delle parti. Di talchè, se si accerta che la forma (dettata per la comunicazione) è in realtà voluta per la validità della dichiarazione negoziale (di disdetta)

⁶⁸ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, op. cit., p. 153 ss.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, op. cit., 1002; v. pure R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, op. cit., 461. In senso contrario v., per tutti, G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni*, op. cit., 218, nt. 12.

⁶⁹ Cfr. Cass. 20 agosto 1992, n. 9719, in *Foro it.*, 1993, I, 2174; Cass. 9 febbraio 1980, n. 909, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2237-2238.



n. 2/2018

non potranno ammettersi *equipollenti* della medesima⁷⁰; se invece si accerta che la forma è stata prevista (per un'esigenza di prova ovvero) per assicurare la certezza della ricezione dell'atto, potrà ammettersi un equipollente di essa (riprendendo l'esempio fatto, raccomandata semplice anziché con avviso di ricevimento) a condizione che sia adeguata al perseguimento dello scopo (effettiva ricezione da parte del destinatario)⁷¹.

In questa direzione sembra muoversi la giurisprudenza, soprattutto in materia di rapporti di locazione, dove si ammette, conformemente a quanto testè rilevato, la piena equipollenza sul piano formale della raccomandata semplice con quella provvista di ricevuta di ritorno (riguardo, sempre, la forma della disdetta)⁷².

9. La 'ripetizione' del contratto.

Con la c.d. ripetizione del contratto le parti riproducono una volontà negoziale (già manifestata) in una veste formale più solenne al fine di dotarsi di un più efficace mezzo di prova ovvero per procurarsi un titolo idoneo alla trascrizione.

⁷⁰ Salvo che, nel caso concreto, non siano ravvisabili gli estremi (*facta concludentia*) di una revoca tacita del patto di forma: in tal senso, esplicitamente, Cass. 9 febbraio 1982, n. 766, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 2, nella quale si statuisce che «la revoca della clausola originaria prescrivente la forma scritta per il consenso di uno dei contraenti relativo a possibili vicende future del rapporto negoziale (nella specie: consenso del locatore per le modifiche dell'immobile locato) può derivare anche da atti diversi dallo scritto, inconciliabili con la volontà di mantenere in vita il vincolo convenzionale di forma posto in essere precedentemente». È bene tuttavia rilevare come, sul punto, il formante giurisprudenziale non appaia compatto: in senso sfavorevole all'ammissibilità della revoca tacita v., infatti, Cass. 29 gennaio 1988, n. 833, *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 1.

⁷¹ Si osserva, al riguardo, che il contraente che si avvale di una forma di comunicazione diversa da quella prevista, ha l'onere di provare (in caso di contestazione da parte del destinatario) l'idoneità di essa allo scopo. In ogni caso, detto contraente, in applicazione del principio di autoresponsabilità, supporterà il rischio della mancata ricezione dell'atto: cfr. A. GENOVESE, *op. cit.*, 150.

⁷² Cfr., in particolare, Cass. 13 maggio 1989, n. 2211, in *Arch. loc. cond.*, 1990, 54.

Il fenomeno, come noto, trova precipua applicazione nel settore delle compravendite immobiliari dove molto spesso le parti definiscono l'operazione traslativa con una scrittura privata, per poi procedere, in un momento successivo, alla consacrazione della stessa nella forma dell'atto pubblico.

Deve peraltro rilevarsi come la figura della ripetizione negoziale trovi riscontro anche in fattispecie normativamente previste quali, ad es., la vendita di eredità (art. 1543 c.c.) e la stipula dell'atto costitutivo di società per azioni (art. 2336 c.c.).

Assai problematico appare l'inquadramento teorico del negozio c.d. riproduttivo.

L'impossibilità, per quest'ultimo, di realizzare una funzione autonoma (rispetto al negozio c.d. riprodotto) ha indotto qualche Autore a prospettare la tesi della nullità per difetto di causa⁷³. Più frequentemente, però, la dottrina ha sottolineato la valenza autonoma del contratto ripetitivo attribuendo ad esso, secondo i diversi indirizzi, una funzione ora accertativa, ora ricognitiva, ora confessoria ora, ancora, rinnovativa⁷⁴. Si tratta, tuttavia, di ricostruzioni che smentiscono l'assunto di partenza della perfetta identità causale e contenutistica tra la dichiarazione riproduttiva e quella riprodotta.

In una diversa prospettiva si è allora affermato che, stante la predetta identità di funzione e contenuto, il contratto ripetitivo sarebbe in realtà un contratto *inutile* in quanto privo in concreto (per il fatto impediente del negozio preesistente) di effetti che pure in astratto sarebbe idoneo a

⁷³ Cfr. R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 407. Detta tesi, tuttavia, urta contro il decisivo rilievo che il fenomeno della ripetizione negoziale trova (come si è visto) un significativo riscontro nella normativa.

⁷⁴ Per un approfondimento dei diversi orientamenti, cfr. C. RIMINI, *Il problema della sovrapposizione dei contratti e degli atti dispositivi*, Milano, 1993, 13 ss.

produrre⁷⁵. Ciò nondimeno, la reiterazione del contratto risponderebbe al fine delle parti (non di creare una nuova vicenda effettuale ma piuttosto) di rivestire l'operazione (già conclusa) di una forma idonea ad assicurare la certezza e l'opponibilità dei diritti acquisiti⁷⁶.

In una direzione non dissimile sembra muoversi la giurisprudenza la quale, di massima, tende ad escludere la natura negoziale (autonoma) del contratto ripetitivo: quest'ultimo costituirebbe soltanto un documento riproduttivo di un regolamento di interessi già esistente ed efficace in cui le dichiarazioni delle parti assumerebbero un valore meramente storico-rappresentativo⁷⁷.

La disputa sulla natura e sul ruolo del negozio riproduttivo non ha ovviamente un rilievo soltanto teorico ma influenza la soluzione di diverse questioni pratiche.

Ad es., accogliendosi la tesi dell'autonomia del contratto ripetitivo rispetto a quello ripetuto, le eventuali cause di invalidità dovrebbero essere accertate (separatamente) rispetto ad entrambi⁷⁸. D'altra parte, l'invalidità del contratto ripetuto dovrebbe comportare l'annullamento del (successivo) contratto ripetitivo per errore di diritto⁷⁹. Problematica, inoltre, diverrebbe la determinazione (ai fini dell'attuazione del rapporto) del tempo e del luogo di conclusione del contratto.

⁷⁵ Cfr. V. DI GRAVIO, *Dichiarazione riproduttiva*, in *Dig. disc. priv., Sez. civile*, V, Torino, 1989, 366.

⁷⁶ Cfr. C. RIMINI, *op. cit.*, 53 ss., il quale rileva altresì che «ciò che caratterizza il contratto ripetitivo è l'intento, lo scopo delle parti al momento della conclusione del secondo contratto: non la causa; la causa del contratto ripetitivo è identica a quella del contratto ripetuto e dunque non vale a distinguere il primo dal secondo».

⁷⁷ V., ad es., Cass. 23 maggio 1972, n. 1597, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1151.

⁷⁸ Sul punto, più analiticamente, C. GRANELLI, *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1077 ss.

⁷⁹ Qualora, beninteso, si dimostrasse che il convincimento della parte di essere validamente impegnata alla stipula del negozio riproduttivo sia stata l'unica ragione che l'ha indotta alla ripetizione.

Dette questioni andrebbero invece incontro ad una soluzione tendenzialmente univoca qualora si accogliesse la tesi (preferita, come visto, dalla giurisprudenza) secondo la quale l'unico vero contratto è quello ripetuto.

È poi importante rilevare come nella prassi le parti, di regola, assumano espressamente l'impegno alla futura reiterazione formale del contratto già concluso (mediante scrittura privata)⁸⁰. Sicchè, accogliendosi la tesi dell'autonomia del contratto riproduttivo, si potrebbe ipotizzare (come da taluno è stato fatto) la possibilità (nel caso di inadempimento dell'obbligo di ripetizione formale) di applicare, a beneficio della parte non inadempiente, il rimedio di cui all'art. 2932 c.c.⁸¹. Possibilità che resta invece esclusa ove si affermi la natura meramente documentativa dell'atto concluso successivamente.

Deve per altro osservarsi come anche buona parte della dottrina che insiste per la valenza autonoma del negozio riproduttivo, escluda la possibilità di impiego del rimedio anzidetto: ciò in quanto la sentenza del giudice (*ex art. 2932*) è senz'altro indirizzata (in ragione della sua natura costitutiva) alla produzione di effetti (traslativi) che, nella fattispecie (e

⁸⁰ È noto come non sempre sia agevole per l'interprete distinguere il patto di rinnovazione formale del contratto dalla (diversa) figura del contratto preliminare. In effetti, la differenza tra le due fattispecie, netta sul piano concettuale, assume contorni decisamente più sfumati nella pratica a causa, il più delle volte, di una formulazione ambigua (o comunque tecnicamente scorretta) della dichiarazione contrattuale. Il problema si pone anche e soprattutto perché dall'esito di tale inquadramento dipende la possibilità, per il contraente leso, di avvalersi o meno (in sede processuale) del rimedio specifico di cui all'art. 2932 c.c.. Sarà quindi indispensabile, in detta ipotesi, procedere all'accertamento della effettiva volontà delle parti alla stregua dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362-1366 c.c.

⁸¹ Cfr. F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 194. Secondo l'A., in particolare, «data l'ampiezza della formula dell'art. 2932» il campo di applicazione del rimedio potrebbe ragionevolmente estendersi anche al «patto di tradurre il contratto, stipulato per scrittura privata, in atto pubblico [...]».

diversamente da quel che accade nella sequenza preliminare-definitivo), risultano già realizzati dal negozio riprodotto⁸².

Nell'impossibilità di avvalersi del rimedio di cui all'art. 2932 c.c., la parte interessata, secondo una diffusa opinione, potrebbe comunque procurarsi un titolo idoneo alla trascrizione nei registri immobiliari mediante l'accertamento giudiziale della scrittura privata⁸³ ovvero, secondo una giurisprudenza minoritaria, mediante una sentenza accertativa (dell'avvenuto) trasferimento del diritto⁸⁴.

10. *Qualche riflessione conclusiva (necessariamente interlocutoria).*

Il ruolo delle forme negoziali nella realtà dei traffici è tema costantemente *in progress*, segnato in profondità dalle tensioni assiologiche e pratiche che agitano in qualsiasi tempo l'ordinamento e il mercato.

Si è visto, nel corso della trattazione, come le funzioni del precetto formale siano varie ed articolate e come tutte, in qualche misura, si

⁸² Al riguardo, osserva incisivamente Rimini che «ciò che caratterizza lo strumento previsto dall'art. 2932 cod. civ. è la possibilità che una sentenza produca gli effetti che si sarebbero dovuti produrre in forza del contratto non concluso. La sentenza a cui la norma si riferisce è quindi, per sua stessa natura, *costitutiva*. Nel caso di un contratto di vendita immobiliare concluso per scrittura privata, se una delle parti non presta la collaborazione necessaria per la redazione dell'atto pubblico ripetitivo necessario per la trascrizione, non vi è alcun nuovo effetto da costituire, essendo la proprietà già trasferita per effetto del primo contratto. Si coglie quindi immediatamente che l'azione di cui all'art. 2932 cod. civ., è inadatta allo scopo perseguito dalla parte che pretende l'adempimento dell'impegno alla ripetizione assunto al momento della redazione del contratto ripetuto» (C. RIMINI, *op. cit.*, 168).

⁸³ Ciò, essenzialmente, in virtù del disposto dell'art. 2657, che include tra i titoli idonei alla trascrizione anche la scrittura privata accertata giudizialmente: cfr., sul punto, Cass. 24 gennaio 1980, n. 593, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 268. Per la dottrina v., per tutti, C. RIMINI, *op. cit.*, 170 ss., ove più ampi riferimenti.

⁸⁴ Cass. 8 luglio 1968, n. 2332, in *Foro pad.*, 1969, I, 736.

rivelino essenziali ai fini di una corretta esplicazione delle attività negoziali e, più in generale, dell'autonomia privata.

Si è visto, altresì, come proprio in ragione di ciò il problema della forma abbia storicamente formato oggetto di raffinate speculazioni dottrinali, strettamente intrecciate con le più significative ricostruzioni teoriche del fenomeno giuridico e negoziale; e come, per altro verso, abbia sempre, incessantemente sollecitato la giurisprudenza a dirimere una mole davvero cospicua di questioni pratiche, di cui è amplissima traccia nei repertori, e che giustificano, anche sotto questo profilo, l'interesse ad un costante monitoraggio delle sue coordinate evolutive.

Nelle pagine che precedono, si è attuata una veloce disamina dei nodi critici più classici del formalismo negoziale, omettendo volutamente ogni riferimento alla problematica (relativamente) più recente delle c.d. *forme di protezione* in materia di consumatori e di soggetti deboli, meritevole di un approfondimento non realizzabile in questa sede, perché non coerente con l'economia di questo studio.

Da tale disamina è emerso, in special modo, come le molteplici questioni trattate tendano sempre in qualche modo a ruotare e ad ordinarsi intorno al problema *topico* (e, al tempo stesso, più risalente) del formalismo negoziale, vale a dire quello della effettiva persistenza nel sistema del c.d. principio della libertà delle forme e degli attuali limiti (teorici e pratici) della sua operatività.

Si è già avuto modo di rappresentare i diversi orientamenti dottrinali sul punto, alcuni dei quali, muovendo dal dato incontestabile di una crescente espansione del formalismo in diversi (e rilevanti) settori dell'ordinamento, si sono mostrati - sia pure nel solco di tracce ricostruttive non assimilabili - decisamente propensi ad un *ridimensionamento* del principio, se non addirittura ad suo definitivo misconoscimento.

Si tratta peraltro di profili già ampiamente focalizzati in altra parte del lavoro e su cui quindi non occorre indugiare oltre.

Preme invece soffermarsi, in una visione del fenomeno giuridico attenta a coniugare l'analisi dogmatica con il concreto atteggiarsi dei problemi, sugli indirizzi ad oggi sedimentati nel diritto vivente, ammesso - beninteso - che sia possibile individuare ed enucleare dalle pronunce esaminate delle *rationes decidendi* sufficientemente nitide ed omogenee.

Da questo angolo visuale, sembra allora di poter rilevare come i nostri giudici, nelle varie *quaestiones* affrontate, pur muovendo da un puntuale (e, per certi versi, *tralaticio*) riconoscimento del principio delle libertà delle forme, si dimostrino anch'essi fondamentalmente inclini a dare una lettura (per quanto possibile) *estensiva* dei precetti di forma operanti nell'ordinamento, confermando in tal guisa quella *vis expansiva* del formalismo che pare essere un tratto fisionomico ormai acquisito degli ordinamenti attuali.

Ed invero, benché non manchino decisioni di segno apparentemente *opposto* (con conseguente oscillazione del formante), si è pure visto come la giurisprudenza sia ben propensa a ricercare nelle controversie sottoposte al suo giudizio quei fattori di similitudine funzionale tra le fattispecie (sotto il profilo della causa, dell'oggetto e/o degli effetti dell'atto) che possano giustificare un'applicazione del precetto di forma (per analogia o interpretazione estensiva) anche a quelle di esse che ne sarebbero di per sé affrancate, e come tali consegnate al libero *vestmentum* prescelto dalle parti.

Se del *trend* ermeneutico appena evocato (quale cifra tipica dell'odierno orientamento giurisprudenziale) conviene senza dubbio prendere atto, sembra nondimeno opportuno chiudere queste note ricostruttive con una riflessione sui possibili riflessi che un siffatto indirizzo possa avere sul principio di libertà delle forme e sulla (in qualche modo connessa) conformazione sistemica del valore dell'autonomia privata.

E, lungo questa traiettoria, pare allora possibile rilevare come il crescente radicamento del formalismo nel diritto vivente, ancorché limitativo del summenzionato principio di libertà delle forme, non debba tuttavia essere inteso come un fenomeno che conduca necessariamente ad una correlativa *dequotazione* dell'autonomia privata.

Ed infatti, da un attento esame delle pronunce giurisprudenziali, è agevole rendersi conto di come la maggiore incidenza degli oneri formali non sia motivata tanto dalla volontà (più o meno consapevole) di porre limiti sempre più invasivi all'autonomia privata, quanto piuttosto dall'esigenza di assicurare alle parti coinvolte un esercizio il più possibile corretto, trasparente ed efficiente del potere di autoregolamentazione dei propri interessi.

Sicché, in definitiva, in un percorso argomentativo così conformato il formalismo diviene uno strumento non già di *compressione* del valore dell'autonomia (come pure inizialmente potrebbe sembrare) ma, semmai, di più sicuro ed autentico *inveramento* dello stesso.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

AMELIA BONGARZONE

Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e tutela dei diritti della personalità

ABSTRACT- The setting up of the 'Single National Anti-mafia Documentation Database' (*Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia*) highlights issues of considerable importance from an axiological viewpoint, insofar as the balancing involved reveals a conflict between the need for the most effective repression of organised crime and the protection of personality rights. The work focuses, in particular, on the problem of the preservation of the data relating to *interdittiva antimafia*, including in the event of a judicial decision in favour of the company, and analyses the profiles of incidence on the subjective situations of the collective body and of its individual components.

KEYWORDS- *Interdittiva antimafia*, public and private interests, preservation of the data, subjective situations, personality rights.

Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e tutela dei diritti della personalità**

SOMMARIO: 1. *Il tortuoso iter del d.lgs. n. 159 del 2001, c.d. Codice antimafia: dichiarazioni d'intenti ed obiettivi (dis)attesi. L'istituzione della Banca dati nazionale unica.* - 2. *Trattamento e protezione dei dati.* - 3. *Interesse pubblico e interesse privato nella procedura di aggiornamento dei dati. Conservazione del dato relativo all'interdittiva prefettizia anche in caso di decisione giudiziale favorevole all'impresa. Incidenza sui diritti della personalità dell'ente collettivo e dei singoli componenti. Profili di criticità e strumenti di tutela.*

1. *Il tortuoso iter del d.lgs. n. 159 del 2001, c.d. Codice antimafia: dichiarazioni d'intenti ed obiettivi (dis)attesi. L'istituzione della Banca dati nazionale unica.*

La disciplina relativa alla documentazione antimafia schiude notoriamente il campo a problematiche di notevole rilievo sotto il profilo assiologico, nella misura in cui il bilanciamento che vi è sotteso disegna i tratti di un conflitto tra l'esigenza di una repressione efficace della criminalità organizzata e la tutela dei diritti della persona che, inevitabilmente, si trovano involti.

In considerazione delle potenzialità dissuasive rinvenibili nella normativa e conchiuso nella capacità di precludere l'avvio della contrattazione con le P.A. o interromperne il prosieguo¹, ci si sarebbe

* Docente di Diritto privato, Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Secondo le indicazioni contenute nel Codice antimafia (artt. 83 e 91, comma 1), le pubbliche amministrazioni e gli altri soggetti indicati, prima di stipulare, approvare o autorizzare contratti e subcontratti aventi un certo valore, come pure prima di rilasciare o

aspettati che il legislatore prestasse particolare attenzione all'opera di ricomposizione delle disposizioni, essenzialmente contenute nel d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490 e nel d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, mediante un intervento in grado, se non di eliminare, almeno di ridurre i profili di criticità. E tuttavia, la tortuosità dell'iter che ha condotto al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, rubricato *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*, meglio noto come Codice antimafia, sembra indirizzare altrove.

Il provvedimento avrebbe dovuto dare attuazione alle due deleghe contenute nella l. n. 136 del 2010 (*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*) con lo scopo di far confluire in un unico testo le norme di contrasto al fenomeno mafioso e concedere una sistemazione finalmente organica ad una disciplina disseminata in una miriade di leggi. Le attese, tuttavia, sono

consentire taluni specifici provvedimenti, devono acquisire, mediante consultazione della Banca dati nazionale unica o presso il prefetto competente (art. 90), la documentazione antimafia. L'effetto discendente da un provvedimento che dovesse pervenire a contenuto ostativo è indicato dall'art. 94, comma 1: le P.A. «non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni» e, laddove lo abbiano già fatto, devono sciogliersi dai vincoli. A fondamento della scelta legislativa v'è la constatazione che la moderna economia di mercato è costretta a misurarsi con lo spettro dell'infiltrazione mafiosa, la quale si realizza, non di rado, con il condizionamento e la strumentalizzazione delle scelte imprenditoriali di privati non necessariamente affiliati alle cosche. Sicché, l'ordinamento ha evidentemente valutato che, in tal caso, l'effetto inibitorio per la negoziazione con le amministrazioni pubbliche, scaturente da un'eventuale informativa a contenuto ostativo, possa costituire una misura capace di arginare il fenomeno mafioso. Sulla problematica, nella sua complessità, sia consentito il rinvio alla trattazione svolta in A. BONGARZONE, *L'informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2018, *passim*.

andate deluse ed il progetto di un completo riordino rimandato a tempi migliori².

Fin da subito era parsa manifesta l'inattuabilità della prima delega, afferente ad «una completa ricognizione della normativa penale, processuale e amministrativa vigente in materia di contrasto alla criminalità organizzata, ivi compresa quella già contenuta nei codici penale e di procedura penale», alla sua armonizzazione, al suo coordinamento ed all'«adeguamento della normativa italiana alle disposizioni adottate dell'Unione europea» (art. 1, comma 2, lett. a) nonché alla riorganizzazione della normativa vigente in materia di misure di prevenzione (art. 1, comma 3). I principi e gli specifici criteri direttivi contenuti (ai sensi dell'art. 76 Cost.) nella legge delega erano, infatti, riferiti unicamente alle misure di prevenzione, senza per nulla interessare la rimanente disciplina. Appariva dunque chiaro che, di là dai proclami, la legislazione delegata beneficiasse di una sfera d'azione piuttosto limitata e, fatta eccezione, come detto, per le misure preventive, dovesse per il resto limitarsi ad una mera ricognizione - pur se, beninteso, non agevole - delle disposizioni esistenti, senza alcuna possibilità di incidere sulle stesse.

Diversamente, invece, per la seconda delega, relativa al progetto di aggiornamento e semplificazione della normativa in materia di documentazione antimafia (art. 2), per la quale la presenza di puntuali indicazioni lasciava ben sperare. Anche stavolta, però, l'occasione non si è colta e, lungi dall'apportare i miglioramenti auspicati, la nuova regolamentazione, in seguito ad continuo rimaneggiamento, ha finito col porsi in linea di stretta continuità con quella precedente. Basti riflettere

² Si vedano in proposito le pungenti osservazioni di G.M. FLICK, *Mafia ed imprese vent'anni dopo Capaci, via D'Amelio, Mani pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, in *Riv. soc.*, 2013, 514, per il quale «il codice antimafia è riduttivo ed incompleto, rispetto al titolo ed agli obiettivi ambiziosi che si proponeva la legge-delega». In senso analogo, R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 888, che lo considera «un'occasione (in gran parte) sprecata».

sulla sorte toccata ad una delle (poche) novità contenute nella stesura originaria del Codice, *id est* l'espunzione dal sistema della c.d. informativa supplementare o atipica, disciplinata dall'art. 1-*septies* del d.l. n. 629 del 1982 (convertito nella l. n. 726 del 1982) e ricondotta nell'alveo delle cautele antimafia dall'art. 10, comma 9, del d.P.R. n. 252 del 1998³. Considerata un *tertium genus* di provvedimento⁴, al fianco delle due

³ Con l'art. 1-*septies*, d.l. n. 629 del 1982 è riconosciuto all'Alto Commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa il potere di comunicare alle autorità interessate la presenza di «elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge», dei requisiti soggettivi richiesti ai fini dell'adozione dei provvedimenti di rilascio, rinnovo, sospensione o revoca di licenze, autorizzazioni, concessioni «in materia di armi ed esplosivi e per lo svolgimento di attività economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di mezzi ed al trasporto di persone o cose». Di siffatto potere (poi confluito nelle competenze del Ministro dell'Interno e da questi delegato ai Prefetti) si è successivamente occupato l'art. 10, comma 9, del d.P.R. n. 252 del 1998 a tenore del quale: «le disposizioni dell'articolo 1-*septies* del decreto legge 6 settembre 1982, n. 629 [...] non si applicano alle informazioni previste dal presente articolo» (*id est*, le informazioni prefettizie antimafia) «salvo che gli elementi o le altre indicazioni fornite siano rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge». Sicché mediante l'inciso finale capace di convertire il senso di un richiamo altrimenti escludente, e dunque «con una formulazione che, a voler essere buoni, può definirsi “contorta”» (R. CANTONE, *op. cit.*, 890, richiamando dichiaratamente un'espressione di S. GAMBACURTA, in AA.VV., *Commento al Codice antimafia. D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, Maggioli, Rimini, 2011, 148) l'informativa atipica, sino ad allora confinata entro ambiti di pertinenza tutto sommato secondari, viene «importata» [così il Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza Grandi Opere (di seguito CCASGO), nelle *Linee guida concernenti la comunicazione alla stazione appaltante degli accertamenti effettuati ai sensi dell'art. 1-*septies* del D.L. 6 settembre 1982, n. 629*, del 12 dicembre 2012, in *G.U.*, 21 gennaio 2013, n. 17, 33] nell'alveo delle cautele antimafia e, parimenti a queste, estende il proprio raggio d'azione al campo degli appalti e dei finanziamenti pubblici.

⁴ CCASGO, *op. loc. cit.*; M. FRONTONI, *Contratto e antimafia. Il percorso dai “Patti di legalità” al rating di legalità*, Torino, 2015, 71. In giurisprudenza, tra tante, Cons. Stato, Sez. IV, 1° marzo 2001, n. 1148, in *Foro amm.*, 2001, 336; Cons. Stato, Sez. VI, 16 aprile 2003, n. 1979, in *www.dejure.it*.



n. 2/2018

fattispecie tipiche della certificazione e dell'informazione antimafia, essa consentiva al prefetto, che pur non avesse individuato elementi sufficienti a ravvisare il pericolo di infiltrazione mafiosa nell'attività imprenditoriale (sì da giustificare, quindi, l'emissione di un'informativa ostativa)⁵, di rendere comunque note alla P.A. notizie di minore spessore indiziario ritenute in tal senso rilevanti⁶.

⁵ Ed infatti, il fondamento dell'informativa atipica è unanimemente rinvenuto nell'accertamento di elementi che, pur lasciando supporre il pericolo di collegamenti con ambienti criminali, non raggiungono la soglia di gravità prevista per le informative tipiche, vuoi perché carenti dei requisiti soggettivi o oggettivi pertinenti alle cause di divieto o sospensione, vuoi perché non integranti appieno il tentativo di infiltrazione mafiosa, con la conseguenza che la comunicazione all'amministrazione interessata ha l'unica funzione di arricchirne la conoscenza in ordine a notizie utili per l'esercizio di ogni eventuale potere discrezionale (v. Cons. Stato, Sez. IV, 1° marzo 2001, n. 1148, *op. loc. cit.*, secondo cui l'applicazione dell'art. 1-*septies* del d. l. n. 629 del 1982 ai contratti ad evidenza pubblica rinverrebbe un preciso riscontro nell'art. 113, comma 1, del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, il quale prevede che «per gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato, il ministro o l'autorità delegata per l'approvazione può negare l'approvazione ai contratti anche se riconosciuti regolari»).

⁶ La congruità dei dati assorbiti nelle 'atipiche' e l'utilizzo non di rado fuorviato del predetto strumento cautelare ha motivato, per vero, non poche perplessità con riferimento al rischio di veicolare in tal guisa notizie sformite di una precisa significatività in ordine alla reale compromissione del soggetto in affari contigui alla criminalità organizzata, partecipando elementi di conoscenza scarsamente rilevanti o persino ininfluenti (si pensi, ad esempio, al caso deciso da TAR Campania-Napoli, Sez. I, 29 novembre 2006, n. 10298, in *www.dejure.it*, afferente ad un'informativa atipica, poi annullata, basata esclusivamente su una denuncia, risalente a dieci anni prima, per detenzione di sostanze stupefacenti cui, peraltro, non aveva fatto seguito alcun procedimento penale; ed ancora, TAR Campania-Napoli, Sez. I, 30 giugno 2006, n. 7223, *ivi*, ove si precisa l'irrilevanza, ai fini della valutazione di inaffidabilità di un soggetto, codificata in un'informativa atipica, della presenza di una condanna per truffa, reato non attinente in concreto ad interferenze o devianze mafiose, o del sospetto di collegamenti, non meglio argomentati, con altra ditta destinataria di interdittiva prefettizia). Per converso, d'altro canto si evidenzia in molti casi un uso dell'informativa atipica anche laddove gli elementi acquisiti avrebbero probabilmente potuto supportare l'adozione di

Ampiamente diffusa nella prassi e sfornita di valore immediatamente interdittivo, tale informativa finiva, in buona sostanza, col riversare sulle amministrazioni il peso e la responsabilità della scelta circa l'avvio, il prosieguo o l'interruzione dell'iter contrattuale⁷, con le conseguenze in tutti i casi facilmente intuibili. Se da un lato, infatti, la determinazione di procedere malgrado la comunicazione di emergenze dubbie esponeva l'amministrazione al rimprovero di sottovalutare l'obiettivo di contrasto alle mafie, d'altro canto la riottosità al contraente 'non infiltrato', se pur 'controverso', comportava il rischio di incorrere in condanne ad onerosi risarcimenti, nell'eventualità di un intervento censorio della giustizia amministrativa⁸. Dinnanzi a tanta incertezza, non è difficile comprendere

un'informativa tipica, con effetti dunque immediatamente inibitori (rilievi in tal senso sono svolti dal CCASGO, *op. loc. cit.*).

⁷ Il permanere in capo all'Amministrazione di una (sia pur ridotta) capacità di apprezzamento sulla sorte del contratto ha sospinto la giurisprudenza a rimarcare che i provvedimenti di mantenimento o di risoluzione dello stesso devono essere sempre frutto di una scelta motivata (Cons. Stato, Sez. III, 12 settembre 2013, n. 4511, in *www.dejure.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1948, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In siffatta direzione, nel caso in cui la P.A. decida di adeguarsi all'informativa, e dunque non procedere alla stipula o interrompere il vincolo eventualmente già sussistente, l'onere motivazionale può, almeno secondo un orientamento, considerarsi assolto anche *per relationem*, mediante rinvio alla nota prefettizia (TAR Calabria-Reggio Calabria, Sez. I, 21 giugno 2011, n. 518, in *www.dejure.it*; TAR Lazio-Roma, Sez. II, 20 aprile 2006, n. 2876, *ivi*; *contra* Tar Palermo, Sez. I, 6 maggio 2011, n. 862, *ivi*), laddove invece la parte pubblica intenda discostarsi dalle risultanze investigative, e si determini comunque ad instaurare o proseguire il rapporto con l'impresa pur colpita da informativa atipica, vi è univocità nell'affermare che la motivazione debba essere particolarmente ampia (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2014, n. 5165, *ivi*; TAR Campania-Napoli, Sez. I, 28 febbraio 2005, n. 1319, *ivi*).

⁸ Cfr. R. CANTONE, *op. cit.*, 890; G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urb. app.*, 2013, 256 ss. Sui descritti motivi di preoccupazione in ordine ai delicati problemi di valutazione e responsabilità cui le informative atipiche espongono le stazioni appaltanti ed al risvolto del contenzioso che solitamente ne scaturisce, con sempre più «allarmante e preoccupante frequenza» dei casi in cui la stazione appaltante è condannata al ristoro dei danni per l'accoglimento del



n. 2/2018

le ragioni per le quali la soppressione dell'informativa atipica avesse incontrato larga condivisione.

Senonché, ad appena un anno di distanza, il legislatore ritorna sui suoi passi ed intervenendo sul testo del Codice, con il d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218, emanato in virtù della medesima legge delega n. 136 del 2010 (ed in particolare degli artt. 1, comma 5 e 2, comma 4) sottrae al meritato oblio l'informativa prefettizia atipica, la quale, prontamente riesumata⁹, scompare dal novero delle abrogazioni di cui all'art. 120, mentre vi rimane il d.P.R. n. 252 del 1998¹⁰.

ricorso presentato dall'impresa estromessa, anche la *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, XVI legislatura, Doc. XXIII, n. 16, t. II*, approvata nella seduta del 22 gennaio 2013, 539 ss., spec. 543 ove il virgolettato.

⁹ Non appare superfluo evidenziare che l'art. 4, comma 3, del d.P.C.M. 30 ottobre 2014, n. 193 (Regolamento recante disposizioni concernenti le modalità di funzionamento, accesso, consultazione e collegamento con il CED, di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121, della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, istituita ai sensi dell'articolo 96 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159) in *G.U.*, 7 gennaio 2015, n. 4, include tra i dati contenuti nella Banca dati nazionale unica «l'indicazione della sussistenza di comunicazioni emesse nei confronti dell'impresa ai sensi dell'articolo 1-septies del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629 [...]» (si veda anche, tra le norme transitorie e finali, l'art. 29, comma 1, lett. b).

¹⁰ Il salvataggio dall'abrogazione del solo art. 1-septies del d.l. n. 629 del 1989 ha certamente incrinato l'iniziale situazione di certezza circa l'espunzione delle informative atipiche, determinatasi all'indomani della pubblicazione della prima versione del Codice, motivando dubbi sulla loro persistenza, ed in che termini, all'interno del sistema. In realtà, come evidenziato, con la modifica legislativa «si riporta in vita una norma che di fatto, non era, in pratica, mai morta, in conseguenza della mancata entrata in vigore della disciplina della certificazione antimafia» (R. CANTONE, *op. cit.*, 899) e, tuttavia, la scelta legislativa desta perplessità per le incertezze interpretative che alimenta (G. D'ANGELO, *op. loc. cit.*). Se da un lato, infatti, l'eliminazione dell'art. 10, comma 9, del d.P.R. n. 252 del 1998 induce a concludere che il sistema delle cautele antimafia sia allo stato impennato su due forme documentali: la comunicazione e l'informativa, sicché all'accertamento prefettizio può riconoscersi unicamente un esito binario, liberatorio o interdittivo, è pur vero però che al recupero dell'art. 1-septies del d.l. n. 629 del 1982, il

I dilemmi maggiori, tuttavia, annaspiano nel senso di irresolutezza che è a lungo derivato dalla tribolata questione dell'entrata in vigore del Codice, nella parte afferente proprio alla documentazione antimafia. Il testo dell'art. 119, licenziato nel 2011, ne aveva infatti ancorato l'efficacia al decorso «di 24 mesi dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del regolamento ovvero, quando più di uno, dell'ultimo dei regolamenti di cui all'art. 99, comma 1». Il riferimento condizionante era alla disciplina della istituenda Banca dati, apprezzata novità espressamente imposta dalla legge delega con l'obiettivo di snellire e velocizzare l'ottenimento della documentazione.

Pur nella consapevolezza delle difficoltà tecniche e dei tempi necessari per approntare uno strumento informatico di siffatte proporzioni, la scelta di procrastinare per un così lungo periodo la valenza precettiva della disciplina aveva sollevato numerose critiche. Ed invero, entravano immediatamente in vigore le sole norme del capo V, relative alla creazione della Banca dati, le quali però in attesa dell'adozione dei regolamenti attuativi rimanevano di fatto non operative, ed il capo VI afferente alle disposizioni applicabili agli enti locali sciolti per condizionamento mafioso.

quale dunque rimane in vigore, qualche senso deve darsi. Lo si rinviene (molto discutibilmente) nella supposta possibilità di avviare in tal guisa una fase di approfondimento ulteriore da far eventualmente confluire nell'adozione futura di un'informativa ostativa «anche per la ricorrenza delle circostanze di cui all'articolo 91, comma 6, del codice». In siffatta direzione, il potere ripristinato costituirebbe «chiara declinazione del principio di leale collaborazione istituzionale» [così CCASGO, *op. cit.*, 34; nella stessa prospettiva, sebbene in maniera più fumosa, la *Circolare del Ministero dell'Interno n. 11001/119/20(6)*, 8 febbraio 2013, 7 ss.]. Sul punto assai criticamente R. CANTONE, *op. loc. cit.*, il quale, oltre ad avvertire del rischio che si facendo possa farsi rientrare «(trionfalmente) dalla finestra un istituto cacciato dalla porta principale», acutamente osserva che «se l'obiettivo - questo sì comprensibile e giusto - era quello di imporre alle prefetture di tener conto delle raccolte evidenze dubbie in un prossimo futuro, quando l'impresa avrebbe dovuto essere sottoposta a nuova verifica, sarebbe bastata un'indicazione, anche attraverso una delle tante circolari adottate dal ministero, con la previsione di un obbligo di conservazione e di futura valutazione delle stesse».

Ebbene, che questo Codice sollevasse, già nelle idee, non poche perplessità è dimostrato da alcune previsioni inserite nella legge delega n. 136 del 2010, contenente una sorta di clausola di valutazione con cui era demandata al Governo la possibilità di integrare e correggere le disposizioni del libro II, entro un triennio dalla loro entrata in vigore¹¹. Come dire, insomma, che ancor prima di comporlo si era prevista, niente meno che, l'opportunità di modificarlo. A tanto si è, in effetti, provveduto con il d.lgs. n. 218 del 2012 il quale - di là degli eccessi di delega addebitatigli ed a prescindere da qualsivoglia sperimentazione concreta delle disposizioni già approvate, cui pareva invece apertamente subordinato ogni intervento manutentivo¹² - ha ampiamente rimaneggiato la normativa.

¹¹ Il riferimento corre all'art. 2, comma 4, della l. n. 136 del 2010, secondo il quale: «Entro tre anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di cui al comma 1, nel rispetto delle procedure e dei principi e criteri direttivi stabiliti dal presente articolo, il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive del decreto medesimo».

¹² Secondo una prassi ampiamente consolidata in tema di legislazione delegata, il Parlamento ha in buona sostanza garantito al Governo la possibilità di procedere ad una eventuale manutenzione legislativa, al fine di eliminare le inadeguatezze che sarebbero potute emergere dall'attuazione pratica delle norme. Un siffatto approccio, contraddistinto da 'ripensamenti preventivati', evoca le riflessioni di quella dottrina secondo la quale il nuovo contesto giuridico è sempre più inciso da fattori di instabilità che ridefiniscono, in molti casi, lo stesso ruolo del legislatore. È quel che accade, ad esempio, quando, proprio come nel caso di specie, «si rende esplicito il carattere sperimentale di una legge, prevedendo per essa un termine che non è tanto espressivo della volontà di far venire meno una disciplina, quanto piuttosto di un orientamento volto a porre al legislatore un vincolo perché arrivi ad un riesame e ad un aggiornamento periodico di un tipo di normativa del quale l'ordinamento non può comunque privarsi» (S. RODOTÀ, *Un metodo tra i metodi?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 280). Che l'esecutivo potesse utilizzare la delega legislativa, pur in assenza del verificarsi di quella sorta di *condicio*, costituita dall'entrata in vigore della normativa, solleva invero qualche perplessità. Sebbene, infatti, non si intenda di certo costringere le disposizioni della legge n. 136 del 2010 entro schemi formalistici, non può sottacersi che, nel sistema delineato dalla Costituzione, la legislazione delegata riveste carattere di eccezionalità e, nel rispetto

In tale direzione, si colloca anzitutto l'anticipazione al febbraio 2013 dell'entrata in vigore del libro II, relativo appunto alla documentazione antimafia che, diversamente da quanto disposto in origine, viene svincolata dall'effettiva attivazione della Banca dati, con indicazione per le prefetture di avvalersi dei collegamenti telematici già esistenti¹³. Originariamente dilazionata in ragione dei tempi tecnici necessari per la sua istituzione, alla Banca dati, divenuta più precisamente 'Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia', si è finalmente data attuazione con provvedimento del 2014, anno in cui si è altresì provveduto ad un'ennesima revisione della disciplina¹⁴.

2. Trattamento e protezione dei dati.

Istituita presso il Dipartimento per le politiche del personale dell'Amministrazione civile del Ministero dell'Interno, la Banca dati contiene notizia delle comunicazioni e delle informazioni prefettizie, sia liberatorie che ostative, emesse a carico delle imprese censite, nonché dei dati relativi agli accessi ai cantieri eventualmente disposti durante l'esecuzione dei lavori.

Si tratta in sostanza di una sorta di 'anagrafe' che inaugura il processo di rilascio «immediato ed automatico» della menzionata

dei principi e criteri direttivi, deve essere esercitata per un tempo limitato ed entro gli ambiti definiti. Ebbene, che questo sia, nella fattispecie, effettivamente accaduto è lecito dubitare.

¹³ Si veda la *Circolare del Ministero dell'Interno n. 11001/119/20(6)*, cit., 2, intervenuta al fine di «chiarire, nel silenzio della norma, la disciplina applicabile nel periodo transitorio, tenuto anche conto degli ulteriori adempimenti posti a carico delle Prefetture», con l'espresso proposito di fornire «le prime indicazioni interpretative» e garantire «un'omogenea applicazione delle nuove disposizioni sul territorio nazionale».

¹⁴ Il riferimento è rispettivamente al d.P.C.M. 30 ottobre 2014, n. 193, cit., ed al d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, in *G.U.*, 27 ottobre 2014, n. 250, il quale nella rubrica sintomaticamente imprime di dover apportare *ulteriori* (ma ben potrebbe dirsi ennesime) *disposizioni integrative e correttive* al Codice antimafia.

documentazione¹⁵, in un'ottica risolutiva di almeno talune delle disfunzioni storicamente addebitabili al sistema delle cautele anticrimine. La scelta è evidentemente supportata dal proposito di ovviare ai ritardi non di rado affliggenti le relative procedure di emissione, in una prospettiva di maggiore soddisfazione delle esigenze di efficienza e di controllo. Le utilità fornite sono certamente notevoli e si compendiano nella razionalizzazione delle modalità e dei tempi di richiesta ed ottenimento della documentazione antimafia da parte del contraente pubblico che si trova così in condizione di conoscerne gli esiti prima della negoziazione.

Tuttavia, i benefici scaturenti dall'adozione della nuova metodica non ne obliterano i profili di criticità. L'opera di catalogazione che ne deriva rimanda, invero, alla problematica dei diritti fondamentali della persona, chiamati in causa dal trattamento delle informazioni registrate.

Risulta agevole constatare che, se da un lato, l'interdittiva antimafia è capace di condizionare le sorti economico-lavorative dell'impresa, individuale o organizzata in forma collettiva, precludendole di contrattare con la pubblica amministrazione, essa è nel contempo destinata ad esplicare una significativa influenza sulla vita delle persone fisiche, direttamente o indirettamente coinvolte¹⁶, segnandone l'immagine nell'ambiente sociale di convivenza.

Si pone dunque la questione della tutela dei dati, la quale scacciata dalla porta rientra dalla finestra. Se infatti deve rilevarsi l'inapplicabilità della disciplina con riguardo all'impresa, avente natura di persona giuridica¹⁷, è altrettanto vero che il richiamo alla normativa della

¹⁵ Secondo il disposto di cui all'art. 2, comma 2, lett. b, d.P.C.M. 30 ottobre 2014, n. 193.

¹⁶ Per espressa volontà legislativa, le verifiche antimafia devono riferirsi non soltanto ai diretti interessati ma anche ai loro familiari, conviventi e maggiorenni (art. 85, comma 3, Codice antimafia ed anche art. 6, comma 3, lett. b, d.P.C.M. n. 193 del 2014).

¹⁷ Il Regolamento (UE) 2016/679, al Considerando 14, nel rilevare l'opportunità che la sistematica di protezione ivi prevista «si applichi alle persone fisiche, a prescindere dalla nazionalità o dal luogo di residenza, in relazione al trattamento dei loro dati personali», specifica che la disciplina non riguarda «il trattamento dei dati personali relativi a

protezione dei dati personali riemerge con riguardo ai singoli componenti della persona giuridica stessa, nei cui confronti si ripercuotono i sospetti di prossimità criminale che dovessero affiorare.

Vieppiù, si consideri che secondo il disposto di cui all'art. 2, comma 2, lett. f, d.P.C.M. n. 193 del 2014, per impresa deve intendersi «la persona fisica in quanto eserciti attività di impresa, l'impresa individuale o organizzata in forma societaria, l'associazione o altro soggetto giuridico nei cui confronti è stata richiesta o rilasciata la documentazione antimafia». Una siffatta elencazione e l'ampiezza del concetto di «altro soggetto giuridico» che ne è posto a chiusura - chiaramente riferibile oltre che alle persone giuridiche alle persone fisiche ed agli enti collettivi in genere - espone al rischio che l'impresa, alla luce della normativa più recente, possa o meno avvalersi della tutela dei dati a seconda della forma giuridica assunta, trascurando che «le persone giuridiche non sono che uno

persone giuridiche, in particolare imprese dotate di personalità giuridica, compresi il nome e la forma della persona giuridica e i suoi dati di contatto». In coerenza, si collocano le prescrizioni contenute nell'art. 1, comma 1, ove si precisa che il provvedimento adottato «stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati» e quelle di cui al comma 2 ribadenti che il «presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali». A tanto deve aggiungersi che secondo l'art. 2, comma 2, lett. d), esulano dall'ambito di pertinenza della normativa anche i trattamenti di dati personali «effettuati dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse» (nella medesima direzione, v. anche le limitazioni stabilite dall'art.23). In ipotesi siffatte, per come peraltro indicato dal Considerando 19 del medesimo Regolamento, soccorre la Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, «relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio», in *www.eur-lex.europa.eu*. Ad essa, si è data attuazione con il d.lgs., 18 maggio 2018, n. 51, in *G.U.*, 24 maggio 2018, n. 119.

schermo, una funzione, dietro la quale operano pur sempre persone fisiche»¹⁸.

Il pericolo è comunque scongiurato proprio dal d.P.C.M. n. 193 del 2014, il quale adotta tutta una serie di misure precauzionali in materia di protezione dei dati raccolti, senza operare alcun distinguo dei soggetti beneficiari.

In quella sede, precise scansioni procedurali disciplinano le modalità di autenticazione, autorizzazione e registrazione degli accessi e delle operazioni.

La completezza delle informazioni è garantita dalla previsione di collegamenti telematici con altre banche dati, in particolare con il CED, con il sistema informatico costituito presso la DIA, con il casellario informatico istituito presso l'Osservatorio dei contratti pubblici all'interno dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nonché con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici ed i sistemi informativi delle Camere di commercio. Si aggiunge inoltre la possibilità di collegarsi con il sistema informativo del casellario giudiziale del Ministero della Giustizia e con l'Anagrafe nazionale della popolazione residente, limitatamente, in quest'ultimo caso, al riscontro ed all'accertamento delle generalità dei familiari dei soggetti sottoposti a verifica¹⁹.

Le finalità di interrogazione sono plurime (di accesso, consultazione, immissione e aggiornamento) e per ciascuna di esse, da effettuarsi ad opera di soggetti determinati, muniti delle credenziali di autenticazione, è previsto uno specifico profilo autorizzativo.

Occorre evidenziare che l'informativa antimafia è rilasciata «immediatamente, per via telematica» soltanto se avente carattere liberatorio, non così invece laddove i dati esistenti dovessero consegnare

¹⁸ Così, G. ALPA, *Protezione da estendere alle persone giuridiche*, in *www.ilsole24ore.com*, 3 maggio 2018.

¹⁹ V. *retro*, nt. 16.

elementi di preoccupazione a carico dell'impresa censita. In tal caso, all'amministrazione richiedente è comunicata l'impossibilità del rilascio istantaneo, spettando alla prefettura competente esperire i necessari accertamenti e adottare, consequenzialmente, il provvedimento finale. V'è da precisare che al contraente pubblico è sottratta la visibilità del dettaglio dei dati, riservata a soggetti espressamente individuati (ad esempio, le Forze dell'ordine) ai quali tuttavia neppure è consentito intervenire sulle informazioni; compito, anche questo, di esclusiva spettanza delle prefetture che vi ottemperano attenendosi ai parametri di pertinenza e non eccedenza nel rispetto degli obiettivi perseguiti dalla legge.

Di ogni singola operazione è data traccia mediante la registrazione della stessa e l'identificazione dell'operatore che l'ha eseguita. Titolare del trattamento è il Ministero dell'Interno, demandato altresì ad occuparsi della gestione tecnica ed informatica della Banca dati, incluso il profilo della sicurezza, con l'ausilio di una sezione centrale e delle sezioni provinciali presenti presso ogni prefettura che garantiscono il funzionamento del sistema, vigilano sulla sua corretta fruizione e rilasciano le credenziali di accesso.

Altro elemento non trascurabile è la sottoposizione a cifratura dei dati presenti negli archivi della Banca dati, in modo da schermarli da accessi clandestini o tentativi di sottrazione, e la definizione per essi, in base alla tipologia di appartenenza, di specifici termini di conservazione, decorsi i quali se ne prevede la cancellazione, previa verifica in talune ipotesi dell'inattualità delle circostanze o delle situazioni poste a fondamento.

È infine stabilito che all'aggiornamento delle informazioni si proceda anche su istanza dell'impresa interessata la quale può chiedere conferma dell'esistenza di dati che la riguardano nonché di averne comunicazione in forma intellegibile e, ove il trattamento risulti violativo di disposizioni di legge o di regolamento, che si proceda all'eliminazione con modalità sicure. La decisione è rimessa ad un'apposita commissione la quale, svolti gli accertamenti necessari, comunica alla richiedente le determinazioni

adottate. In linea con la natura dell'intervento e la tutela dell'interesse pubblico che lo motiva, è contemplata la possibilità che, dandone motivata informazione al Garante, si ometta di provvedere sulla richiesta laddove, diversamente facendo, potrebbe arrecarsi pregiudizio ad azioni o operazioni poste a tutela della sicurezza pubblica o finalizzate alla prevenzione e repressione dei reati.

3. Interesse pubblico e interesse privato nella procedura di aggiornamento dei dati. Conservazione del dato relativo all'interdittiva prefettizia anche in caso di decisione giudiziale favorevole all'impresa. Incidenza sui diritti della personalità dell'ente collettivo e dei singoli componenti. Profili di criticità e strumenti di tutela.

Le notazioni esposte consentono di riconoscere al legislatore il merito di aver prestato particolare attenzione alla tutela delle informazioni contenute nella Banca dati²⁰. L'articolata procedimentalizzazione dell'iter di accesso e le cautele assunte, oltre al dato esegetico che espressamente indirizza in tal senso²¹, fuggano ogni dubbio sulla circostanza che l'utilizzo delle stesse configuri un 'trattamento' rilevante ai fini del sistema di protezione dei dati personali.

La partita si gioca tra esigenze di egual rilievo costituzionale: la necessità di contrastare, anche in chiave preventiva, la diffusione della

²⁰ In siffatta prospettiva, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Parere su uno schema di regolamento recante disposizioni sulle modalità di funzionamento, accesso, consultazione e collegamento con il CED della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia*, 30 gennaio 2014, [2924878], in www.gpdp.it.

²¹ Espliciti riferimenti al trattamento dei dati si rintracciano in varie disposizioni del d.P.C.M. n. 193 del 2014 che, peraltro, richiama in più parti il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy). A titolo esemplificativo: alle operazioni «di trattamento» rimandano le previsioni di cui all'art. 2, al trattamento dei dati è espressamente dedicato il Capo II, al «titolare del trattamento» è rivolto il disposto di cui all'art. 7, di «operazioni di trattamento» si discute agli artt. 8 e 10.

criminalità organizzata e l'esigenza, altrettanto pregnante, di garantire le situazioni giuridiche compromesse e tra queste, oltre alla libera iniziativa economica privata, anche e soprattutto, per quel che qui specificamente rileva, i diritti della personalità coinvolti.

I parametri di valutazione della complessa euritmia sono rinvenibili «nel rispetto dei principi di esattezza, pertinenza, completezza e non eccedenza» che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. c) e lett. d) del d.P.C.M. n. 193 del 2014, governano l'immissione dei dati ed il loro aggiornamento, misurandone la congruenza tra le modalità impiegate e i fini perseguiti; nonché in quel «senza avere visibilità del dettaglio dei dati in essa contenuti» con cui il comma 2, lett. b), dello stesso articolo evidentemente circoscrive alla conoscenza del solo esito finale (liberatorio o interdittivo) lo scopo delle operazioni di consultazione del *database* da parte delle amministrazioni.

L'esperienza, però, accentua la persistenza delle problematiche connesse al tema e, in considerazione delle finalità di cautela anticipata le quali svincolano l'impianto della documentazione antimafia da qualsiasi accertamento di responsabilità penale²², evidenzia la necessità che si operi

²² È pacifico che l'emissione delle cautele antimafia non richieda un accertamento di responsabilità personale di rilevanza penale (Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724, in *Foro it.*, 2002, III, 290 ss., con nota di S. CIMINI, *La nuova documentazione antimafia: le «informazioni» del prefetto*) né la prova dell'effettiva infiltrazione mafiosa. Al riguardo si è chiarito che elementi inidonei a supportare una sentenza declaratoria di reato possono essere differentemente valutati dall'autorità prefettizia ai fini di un giudizio di possibile condizionamento da parte della criminalità organizzata (TAR Campania-Napoli, Sez. I, 29 dicembre 2005, n. 20681, in *www.dejure.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 14 aprile 2009, n. 2276, *ivi*; in senso sostanzialmente analogo, già TAR Calabria-Reggio Calabria, 27 maggio 1996, n. 565, in *Giur. merito*, 1996, 991 ss.); e tuttavia, per giurisprudenza costante, non possono ritenersi sufficienti fattispecie fondate «sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale», dovendo invece ricorrere idonee e specifiche circostanze, obiettivamente rivelatrici di concrete connessioni o collegamenti malavitosi (così, Cons. Stato, Sez. VI, 26 novembre 2006, n. 6986, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 3130; TAR Calabria-Catanzaro, Sez. I, 1° marzo 2010, n.

entro ranghi di proporzionalità, sì da scongiurare il travalicamento dello Stato di diritto in uno Stato di polizia²³.

Per tal via, la procedura di aggiornamento dei dati, regolata dall'art. 28 del citato d.P.C.M., come pure i presupposti per la cancellazione degli stessi, normalmente conseguente allo scadere dei tempi di conservazione, concedono motivo per qualche riflessione ulteriore.

Si supponga, l'emissione di un pronostico interdittivo prontamente registrato nella Banca dati e si supponga altresì che esso sia sovvertito dall'intervento dell'autorità giudiziaria adita in sede d'impugnativa. Ebbene, la mera annotazione del sopraggiunto provvedimento favorevole alle ragioni dell'impresa, pur se ottemperante all'obbligo di aggiornamento delle informazioni raccolte²⁴, difficilmente potrà prestare elementi di completa soddisfazione per la parte lesa la quale, con ogni probabilità, reclamerà tutela per il proprio interesse a resettare ogni traccia dell'informativa ostativa. Soltanto la cancellazione del dato riuscirebbe in effetti ad impedire che, in occasione di ogni legittimo accesso all'archivio informatico, il suo nominativo venga comunque associato alla consorteria mafiosa, alimentando un alone di sospetto senza dubbio capace di ledere

248, in *www.dejure.it*; TAR Campania-Napoli, Sez. I, 6 aprile 2011, n. 1963, in *Giur. merito*, 2011, 1703).

²³ In tale prospettiva, e con il fine dichiarato di salvaguardare i principi di legalità e certezza del diritto, la giurisprudenza ha più volte ribadito che l'interpretazione della normativa deve essere «improntata a necessaria cautela», sì da non compromettere il delicato equilibrio degli opposti interessi che ne sono coinvolti ed al fine di scongiurare il travalicamento in uno Stato di polizia (Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2783 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2007, n. 1916, *ivi*).

²⁴ In difetto di un'espressa previsione in tal senso, contenuta nel Regolamento disciplinante il funzionamento della Banca dati, in siffatta direzione indirizza il disposto di cui all'art. 88, comma 2, lett. f), del d.l. 2 luglio 2010, n. 104, *Codice del processo amministrativo*, in *G.U.*, 7 luglio 2010, n. 104, secondo il quale la sentenza amministrativa deve contenere anche «l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa».

l'immagine professionale dell'impresa e quella anche personale dei suoi componenti.

La questione si compendia, dunque, nello stabilire se la menzione della nota prefettizia pregiudizievole, sia pure accompagnata da quella della sentenza che ne ha eventualmente ribaltato le risultanze, possa o meno considerarsi legittima. La soluzione al quesito non può che rinvenirsi nel bilanciamento tra gli interessi privati dei titolari dei dati custoditi e l'interesse pubblico protetto a mezzo della documentazione antimafia, sulla cui persistenza tuttavia, in ipotesi come quella esposta, v'è da avanzare qualche perplessità.

L'interesse pubblico, com'è noto, si identifica qui nell'obiettivo di salvaguardare, quanto più possibile, i principi di trasparenza e libertà contrattuale della pubblica amministrazione rispetto a soggetti che possono, in un modo o nell'altro, risultare serventi o contigui ad associazioni malavitose²⁵, ed evitare che la stessa P.A., versando denaro pulito quale corrispettivo di attività negoziali, possa inconsapevolmente alimentare le casse della criminalità²⁶. In tale direzione si colloca l'impianto delle cautele antimafia ed il divieto di negoziazione (o di prosecuzione nella stessa) che consegue ad una valutazione enunciativa di un pericolo di condizionamento criminale, espressa in un'interdittiva antimafia.

Nondimeno, occorre considerare che un tale effetto preclusivo è destinato a dissolversi nell'eventualità di una riforma giudiziale dell'esito negativo conchiuso nella nota prefettizia, nel qual caso alcuna utilità, dal punto di vista dell'interesse pubblico perseguito, manterrebbe la menzione del carattere originariamente ostativo dell'informativa, a fronte del rischio di stigmatizzazione cui rimarrebbe inutilmente esposta l'impresa.

²⁵ Esemplicativamente, Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2005, n. 2796, in *www.de jure.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2006, n. 222, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 223.

²⁶ Tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4065, in *Foro amm.*, 2001, 1930.

Il rilievo restituisce essenzialità ad una logica consapevole dell'interferenza reciproca dei valori coinvolti ed assesta il ragionamento sulla prevalenza dell'interesse privato alla non divulgazione di dati ormai superati su un interesse pubblico che, per vero, da essi non trarrebbe più alcun beneficio.

La permanenza dell'annotazione dell'interdittiva antimafia, pur ove le corti ne abbiano confutato la portata in accoglimento delle doglianze dell'impresa, risulta eccedente, se non fuorviante, rispetto ai fini della stessa conservazione dei dati, per il venir meno, a seguito delle risultanze processuali, dei motivi di preoccupazione erroneamente ravvisati e del consequenziale effetto inibitorio per la negoziazione con le amministrazioni pubbliche.

Resta invece forte l'impatto sull'immagine dell'impresa²⁷, certamente incisa dall'usuale, quanto istintiva, diffidenza che il mantenimento dell'iscrizione nei termini originari è idoneo a ingenerare.

L'assunto chiama in causa l'ascrizione dei diritti della personalità in capo agli organismi metaindividuali; argomento a proposito del quale, pur nella varietà degli orientamenti, la dottrina è da tempo propensa a risultati assertivi.

Nel solco di una concezione antropomorfica, un'opzione interpretativa ne riconosce la titolarità agli enti in quanto soggetti di diritto parificati alla persona fisica, con la specificazione che, stante il differente substrato che ne caratterizza il contenuto, «*non tutti* i diritti della personalità, spettanti alle persone fisiche (individui umani), spettano anche alle persone

²⁷ Sulla diversità contenutistica intercorrente tra il diritto all'immagine spettante alla persona fisica *ex art 10 cod. civ.* e la tutela dell'immagine delle persone giuridiche e degli enti di fatto, «depurata di ogni aspetto psichico e di ogni aspetto propriamente umano», G. ALPA, *Il danno morale e il danno all'immagine della P.A. e delle comunità locali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 188.

giuridiche»²⁸. Da altra prospettiva, all'opposto, si contesta la tutelabilità di posizioni afferenti ad un soggetto identificabile in termini di alterità rispetto a coloro che lo compongono²⁹ e da altra ancora si assume che quel che si protegge con il riconoscimento all'ente dei diritti della personalità è la proiezione collettiva dei diritti dei singoli che di esso fanno parte³⁰. Ora, se da un lato desta perplessità il riconoscimento della soggettività degli enti predicata negli stessi termini di quella individuale, dall'altro, neppure può condividersi un processo di imputazione riflessa dei diritti³¹, e ciò sebbene non si dubiti che protagonista delle azioni resti ovviamente sempre l'uomo³².

Il punto di equilibrio può ragionevolmente rinvenirsi nell'opportunità che il problema della estensione dei diritti della personalità a soggetti diversi dalle persone fisiche sia filtrato da un necessario «giudizio di compatibilità fondato sull'individuazione della *ratio*, nel rispetto delle

²⁸ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, IV, 2^a ed. riv. e agg., Milano, 1982, 46, corsivo nel testo.

²⁹ Sulla soggettività della persona giuridica quale prodotto 'artificiale' dell'ordinamento, resta essenziale il rinvio a F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840, II, 227 ss.

³⁰ F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, *Libro I, Delle persone e della famiglia (artt. 11-35)*, 2^a ed., Bologna-Roma, 2006, 73, il quale, con riferimento all'onore, specifica che non si tratta, in realtà, di tutelare il diritto «di un soggetto ulteriore rispetto alle persone dei membri, bensì di riconoscere l'esistenza, in capo alle persone stesse dei membri, di una forma ulteriore che il diritto all'onore può assumere: di un diritto la difesa del quale – diversa dalla difesa del diritto all'onore spettante al singolo – è regolata dalle norme d'organizzazione riassunte nella nozione di persona giuridica»

³¹ Per una critica ad entrambi i modelli interpretativi, A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 857 ss.; A. FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Padova, 2002, 16 ss.

³² In tal senso, seppure in termini più generali, diffusamente M. BASILE e A. FALZEA, *Persona giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII (1983), 265.

diversità di valori e di qualità di interessi»³³ che ne scongiuri un mero travaso da una sfera d'interesse all'altra. Per tal via, il diritto riferito al soggetto 'persona giuridica', ed agli enti collettivi in genere, assume i tratti di situazione ontologicamente diversa da quella omonima o similare riconosciuta al soggetto 'persona fisica', schiudendosi in una dimensione altra, oggettiva e a-personale³⁴, che riconduce il fondamento della sua imputazione, e le esigenze di protezione che ne derivano, alla realizzazione degli scopi posti a base dell'attività per lo svolgimento della quale i gruppi organizzati sono costituiti³⁵.

La negazione della soggettività quale fattore neutro ed il superamento di una logica «mistificante», tendente a sovrapporre problematiche nient'affatto coincidenti³⁶, consegnano la conclusione secondo la quale

³³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3a ed., Napoli, 2006, 728 (e già ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 329). Per un'articolata disamina del problema, più di recente, C. PERLINGIERI, *Enti e diritti della persona*, Napoli, 2008, *passim*, e spec. 128 ss. con particolare riguardo al diritto all'immagine.

³⁴ Cfr. G. ALPA, *op. ult. cit.*, 187 ss.

³⁵ In luogo di molti, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 867, il quale evidenzia che «qualora si ravvisino ragioni di tutela delle persone giuridiche che sistematicamente e concettualmente è adeguato rappresentare sotto l'insegna dei diritti della personalità, esse non possono essere desunte dalla protezione della libertà e dignità della persona umana; al contrario, i diritti della personalità delle persone giuridiche debbono essere necessariamente coerenti con le regole del traffico che ne governano l'atteggiarsi quali centri di imputazione di situazioni giuridiche e di attività».

³⁶ Come rileva P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 727, ove anche il qualificativo virgolettato, «il valore del soggetto persona fisica è diverso da quello del soggetto persona giuridica»; sebbene da prospettive differenti, v. anche V. ZENOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII (1995), 440, secondo il quale «mentre il diritto (o i diritti) della personalità è posto a salvaguardia di fondamentali valori della persona (umana), negli enti - per loro natura meta-individuali - la tutela accordata mira in primo luogo ad assicurare lo sviluppo delle formazioni intermedie le quali appaiono svolgere una essenziale funzione di connessione sociale, e solo in via mediata ed indiretta beneficia il singolo».

mentre la persona umana è tutelata per il solo fatto di 'essere'³⁷ - a mezzo del precetto conchiuso nell'art. 2 della Costituzione, diretto a promuovere, realizzare e difenderne qualsiasi aspetto o interesse che si riveli essenziale per il suo pieno e libero sviluppo - per gli organismi plurali la strada da seguire è differente ed implica una valutazione di congruenza tra i fini perseguiti dall'ente ed il diritto invocato. Si afferma così l'impossibilità che le esigenze di salvaguardia operino indifferentemente per le persone fisiche e per i soggetti collettivi e matura l'idea che, in tal ultimo caso, le istanze di protezione siano da ascrivere agli obiettivi specifici che gli enti si propongono di realizzare ed all'attività da essi, in conseguenza, legittimamente svolta³⁸.

In siffatta direzione, non appare avventato sostenere la fondatezza della domanda di cautela per il nocumento derivante all'impresa dal perdurare a suo carico, nonostante il buon esito dell'impugnativa, dell'annotazione di una nota prefettizia ostativa, in grado di incidere, orientandola pregiudizialmente, sulla considerazione dei soggetti aventi accesso alla Banca dati con i quali l'impresa stessa è solita interagire. Situazione compendiabile in termini di lesione del diritto all'immagine e/o alla reputazione di quest'ultima, capace di riflettersi sulla sua presenza nel mercato e finanche minarne la capacità attuale o potenziale di produrre reddito³⁹.

Il quadro è poi aggravato dall'attitudine degli accadimenti che concernono l'ente a ripercuotersi, in via mediata, anche sulle persone fisiche che lo costituiscono. Il riferimento corre all'influenza che la descritta situazione di sfavore è contestualmente idonea ad esercitare sui diritti inviolabili dei suoi componenti, in particolare sul diritto all'identità

³⁷ C. PERLINGIERI, *op. cit.*, 110 ss.

³⁸ Il che presuppone l'utilizzo della «massima cura nell'accertare, caso per caso, la congruenza del diritto soggettivo in questione con i caratteri dell'ente che ne chiede la tutela», M. BASILE e A. FALZEA, *op. cit.*, 247.

³⁹ Si vedano le osservazioni svolte in Cass., 4 giugno 2007, n. 12929, in *www.dejure.it*, in tema di erronea segnalazione di una società alla Centrale rischi della Banca d'Italia.



n. 2/2018

personale⁴⁰, per il senso di discredito, lesivo della dignità, che il rimprovero infamante di vicinanza mafiosa, rivelatosi indebito, è capace di cagionare nel soggetto che l'ha subito.

V'è, invero, un diritto ad «apparire sè medesimo, uguale, non diverso da sè medesimo»⁴¹, accompagnato (nella migliore delle ipotesi) dall'aspirazione a risultare quel che si è realmente e non quel che gli altri ci attribuiscono di essere, perché «l'uomo annette grande valore

⁴⁰ Sulla riconduzione del diritto all'identità personale nel novero dei diritti fondamentali, tra i tanti v. G. PINO, *L'identità personale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, 2010, Milano, 301. Spesso accostato al diritto al nome ed al diritto all'immagine (A. DE CUPIS, *op. cit.*, 403 ss., 408; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, 2^a ed., Milano, 2002, 188 ss.; in particolare, sul rapporto col diritto al nome, M. NUZZO, *Nome (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII (1978), 304 ss.; G. PINO, *op. cit.*, 305 ss.) rispetto ai quali la giurisprudenza ha poi precisato la ricorrenza di «una certa correlazione, ma nulla di più» (Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, 2215), il diritto all'identità personale sottende l'interesse di ciascuno alla corretta rappresentazione del proprio patrimonio morale, culturale, professionale, senza travisamenti o alterazioni dovute all'attribuzione di idee, opinioni, comportamenti differenti da quelli che si ritengono propri e di cui si sia data manifestazione nella vita di relazione (v. ancora, Cass., 22 giugno 1985, n. 3769, cit., 2211 ss., spec. 2214; a riguardo, G. PINO, *Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, in AA. VV., *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, I, Milano, 2006, 258). Il diritto *ad essere rappresentati* correttamente, dunque, che attraverso le successive argomentazioni della Corte costituzionale matura nel diritto *ad essere se stessi*, inteso come «rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo» (Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, 1670.) Sicché «ad una accezione *civilistica* dell'identità personale (centrata sulla correttezza della rappresentazione esteriore dell'identità, della sua «proiezione sociale»), si aggiunge una più ampia accezione *costituzionale* (riferita all'esigenza che l'identità sia rispettata)» (così G. PINO, *L'identità personale*, cit., 308). Per una sintesi del dibattito che ha portato all'emersione del diritto all'identità personale, V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX (1993), 294 ss.

⁴¹ A. DE CUPIS, *op. cit.*, 399

all'affermarsi non soltanto come *persona*, ma anche come una *certa persona*»⁴², ed è ad esso che contravviene il travisamento consumato da un'insinuazione (per tale rivelatasi, in sede giudiziale) di permeabilità criminale.

Ad essere incisa è la personalità del singolo, intesa come concetto complesso, essenzialmente declinabile in una duplice prospettiva: quale rappresentazione che ognuno ha del proprio valore alla luce del patrimonio morale, ideologico e culturale, posseduto, nonché quale percezione che di una siffatta individualità hanno i terzi, attestata dalla stima e dal prestigio goduti all'interno della comunità. Tanto grave è il pregiudizio che si verifica quanto più illibata risulta, almeno fino ad allora, la rispettabilità di colui nei cui confronti l'affermazione è perpetrata e quanto più direttamente il singolo risulta compromesso nella distorsione rappresentativa.

Una plurioffensività, dunque, che consegna ai (mal)rappresentati il diritto di chiedere la cancellazione dell'iscrizione pregiudizievole, sovvertita in sede processuale, sì da allentare la tensione tra la tutela dell'interesse pubblico perseguito e le situazioni individuali coinvolte, in rispondenza ad una logica che non predilige aprioristicamente il primo a discapito delle seconde, ma ne opera un costante bilanciamento alla luce dei valori fondanti il sistema. Bilanciamento che, ove venga meno la tenuta della ricostruzione posta a base dell'informativa ostativa, si risolve a favore dei diritti dell'impresa e dei suoi appartenenti.

⁴² *Ivi*, 400, corsivo dell'Autore.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

GIOVANNI BLANDO

La “perdita di natura assiomatica” della credenza: i diritti religiosi tra secolarizzazione e pluralismo

ABSTRACT – The paper offers a reflection on the present role of religions in the pluralistic context of the constitutional state. The argument moves from the paradigm of secularization, as developed by Charles Taylor and Peter L. Berger and concludes for a new hermeneutical consciousness for religious rights.

KEYWORDS – pluralism; secularization; Charles Taylor; Peter L. Berger; religious rights.

GIOVANNI BLANDO*

La “perdita di natura assiomatica” della credenza: i diritti religiosi tra secolarizzazione e pluralismo**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il fatto del pluralismo - 3. La secolarizzazione - 3.1. Charles Taylor. La “perdita di natura assiomatica” della credenza - 3.2. Peter L. Berger. Dal paradigma della secolarizzazione al paradigma del pluralismo; 4. Conclusione

1. Premessa

Solitamente ci si sofferma su quale sia (da un punto di vista descrittivo) o ci si chiede quale debba essere (da un punto di vista normativo e critico) il ruolo del Diritto rispetto alle religioni. Ciò avviene, in particolare, con riguardo a quelle pratiche (mutilazioni genitali, porto del velo, insegnamento della religione nelle scuole pubbliche) che, connotate religiosamente, presentano problemi di compatibilità con la natura dello Stato costituzionale di diritto che è per definizione uno stato democratico e liberale. Come sottolineato da Lorenzo Zucca, infatti, i conflitti più radicali tra Diritto e religioni si verificano proprio al livello dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali che per la loro indeterminatezza generano una molteplicità di interpretazioni diverse¹.

*Dottore di ricerca in “Diritti umani. Teoria, storia e prassi” presso l’Università degli Studi di Napoli – Federico II, in co-tutela con la Universidad de Alicante.

**Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ L. ZUCCA, *Law v. Religion*, in IDEM, *A Secular Europe. Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 45 – 64, p. 46. Cfr. sul punto G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, 115 – 142.

Il presente saggio non verte però sulle strategie che il Diritto ha adottato, adotta e dovrebbe adottare rispetto ai «diritti religiosi»². Storicamente tali strategie hanno dovuto rispondere a due problemi generali: il primo è quello del rapporto tra Stato e Chiesa, configurabile quale problema *esterno* cioè di relazione tra lo Stato ed un'altra istituzione³; il secondo è quello della relazione tra lo Stato e le religioni (intese quali confessioni istituzionalizzate o semplici credenze), problema *interno* ad una medesima istituzione, o, per dirla con le parole di Silvio Ferrari, di relazione tra i «diritti dell'uomo» («diritti che spettano ad ogni essere umano per il solo fatto di essere una persona») e i «diritti di Dio» («diritti che vengono rivendicati da un individuo o da una comunità in base alla convinzione che essi corrispondano ad una legge rivelata da Dio o inclusa in un ordine cosmico che precede ogni essere umano»)⁴.

Il saggio intende, piuttosto, soffermarsi succintamente sul ruolo attuale delle religioni nel contesto pluralistico dello Stato costituzionale di diritto (2.), utilizzando come chiave di lettura il paradigma della secolarizzazione (3.), così come inteso da Charles Taylor (3.1.) e Peter L. Berger (3.2.), e provando a concludere nel senso di una nuova consapevolezza ermeneutica per i diritti religiosi (4.).

2. *Il fatto del pluralismo*

² Adotto qui la distinzione fatta propria da M. ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, 13 tra “Diritto” con l’iniziale maiuscola che indica il “Diritto oggettivo o la scienza del Diritto” e “diritto” con la lettera minuscola che indica, invece, il “diritto soggettivo”.

³ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, 185.

⁴ S. FERRARI, *Diritti dell'uomo e diritti di Dio. Una tensione ineliminabile?*, in *Rivista di filosofia del diritto*, VI, 1/2017, 165 – 180, 165.

I motivi del crescente interesse per il ruolo che il Diritto assume (o deve assumere) nei confronti delle religioni sono abbastanza evidenti: le massicce correnti migratorie, la frammentazione etico-religiosa e il conseguente incremento della conflittualità politico-sociale presente all'interno degli stati occidentali hanno contribuito ad alimentare la discussione sulle relazioni tra il Diritto e le religioni. Tali motivi rappresentano, dunque, situazioni di fatto dalle quali prendere le mosse al fine di valutare il ruolo attuale delle religioni nello Stato costituzionale di diritto. Tra questi motivi riveste particolare importanza un fattore empirico che, da parte di più autorevoli voci, è stato indicato come il *fatto del pluralismo*⁵. Riprendendo un'acuta riflessione di Francesco Viola, potrebbe dirsi che «il fatto del pluralismo è uno dei pochi su cui tutti concordano, tant'è che su questo punto non ci sono opinioni pluralistiche»⁶. Una certa convergenza si riscontra, tuttavia, anche nel riconnettere a questo fenomeno una conseguenza ben precisa, ovvero la conflittualità e la potenziale distruttività del tessuto sociale di cui esso si fa portatore. Queste caratteristiche intrinseche del fatto del pluralismo (che d'ora in avanti mi limiterò a chiamare «pluralismo», intendendo con esso, appunto, il fatto empiricamente rilevabile di una «coesistenza fra forme di vita differenti»⁷) vengono chiaramente

⁵ In tal senso, tra gli altri, a mero titolo esemplificativo: N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, a. XXXV, n. 4, dicembre 2015, 927; T. M. SCHMIDT, *Discorso religioso e religione discorsiva nella società postsecolare*, Trauben, Torino, 2009, 27; B. PASTORE, *Condizioni di laicità*, in *Ragion Pratica*, 28 giugno/2007, 7 – 16, 9.

⁶ F. VIOLA, *Pluralismo e tolleranza* in G. DALLA TORRE (a cura di), *Lessico della laicità*, Studium, Roma, 2007, 227 – 237, 227.

⁷ *Ibidem*. Nel saggio si farà esclusivamente riferimento al pluralismo inteso nel suo senso descrittivo. Puntuale su questa distinzione B. PASTORE, *Impegni ermeneutici: il diritto e le tensioni del pluralismo culturale*, in *Ars Interpretandi*, 1/2012, 41 –

acute quando a contendersi il campo sono credi religiosi differenti che pretendono inevitabilmente di avere l'ultima parola sul pensiero e sull'azione individuale. Quando, cioè, entrano in gioco visioni religiose della vita è più alto il rischio, connaturato al pluralismo, di una deriva eccessivamente monista che allenti in maniera definitiva quei doveri di solidarietà e rispetto reciproco che pure stanno alla base di una società democratica, innestando negli individui la convinzione che «attorno a una proprietà ci [possa] essere solo una opinione corretta»⁸. È innegabile, infatti, come nelle visioni religiose (e, a onor del vero, non fanno a ciò eccezione anche molte delle più diffuse concezioni filosofiche o etiche) sia più accentuata quella «pretesa di verità e universalità»⁹, che molte volte le rende incompatibili con altre visioni della medesima natura. Tale incompatibilità (insieme ad altre caratteristiche fondamentali) fa del pluralismo contemporaneo un fatto diverso rispetto ai pluralismi che la storia dell'umanità ha già conosciuto¹⁰. Con l'emancipazione

58, quando afferma che «Pluralismo, invero, è concetto plurale. Include alcune famiglie di significati, una delle quali rinvia al pluralismo culturale. Pluralismo, in questa accezione, significa multiculturalismo, che va inteso, sotto un profilo descrittivo, come compresenza di più comunità etnico-culturali all'interno di una medesima comunità politica e, sotto il profilo valutativo, come un modello normativo orientato a considerare le differenze etnico-culturali meritevoli di riconoscimento e di tutela» (42).

⁸ S. F. MAGNI, *Che cos'è il relativismo morale?*, Carocci editore, Roma, 2015, 20.

⁹ F. VIOLA, *Pluralismo e tolleranza* in *Lessico della laicità*, cit., 230.

¹⁰ È ampiamente riconosciuto, infatti, che il pluralismo non sia un fenomeno nuovo, ma solamente una maniera nuova di atteggiarsi di un fenomeno vecchio. Sul punto si vedano, oltre al già citato F. VIOLA, *Pluralismo e tolleranza* in *Lessico della laicità*, cit., il recente ed esaustivo contributo di P. L. BERGER, *I molti altari della modernità. Le religioni al tempo del pluralismo*, EMI, Bologna, 2017.

Per evidenziare le caratteristiche del pluralismo contemporaneo Viola prende le mosse dalla distinzione tra *pluralità* e *pluralismo*. In particolare, mentre la

pluralità è «la molteplicità delle culture, delle religioni, delle etiche» ed essa “c’è sempre stata e, sicuramente, in modo ben più ricco e variegato dell’attuale», il pluralismo «sorge perché la pluralità è minacciata» e presenta alcune caratteristiche che non appartengono alla pluralità. In primo luogo, «la conflittualità e l’incompatibilità, almeno apparenti»; in realtà, anche nella pluralità esiste il conflitto ma rispetto al pluralismo, che è portatore di un conflitto «distruttivo», la pluralità è connotata da un pluralismo «costruttivo». In secondo luogo, il pluralismo è un fatto culturale che appartiene al mondo umano, perché in natura esiste la pluralità, non il pluralismo. In terzo luogo, il pluralismo è caratterizzato dalla vicinanza, dal contatto e dalla promiscuità tra culture differenti, attributi che in un mondo globalizzato come il nostro risultano evidentemente accentuati. Infine, e questa è secondo Viola la qualità tipica del pluralismo contemporaneo, esso si basa sul “rifiuto dell’uniformità anche all’interno dello stesso gruppo di appartenenza, cosicché c’è una frammentazione interna delle culture, delle religioni e delle concezioni di vita” che pone l’accento sull’individuo «poiché l’uniformità di un gruppo è resa difficile dalla crisi dell’autorità, almeno nelle società più sviluppate» (227 - 229).

Berger, invece, sottolinea che «il pluralismo [...] è esistito, in forme diverse, in varie epoche della storia». Il filosofo di origini austriache adduce gli esempi delle culture dell’Estremo Oriente (Cina e Giappone in particolare), dell’India preislamica, dell’ellenismo fiorito nei centri urbani del tardo Impero romano, della stessa storia dell’islam in cui «ci sono stati periodi[...] nei quali i governanti hanno consentito e persino incoraggiato il pluralismo religioso e culturale, come nella Spagna musulmana, nell’India Moghul e nell’Impero ottomano[...]» o, ancora, del Medioevo cristiano in Europa «un periodo non molto rinomato per la tolleranza» che ha “tuttavia conosciuto episodi di pluralismo» come il governo degli Hohenstaufen in Sicilia o la Langue d’Oc sotto il conte di Tolosa (25 - 26). Ciononostante, il pluralismo religioso contemporaneo è diverso perché ha saputo (o, meglio, dovuto) adeguarsi al fenomeno della globalizzazione: «Non solo grandi masse di persone si spostano in tutto il pianeta, temporaneamente come viaggiatori o permanentemente come migranti; vi è anche un enorme aumento della conversazione «virtuale», perché la stampa e i media elettronici diffondono la conoscenza di culture diverse dalla propria” e «la religione non rimane fuori da questa interazione planetaria». Ciò è dimostrato, secondo Berger, da casi emblematici quali la grande Conferenza missionaria mondiale di Edimburgo del

illuministica del pensiero si è creata una humus fertile per il dialogo razionale, la critica intorno ai valori e la frammentazione delle credenze religiose, tale da rendere il pluralismo sempre più spesso sinonimo di «scontro tra idee». L'avvento di nuovi attori sociali inaspettati, come ad esempio i soggetti di fede islamica, ha poi convertito questo scontro tra idee in vero e proprio «scontro tra civiltà»¹¹, tanto diverse nei loro tratti tipici da sembrare impediti nel

1910 o la svolta in senso missionario dell'induismo che alimentano un «mercato internazionale delle religioni» modificando il paradigma del pluralismo religioso che «non è più un fenomeno limitato agli occidentali curiosi che si aggirano tra gli scaffali della sezione «Religioni» nelle migliori librerie» (70 – 72).

La 'lettura' del pluralismo moderno offerta da Berger è ben riassunta nelle parole di H. JOAS, *Abbiamo bisogno della religione?*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, 28: «Berger è pienamente consapevole che il pluralismo moderno non è una novità storica, anche se tende a considerarlo l'eccezione invece che la regola. Egli considera il nostro pluralismo moderno come «incredibilmente simile» a quello dell'antichità, in particolare alle condizioni di vita delle grandi città-stato dei «tempi tardo-ellenistici e romani». Il solo tratto veramente specifico del pluralismo *moderno*, che si rende evidente nelle sempre più grandi ed eterogenee aree urbane della nostra epoca, è che esseri umani appartenenti a un gran numero di culture spesso vivono a stretto contatto e s'incontrano frequentemente assai più che in passato». Joas è, comunque, molto critico sul concetto di pluralismo moderno avanzato da Berger. A suo avviso, infatti, «il pluralismo religioso [è] sempre stato una caratteristica intrinseca della storia religiosa europea» e «l'Europa non è mai stata totalmente cristiana; il giudaismo e l'islam fanno anch'essi parte del retaggio culturale europeo.» Il sociologo tedesco si spinge addirittura ad affermare che «l'immagine che offre Berger del pluralismo moderno è caratterizzata da un contrasto storico esagerato, che implica che fino a tempi recenti fosse comune essere circondati soltanto da correligionari e rimanere non influenzati da dubbi religiosi».

¹¹ Questa visione è stata alimentata con forza dai media come dimostrano in maniera articolata ed esaustiva C. BOTTICI – B. CHALLAND, *The Myth of the Clash of Civilizations*, Routledge, Londra, 2007. In uno scritto più recente, IDEM, *Islam and the Public Sphere: Public Reason or Public Imagination*, in LORENZO ZUCCA –

confronto aperto ed intrinsecamente mute nel dialogo. L'apertura illuminista alla critica degli assunti religiosi che prima si credevano esenti dalla discussione razionale ha così avuto l'effetto di porre al centro della riflessione filosofica l'uomo e la sua capacità di pensiero, consentendo sul piano individuale una più libera scelta anche in materia religiosa, scelta che si è poi spostata da un piano meramente fattuale ad uno più marcatamente normativo, con le Dichiarazioni di fine Settecento e la successiva costituzionalizzazione della libertà religiosa.

Tale situazione ha trovato una fortunata definizione all'interno del famoso testo di John Rawls, *Political Liberalism*:

CAMIL UNGUREANU (a cura di), *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*, Cambridge University Press, New York, 2012, 115 – 133, i due autori, facendo particolare riferimento agli sviluppi posteriori all' 11 settembre affermano come «instead of presenting these events as the result of the actions of single individual human beings acting out of a more or less complex series of motivations, both US and Europe media largely presented the mass a clash between civilizations. The result is that the idea of a clash between Islam and the West has become one of the most powerful political myths of our time.» (118). Sul punto cfr. G. BAUMAN, *L'enigma multiculturale*, il Mulino, Bologna, 2003, 75 – 86. Secondo Bauman «sono i media e i politici più importanti che, ciascuno nel proprio paese, commentano «il problema musulmano», ed essi trovano utile ritrarre questo problema come un problema globale[...]. Dire[...]che l'«Islam» è un problema in tutto il mondo occidentale ci consente di incolpare l'«Islam» in quanto tale e i musulmani in quanto tali dovunque siano.» La chiave di lettura offerta da Bauman, che giustificherebbe anche l'apparente impossibilità di comunicazione tra due mondi opposti, consiste nella convergenza di linguaggio tra i media e i politici occidentali e i rappresentanti delle comunità musulmane che, spesso, «pretendono di parlare per «la comunità musulmana» o per l'Islam *tout court*» (76), ingenerando la convinzione di appartenere ad universi di senso totalmente incompatibili.

A modern democratic society is characterized not simply by a pluralism of comprehensive religious, philosophical, and moral doctrines but by a pluralism of incompatible yet reasonable comprehensive doctrines. No one of these doctrines is affirmed by citizens generally. Nor should one expects that in the foreseeable future one of them, or some other reasonable doctrine will ever be affirmed by all, or nearly all, citizens¹².

Le «comprehensive doctrines» che oggi si fronteggiano il campo devono fare i conti con una avvenuta razionalizzazione dello spazio pubblico che non ammette, come invece avveniva un tempo, l'imposizione di un pensiero unico o il ricorso, per finalità argomentative, a mere petizioni di principio¹³. I limiti politici e

¹² J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, xviii.

¹³ La petizione di principio è un modello archetipico di fallacia. Come afferma M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013, p. 116 «hay argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero que no lo son, y a los que tradicionalmente se ha denominado «falacias»». Uno di questi argomenti, solo apparentemente buoni, è la petizione di principio che consiste in un «tipo di argomento che pretende di provare (o dimostrare la prova del)la conclusione c^* sulla base di una premessa P^* controversa o comunque inadeguata – o per il fatto che P^* è un'asserzione equivalente a c^* , o per il fatto che P^* presuppone a sua volta c^* o si regge su di essa» (la definizione, da me tradotta, è di P. IKUENOBE, *On the Theoretical Unification and Nature of Fallacies*, in *Argumentation*, 18/2, 189 – 211).

Un esempio chiarissimo sul punto è offerto da L. VEGA REÑON, *Si de argumentar se trata*, Montesinos, 2003, 86 – 88: «Veamos este argumento: «Dios es, conforme a la recta concepción de su naturaleza, el ser dotado de todas las perfecciones. Ahora bien, existir es una perfección. Luego, Dios existe». Tomado como un texto aislado es una deducción lógicamente concluyente: un argumento no sólo bueno sino «glorioso» - podría decir Humpty Dumpty -. Pero si se aduce con pretensiones de prueba en el contexto de una discusión acerca de la existencia de Dios, es decir

giuridici posti dalla comunità d'appartenenza impegnano il cittadino nella «traduzione» degli argomenti religiosi che intende utilizzare¹⁴ o, quantomeno, gli impongono di accettare che tali argomenti possano

come un remedo del famoso «argomento ontológico» de Anselmo de Bec, no pasa de constituir una petición de principio – cuya conclusión se limita a reiterar una de las presuntas perfecciones que definen la divinidad-, para quienes cuestionan la existencia de tal suma de perfecciones o la idea de que la existencia es una perfección; entonces ya no es un argumento tan bueno. En fin, la eficacia o el poder de convicción del «argumento ontológico» mismo resultan problemáticos: el argumento convence a los convencidos – de acuerdo con el diagnóstico de que se trata de una petición de principio -; y si era incontestable para su autor, en el último tercio del s. XI, no ha dejado de verse en entredicho en la historia posterior de la teo-filosofía.»

¹⁴ Come noto l'idea del *proviso* rawlsiano, secondo cui «in due course public reasons, given by a reasonable political conception, [must be] presented sufficient to support whatever the comprehensive doctrines are introduced to support» (J. Rawls, *Political Liberalism*, cit., II), è stata ripresa criticamente da J. Habermas, *Tra scienza e fede*, Laterza, Roma – Bari, 2006, 33, secondo il quale «lo Stato liberale non deve trasformare la debita separazione *istituzionale* tra religione e politica in un peso *mentale e psicologico* che è impossibile imporre ai suoi cittadini credenti». Piuttosto, secondo Habermas, lo Stato liberale, una volta ribadita ai cittadini religiosi l'esigenza di una «capacità epistemica di considerare le proprie convinzioni religiose anche dall'esterno, riflessivamente, e di collegarle a concezioni laiche», deve, allo stesso tempo, consentire a questi ultimi di «esprimere e motivare le loro convinzioni in un linguaggio religioso anche quando non trovano per esse «traduzioni» laiche». Sul punto si rimanda a G. Blando, *Il principio di laicità. Intervista ad Alfonso Ruiz Miguel*, in *Rivista di filosofia del diritto*, VII, 1/2018, 193-206, dove Ruiz Miguel afferma, a mio modo di vedere giustamente, che «se ci sono argomenti che possono essere «tradotti» istituzionalmente, come Habermas suggerisce, tradurli deve essere un compito di chi li formula e non di chi li ascolta. Però esistono argomenti che non sono traducibili. In questo caso le credenze religiose, in quanto tali, sono religiose e appartengono a una sfera che non deve fare parte del dibattito pubblico. Che senso avrebbe «tradurle» in qualcosa di diverso?».

costituire oggetto di vaglio critico all'interno del discorso pubblico¹⁵. Non è un caso che proprio sulle questioni che non ammettono una soluzione definitivamente e razionalmente orientata si verifichino gli scontri più duri tra visioni del mondo differenti. Se da una parte, infatti, si sono create nuove condizioni per il dialogo e, più in generale, per l'argomentazione razionale, dall'altra ci si è dovuti interrogare circa «i limiti della razionalità nel giudicare le questioni riguardanti il senso ultimo dell'esistenza e della natura dello sviluppo umano»¹⁶. Ciò spiega, in parte, perché, nonostante una costante e diacronica razionalizzazione della vita umana, la religione abbia mantenuto un innegabile protagonismo tra le diverse concezioni della vita. Anzi, tale ruolo appare incentivato, e in qualche misura accresciuto, proprio dalla pluralità di opzioni che in materia etica e morale vengono oggi offerte all'uomo. Non può negarsi facilmente come il pluralismo inneschi un processo di relativizzazione delle credenze capace di ingenerare nell'uomo uno stato d'ansia che lo induce a ricercare nuove forme di certezza intorno alle questioni

¹⁵ Ovviamente, tale vaglio critico non potrà prescindere da una delle caratteristiche intrinseche delle credenze religiose, ben definita, a mio avviso, da B. LEITER, *Why Tolerate Religion?*, Princeton University Press, 2013, 34 – 35, come «*insulation from evidence*». Secondo Leiter, infatti, le religioni «do not answer ultimately (or at the limit) to *evidence* and *reason*, as these are understood in other domains concerned with knowledge of the world. Religious beliefs, in virtue of being based on «faith», are insulated from ordinary standards of evidence and rational justification, the ones we employ in both common sense and in science».

¹⁶ J. MACLURE – C. TAYLOR, *La scommessa del laico*, Laterza, Roma – Bari, 2013, 6. Sul punto cfr. S. GINER, *El porvenir de la religión. Fe, humanismo y razón*, Barcellona, Herder, 2016, 12: «Sin embargo, lo sobrenatural y misterioso seguirá fascinando a muchos. Por su parte, la razón permitirá que nos emancipemos del misterio y del dogma, librándonos así del enigma de vivir para entregarnos a conocer, a ciencia cierta, naturaleza y mundo, e incluso algo de nuestra vida y conciencia».

fondamentali della vita¹⁷. Il pluralismo, per tali ragioni, assume la forma tipica del mercato, in cui alla domanda di certezza da parte degli uomini corrisponde un'offerta da parte di «fornitori di certezza», laiche o religiose che siano¹⁸. In questa situazione di «incertezza», ovviamente, i soggetti procedono a una messa in discussione non solo dei propri valori ma anche di quelli che li circondano, ovvero dei valori che assumono una veste ed un carattere di tipo «istituzionale»¹⁹. Non è un caso, dunque, che anche le regole e i principi dell'istituzione giuridica vengano sempre più frequentemente poste in discussione dagli attori sociali meno coinvolti nel processo decisionale²⁰.

Il dato che qui mi preme sottolineare è il seguente: quel processo di razionalizzazione della vita, che guardato dalla prospettiva del rapporto tra il Diritto e la religione è ricaduto sotto il nome di «secolarizzazione», non si è definitivamente compiuto. Esso ha subito importanti battute d'arresto che ad oggi non permettono di ipotizzare una totale scomparsa del fattore religioso dalla vita dell'uomo, che, anzi, nel rinnovato panorama pluralistico di cui si è finora parlato, mantiene una rilevanza pratica di cui il Diritto non può disinteressarsi.

3. La Secolarizzazione

¹⁷ P. L. BERGER, *I molti altari della modernità*, cit., 144.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ivi, 148.

²⁰ Il punto è ben colto, a mio avviso, da A. ABIGNENTE, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 17 quando l' A. afferma che «il pluralismo culturale, sociale, etico di cui la contemporaneità è portatrice, non è in grado di trovare una composizione adeguata e stabile nell'atto positivo della regola, condizionato da procedure in cui, spesso, è quantomeno latente il confronto dialogicamente legittimante».

Fatta questa premessa bisogna allora chiedersi qual è e quale dovrebbe essere il ruolo delle religioni e dei diritti religiosi ad esse associati nel mutato contesto pluralistico in cui viviamo. Il primo passaggio di questa operazione è, a mio avviso, quello di fare i conti con una categoria che, se considerata in una determinata maniera, ha mostrato una scarsa capacità esplicativa: la secolarizzazione. Se inteso a) quale processo di ritrazione della religione dallo spazio pubblico; o b) come generale regressione del fenomeno religioso, il paradigma della secolarizzazione ha, infatti, palesato alcuni limiti²¹.

La *ritrazione della religione dallo spazio pubblico* è negata dai fatti. Anche in paesi laici come l' Italia o la Spagna, ad esempio, persiste una certa presenza negli spazi pubblici della religione cattolica che ha, negli ultimi tempi, dovuto fare i conti con un "attore inaspettato, come l'Islam"²².

La *regressione generale del fenomeno religioso*, allo stesso modo, non può essere affermata radicalmente. Esistono, certamente, dati statistici che confermano un abbassamento del livello dei credenti, ma le percentuali di persone che dichiarano di credere in una religione sono ancora molto elevate²³.

Bisogna, allora, chiedersi se la categoria della secolarizzazione possa essere in qualche modo «recuperata» fondandola su di una lettura differente dei dati offerti dalla realtà sociale. In questa direzione si sono mossi due autori: Charles Taylor e Peter Berger. La

²¹ Sono questi i due sensi «classici» di secolarizzazione indicati da C. TAYLOR, *L'età secolare*, Feltrinelli, Milano, 2009.

²² N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, 65.

²³ Una buona rassegna dei dati statistici in questione è offerta da J. MARTÍNEZ-TORRÓN - W. COLE DURHAM (a cura di), *Religion and the Secular State: National Reports*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

sfida di entrambi è quella di adattare il paradigma della secolarizzazione, intesa nei due sensi prima segnalati, al rinnovato contesto pluralistico. Sia Taylor che Berger, infatti, muovono dalla constatazione che nuovi *competitors* sfidano apertamente la religione. Accanto alle produzioni di senso religioso emergono oggi altre descrizioni della «vita buona» (etiche, morali, filosofiche) che appaiono a molti uomini tanto appaganti quanto quelle offerte dalle religioni istituzionalizzate. Ovviamente, quando la religione istituita non è unica (o non è affatto istituita) e le «produzioni di senso» diventano molteplici, lo schema della regolazione *ex ante* (tipico della norma giuridica) va in difficoltà perché viene soppiantato da una nuova esigenza che è quella di riconoscere agli individui la massima libertà nella scelta tra concezioni della vita in competizione tra loro. Questa dimensione della scelta è stata accolta, seppur con accenti e sfumature diverse, da Taylor e Berger.

3.1. Charles Taylor. La “perdita di natura assiomatica” della credenza

La proposta di Taylor potrebbe definirsi «moderata»²⁴. Senza allontanarsi da un piano di analisi empirico, Charles Taylor rileva come la nostra epoca proponga un nuovo modello della secolarizzazione all'interno del quale svolge un ruolo di primaria importanza quello che si è prima definito «pluralismo come fatto»²⁵.

²⁴ Mi riferisco in questo paragrafo alle tesi esposte da Charles Taylor nel già citato *L'età secolare*.

²⁵ Cfr. sul punto A. BARDON, *Liberal Pluralism in a Secular Age* in FLORIAN ZEMMIN - COLIN JAGER - GUIDO VANHEESWIJCK (a cura di), *Working with A Secular Age. Interdisciplinary Perspectives on Charles Taylor's Master Narrative*, Walter De Gruyter, Berlin/Boston, 2016, pp. 123 – 126, secondo la quale, addirittura «the most important characteristic of the secular age, as described by Charles Taylor, is pluralism» (p. 123).

È un fatto che, a differenza di altri momenti storici, la religione sia divenuta un'opzione e che gli individui non possano essere obbligati a professare e praticare uno specifico credo religioso; nella scelta tra credere e non credere il pluralismo trova alimento ed entrambe le alternative costituiscono nella società attuale due opzioni totalmente valide ed accettabili. Ma è un fatto ancora più importante quella che Taylor definisce «perdita di natura assiomatica» della credenza in Dio. Il pluralismo delle concezioni di vita reca con sé la necessità di argomentare le proprie scelte (almeno in ambito pubblico) che non possono, come una volta avveniva, essere imposte agli altri ricorrendo ad argomenti d'autorità: si potrebbe affermare che l'elemento religioso è oggi più strettamente legato a problemi di razionalità²⁶. Rispetto alla teoria standard della secolarizzazione che postulava (e postula a tutt'oggi, ad esempio, in opere come quelle di Steve Bruce²⁷) una marginalizzazione della religione come processo lineare che trova le sue ragioni nel relativismo, nella privatizzazione e finanche nel pluralismo, Taylor non nega la rilevanza di questi fattori ma ne interpreta in maniera differente le conseguenze. A suo avviso, il risultato della secolarizzazione, che mantiene una propria capacità esplicativa, non è la marginalizzazione della religione ma una posizione qualitativamente e quantitativamente differente di quest'ultima nella vita umana e nella società²⁸.

La critica al modello della secolarizzazione come ritrazione della religione dallo spazio pubblico e della secolarizzazione come mera

²⁶ Cfr. ampiamente sul punto R. Audi, *La razionalità della religione*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2014.

²⁷ S. BRUCE, *Secularization. In Defense of an Unfashionable Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

²⁸ G. MCKENZIE, *Interpreting Charles Taylor's Social Theory on Religion and Secularization. A Comparative Study*, Springer, 2017, p. 170

regressione del fenomeno religioso vede un passaggio obbligato nella constatazione che: a) il ruolo della religione non si è affatto affievolito, specie nelle democrazie occidentali, dove accanto alle religioni tradizionali, che mantengono anche un ruolo storico-culturale molto forte, emergono nuove religioni capaci di influenzare in maniera sempre più evidente l'opinione pubblica; b) il pluralismo è corrosivo solamente rispetto a quelle religioni che si dimostrano incapaci di prescindere dall'uniformità della dottrina e della sua interpretazione.

Il punto b) è, a mio avviso, particolarmente rilevante ai fini del presente scritto. Come meccanismo di «difesa» rispetto alla razionalizzazione e alla differenziazione tipiche della secolarizzazione, le religioni sono chiamate a re-interpretare il proprio ruolo sociale sia da un punto di vista quantitativo, ammettendo una parzialità della propria capacità di coinvolgimento collettivo, sia da un punto di vista qualitativo, mostrandosi più disponibili ad incorporare nelle discussioni dottrinali il dato della razionalità moderna. Le religioni cambiano pelle e, pur conservando un anelito ontologico alla verità assoluta, si mostrano più propense ad integrarlo con quella che Taylor chiama la «dimensione del dubbio e dell'incertezza»²⁹. E gli individui, sulla scorta dell'avvenuto passaggio ad una dimensione universalmente riconosciuta di libertà, non si limitano più a credere «ingenuamente» ma lo fanno in maniera «impegnata»³⁰, chiamati, come sono, a confrontarsi e sostenere argomentativamente la propria posizione di fronte ad altri individui dalle credenze diverse.

Mentre la categoria della secolarizzazione come ritrazione della religione dallo spazio pubblico ha avuto lo scopo di indicare una

²⁹ C. TAYLOR, *op.cit.*, cit., p. 24.

³⁰ Ivi, 25.

perdita di centralità del discorso religioso nella vita sociale che, come visto, si è il più delle volte sostanziato in un affievolimento di quest'ultimo, e la secolarizzazione intesa come regressione generale del fenomeno religioso ha messo sul banco la questione del declino progressivo della fede, il nuovo modello di secolarizzazione elaborato da Taylor ha il merito di evidenziare «nuove condizioni della credenza», una credenza che sia, da una parte, auto-riflessiva ed impegnata, dall'altra, edotta dello scenario pluralistico in cui si muove³¹.

3.2. *Peter L. Berger. Dal paradigma della secolarizzazione al paradigma del pluralismo*

Parzialmente diversa, ma non per questo meno interessante, è la posizione di Peter L. Berger che, nel testo recentemente tradotto *I molti altari della modernità*, ha propugnato il passaggio da una teoria della secolarizzazione a una teoria del pluralismo. Secondo il sociologo e teologo naturalizzato americano, e questa potrebbe apparire tesi scontata arrivati a questo punto della trattazione, la secolarizzazione non reggerebbe all'analisi empirica³². Essa andrebbe, per tale motivo, sostituita con il nuovo paradigma del pluralismo.

Berger intende per pluralismo quella

situazione sociale in cui persone diverse per appartenenza etnica, visione del mondo e sistema di valori

³¹ Ivi, 36.

³² Questo punto è più compiutamente sviluppato PETER L. BERGER (a cura di), *The Desecularization of the World. Resurgent Religion and World Politics*, Ethics and Public Policy Center, Washington D.C., 1999.

etici convivono pacificamente e interagiscono reciprocamente in modo amichevole. L'ultima frase è importante. Non ha gran senso parlare di pluralismo se le persone non si parlano tra loro – se, per esempio, interagiscono solo in quanto padroni e schiavi, o vivono in comunità rigidamente segregate e interagiscono esclusivamente a livello di rapporti economici. Affinché il pluralismo sprigioni tutta la sua dinamica ci deve essere una conversazione prolungata, non necessariamente tra pari ma estesa nel tempo e tale da coprire una vasta gamma di argomenti³³.

A dire il vero, la rilevanza attribuita al pluralismo non costituisce una novità nel pensiero di Berger, che già nel 1967 in *The Sacred Canopy*, rilevava come la religione avesse perduto il proprio ruolo 'classico' consistente nel costruire un'unità di senso nella sfera sociale intorno alle questioni ultime della vita³⁴. Individuando proprio nel pluralismo la causa di tale dissolvimento, Berger ricollegò questo alla secolarizzazione in rapporto di proporzionalità diretta. La novità del secondo Berger consiste, invece, nel criticare le fondamenta della teoria della secolarizzazione, proponendo non più una lettura di questo paradigma alla luce di quello pluralistico, ma piuttosto una sostituzione del primo ad opera del secondo.

La portata normativa delle tesi di Berger è evidente: «*deve esserci una conversazione prolungata[...]estesa nel tempo e tale da coprire una vasta gamma di argomenti*». Essa si fonda, tuttavia, sul rilievo empirico dell'odierna coesistenza nello spazio sociale non solo di diverse religioni, che apportano dunque al discorso *argomenti*

³³ P. L. BERGER, *I molti altari della modernità*, cit., 20.

³⁴ P. L. BERGER, *The Sacred Canopy: Elements of a Sociological Theory of Religion*, Garden City, New York, 1967, 134.

religiosi diversi, ma anche tra discorsi religiosi e discorsi secolari, sarebbe a dire tra soggetti che attribuisco o non-attribuiscono rilevanza alla religione nella loro spiegazione delle «questioni ultime». Uno stato di cose siffatto produce come risultato quella che Berger definisce una «contaminazione cognitiva» tra i soggetti che interagiscono, cui si riconnette l'inevitabile duplice effetto di una «relativizzazione» delle posizioni cognitive e di una perdita della certezza³⁵. A loro volta, la relativizzazione da una parte e la perdita di certezza dall'altra generano nei soggetti un'ansia che trova sbocco in due vie opposte: il fondamentalismo e il relativismo. Mentre il fondamentalismo «è uno sforzo per ristabilire [in maniera patologica] la certezza minacciata»³⁶, il relativismo «può essere definito semplicemente come accettazione [passiva] della relatività»³⁷. Entrambe le soluzioni, secondo Berger, hanno dimostrato (e continuano a dimostrare) la propria incapacità nel risolvere i problemi politici generati dal pluralismo, dal momento che il fondamentalismo «balcanizza la società, portandola al conflitto perenne o alla coercizione totalitaria» mentre il relativismo

³⁵ P. L. BERGER, *I molti altari della modernità*, cit., pp. 21 – 23. Sulla cd. contaminazione cognitiva cfr. H. JOAS, *op. cit.*, 29. Secondo il sociologo tedesco ad avviso di Berger «la coesistenza pacifica tra culture e religioni, in assenza di forti barriere che impediscono il contatto tra esse, conduce necessariamente a ciò che egli chiama «contaminazione cognitiva», una mescolanza di stili di vita, valori e convinzioni religiose diverse. Il suo presupposto psicologico implicito è che quando le persone incontrano altri valori e visioni del mondo concludono inevitabilmente di non poter più dare per scontate le cose come facevano prima, e pensano che gli altri potrebbero anche avere qualche buona idea».

³⁶ P. L. BERGER, *I molti altari della modernità*, cit., 36.

³⁷ *Ivi*, 39.

«indebolisce il consenso morale, senza il quale nessuna società può sopravvivere»³⁸.

La categoria del pluralismo, così delineata e problematizzata anche rispetto agli effetti politici che essa produce, smentisce o, quantomeno, sminuisce la portata esplicativa della secolarizzazione intesa quale generale regressione del fenomeno religioso. Pur avendo la modernità aperto «un vasto campo di scelte cognitive e normative da compiere», è innegabile come «in gran parte del mondo molte di queste scelte s[iano] religiose»³⁹, il che significa che la modernità non è tanto connessa alla secolarizzazione, come si era per anni creduto, quanto piuttosto al pluralismo, che ricomprende al suo interno anche opzioni di tipo religioso. La religione, e qui Berger si avvicina evidentemente alla tesi della «fede come opzione» di Taylor, subisce dunque un processo di de-istituzionalizzazione che la soggettivizza, ovvero «il consenso accordato a una determinata religione non è più dato per scontato [ma] deriva da una scelta, o da una serie di scelte»⁴⁰. Anche laddove la religione si presenti istituzionalmente articolata, l'adesione ad essa da parte di un soggetto non potrà che avvenire quale libera adesione ad un'associazione volontaria⁴¹.

4. Conclusion

Le due ricostruzioni offerte da Taylor e Berger hanno, a mio avviso, dei riflessi sui diritti religiosi; giacché le religioni rivestono oggi un ruolo qualitativamente e quantitativamente differente all'interno delle società, esse non possono avanzare pretese assolutistiche in materia di diritti soggettivi. Seppure i «diritti di

³⁸ *Ivi*, 47.

³⁹ *Ivi*, 57.

⁴⁰ *Ivi*, 98.

⁴¹ *Ivi*, 115.

Dio», come segnala Silvio Ferrari, «hanno origine in una volontà divina o in una legge cosmica immutabile» essi «sono compresi dall'uomo attraverso le capacità limitate della propria intelligenza»⁴². Che uno spazio dogmatico ed ermeneuticamente innegoziabile permanga nella credenza religiosa è tesi quasi scontata, anche in virtù delle risposte che la religione deve fornire al credente su questioni che non possono essere spiegate razionalmente. È nient'affatto scontato, invece, che nel mutato contesto pluralistico le confessioni religiose pretendano di giustificare pretese giuridiche sulla base di tale componente dogmatica. Chiaramente per la preservazione della propria identità culturale i soggetti religiosi chiedono al Diritto di salvaguardare le pratiche religiose cui essi si sentono obbligati⁴³ ma ha ragione Ferrari quando dice che «seppure i diritti di Dio non cambiano, può cambiare la comprensione che di essi hanno gli uomini»⁴⁴. I «diritti di Dio», in quanto istanze giuridiche, sono chiamati ad incorporare quella componente problematica che è tipica anche e soprattutto dei «diritti dell'uomo», assumendo la consapevolezza che nelle pieghe del riconoscimento e della garanzia dei diritti si nascondono sempre rilevanti problemi di tipo interpretativo⁴⁵. Se il contenuto del diritto in riferimento al quale si pretende il riconoscimento e la garanzia è di tipo religioso, è tale

⁴² S. FERRARI, *art. cit.*, 176.

⁴³ Cfr. sul punto G. PINO, *Libertà religiosa e società multiculturale*, in cura di T. MAZZARESE (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2013, 157 – 188, 164.

⁴⁴ S. FERRARI, *art. cit.*, 176.

⁴⁵ La letteratura sul punto è vastissima. Si rinvia qui a mero titolo esemplificativo a: F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma – Bari, 2016; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 115 e ss; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2013.

contenuto che deve rendersi malleabile e predisporre, quand'anche non in maniera assoluta, ad una perdita di assiomaticità. Tale perdita, lungi dall'essere percepita come affronto sacrilego ai principi immutabili della credenza religiosa, dovrà essere il frutto della volontà di porre la religione nella sua luce migliore, dischiudendo un universo di senso compatibile con i principi e i valori protetti dallo Stato costituzionale di diritto.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

ENRICO DAMIANI DI VERGADA FRANZETTI

Definire il ruolo dello scienziato sociale: il metodo della conoscenza, spunti e riflessioni

ABSTRACT – This work deals with the role of the social scientist in the production process of knowledge (method) that can be called scientific, considered in the light of the responsibility that the researcher takes in critical terms towards the reality being analyzed and self-criticism against the activity carried out, in order to avoid the risks associated with easy exploitations or suspected inactivity.

KEYWORDS – Role – social scientist – scientific knowledge – method – research – reflexivity – risks

ENRICO DAMIANI DI VERGADA FRANZETTI*

**Definire il ruolo dello scienziato sociale: il metodo della
conoscenza, spunti e riflessioni****

SOMMARIO: 1. *Il ruolo dello scienziato sociale: tra inerzia e facili strumentalizzazioni* - 2. *Il metodo della conoscenza: la problematizzazione del sapere* - 3. *Una prospettiva paradigmatica tollerante e debole: tra teoria e ricerca* - 4. *Conclusioni: definire il ruolo dello scienziato sociale, spunti e riflessioni*

*1. Il ruolo dello scienziato sociale: tra inerzia e facili
strumentalizzazioni*

Il presente lavoro affronta il tema del ruolo dello scienziato sociale nel processo di produzione della conoscenza scientifica, considerato alla luce della responsabilità che occorre assumere in termini critici nei riguardi della realtà oggetto d'analisi e autocritici nei confronti del lavoro svolto: per evitare i rischi di facili strumentalizzazioni o sospette inattività¹.

* Dottore di ricerca in Sociologia del diritto presso l'Università degli studi di Milano, e cultore della materia Sociologia del diritto. Sociologia del lavoro, Sociologia della Devianza.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ R. TREVES, *Spirito critico e spirito dogmatico*, Istituto editoriale Cisalpino, Milano, 1954; R. TREVES (a cura di), *Sociologi e centri di potere in Italia*, Editori Laterza, Bari 1962; R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana. Problemi e ricerche di sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1975, 15-17; R.K. MERTON, *Insiders and Outsiders: a Chapter in the Sociology of Knowledge*, In *American Journal of Sociology*, 78/1972; P. BOURDIEU, *Per un'antropologia riflessiva*, Trad. it. di D. ORATI, Bollati Boringhieri, Torino, 1992; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995, 531-575; G. WAGNER, *Does Excellence Matter? Eine wissenschaftssoziologische Perspektive*, *Soziologie*, 36/2007, 7-20.

L'obiettivo primario di ogni scienziato sociale che intenda svolgere una ricerca orientata alla più ampia libertà scientifica, senza sacrificare credibilità e fondatezza, epistemologica e metodologica, consiste nello sfuggire al dilemma tra l'essere assoggettato a centri di potere, come esperto di una tecnica di gestione umana, e il rimanere escluso da una presenza responsabile nella società².

Le ragioni che inducono gli scienziati sociali a svolgere studi nei rispettivi ambiti di competenza spesso consistono nell'urgenza di realizzare indagini sistematiche e interdisciplinari che consentano un aggiornamento dello stato della conoscenza, costituendo al contempo uno stimolo per la realizzazione di lavori idonei a risolvere i problemi posti dall'esperienza e a fornire utili elementi predittivi. Obiettivi non sempre raggiungibili per i mutamenti economico-politico-sociali internazionali e nazionali occorsi durante quest'ultimo secolo: cambiamenti che hanno visto le scienze sociali trasformarsi in istituzioni strategicamente rilevanti sia per il mutamento, la conservazione degli equilibri o dei disequilibri

² L. GALLINO, *L'industria*, in R. TREVES, (a cura di), *Sociologi e centri di potere in Italia*, Editori Laterza, Bari 1962, 143; J. O'NEILL, *Sociology as a Skin Trade*, In *Essays towards a Reflexive Sociology*, Heinemann Educational, Londra, 1972; R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana. Problemi e ricerche di sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1975, 17; N. WILLIAMS, A.F. SJOBERG, *Ethnicity and Gender: The View from Above Versus the View from Below*. In *A Critique of Contemporary American Sociology*, T.R. VAUGHAN, G. SJOBERG e L.T. REYNOLDS (a cura di), Dix Hills, General Hall, New York 1993; R. BOUDON, *Sociology That Really Matters*. In *European Sociological Review*, 18/2002, 371/378; F. DEI, *Sull'uso pubblico delle scienze sociali, dal punto di vista dell'antropologia*, in *Sociologica*, 2/2007; M. BURAWOY, *Per la sociologia pubblica*, In *Sociologica*, 1/2007, 1-45; H. MACIEJ, *Public Sociology as a New Scientific Subdiscipline according to Michael Burawoy*, in *Roczniki Nauk Spolecznych*, 39/2011, 29-67.

“politici”, sia per l’acquisizione, il mantenimento, l’ampliamento di quote di potere materiale e simbolico, collettivo e individuale³.

Sotto questo profilo occorre rilevare come già in passato in Italia si è discusso circa la possibilità di realizzare studi capaci di ampliare la conoscenza, di garantire il rinnovamento della società: ci si riferisce, per citarne uno, al dibattito intorno al ruolo dello scienziato sociale svoltosi nell’ambito di un progetto di ricerca sull’amministrazione della giustizia in Italia dal titolo “L’amministrazione della giustizia e la società italiana in trasformazione”, promosso e diretto da Renato Treves nel 1962⁴. Se in un primo momento si riteneva lo scienziato sociale in grado di svolgere una funzione critica non subordinata ma non esterna al sistema⁵, orientata al rinnovamento della società, sebbene coincidente con le iniziative degli organi di governo⁶. Successivamente tale fiducia veniva meno dubitandosi persino della possibilità di inserimento consapevole del ricercatore nel sistema oggetto di studio alla luce di pungenti critiche: le ambiguità della ricerca razionalizzata per lo Stato; le accuse agli scienziati sociali d’essere

³ H.D. LASSWELL, *Power and Personality*, W.W. Norton, New York, 1948, ed. it. M. STOPPINO (a cura di), *Potere e personalità*, Utet, Torino 1975, 409-410; H.D. LASSWELL – A. KAPLAN, *Power and Society*, Yale University Press, New Haven-London, 1950, ed. it. *Potere e società*, M. STOPPINO (a cura di) Etas Kompass, Milano 1969, 89 ss; A.W. GOULDNER, *La crisi della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1975; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 389 ss.; R. KALLEBERG, *What is “public sociology”?* *Why and how should it be made stronger?*, in *The British journal of sociology*, Wiley-Blackwell Publishing, London, 2005; M. BURAWOY, *Per la sociologia pubblica*, in *Sociologica*, 1/2007; H. MACIEJ, *Public Sociology as a New Scientific Subdiscipline according to Michael Burawoy*, in *Roczniki Nauk Społecznych*, 39/2011.

⁴ R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana. Problemi e ricerche di sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1975, 15-17.

⁵ L. GALLINO, *L’industria*, in R. TREVES, (a cura di), *Sociologi e centri di potere in Italia*, Editori Laterza, Bari 1962, 143.

⁶ R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana. Problemi e ricerche di sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1975, 15-17.

strumentalizzati, asserviti alla classe dominante; la contestazione della validità del metodo e delle tecniche della ricerca sociale; la contestazione del ruolo dello scienziato sociale esercente un potere in nome e per conto del sistema dominante, strumentale alle posizioni conservatrici. Si trattava di critiche che se indebolivano la fiducia nella ricerca scientifica, allora anticipavano un più ampio movimento di pensiero sviluppatosi durante la contestazione del 1968, che poneva al centro del dibattito il tema della validità della conoscenza scientifica. Critiche che se mettevano in discussione l'“iperfattualismo” e l'“empirismo settorialistico” propri della ricerca di medio e ampio raggio, accusata di offrire rappresentazioni ingannevoli e artificialmente limitate della realtà, allora trasferivano lo scontro su di un piano epistemologico-filosofico: si affermavano il “globalismo” o l’“olismo”, modelli di conoscenza basati su scelte aprioristiche non di singoli concetti astratti e idealtipici, ma di un'intera visione del mondo e della storia⁷. Tale dibattito rispecchiava nelle linee essenziali la più grande tra le discussioni epistemologiche che abbiano interessato le scienze sociali in tempi recenti: svoltosi nel corso di un convegno tenutosi nel 1961 a Tübingen in Germania tale confronto vedeva tra i suoi protagonisti scienziati sociali, filosofi puri e epistemologi come Theodor Adorno, Jürgen Habermas, Ralf Dahrendorf, Karl Popper e Hans Albert, i cui contributi, raccolti nel volume dal titolo *Dialettica e positivismo in sociologia*, affrontavano problematiche ancora attuali riguardanti la conoscenza sociologica⁸.

Non è questa la sede opportuna per riprendere e approfondire i temi allora discussi, ma, sollevando tale dibattito interrogativi sulla funzione

⁷ V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 46.

⁸ H. MAUS, F. FÜRSTENBERG, *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie.: Luchterhand*, Neuwied-Berlin, 1969, ed. it. *Dialettica e positivismo in sociologia*, A. MARIETTI SOLMI (a cura di), Einaudi, Torino 1972; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 68-70; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 4.

delle scienze sociali, sul ruolo dello scienziato sociale⁹ sui fondamenti epistemologici del metodo della conoscenza scientifica, della metodologia della ricerca sociale, si impongono alcune riflessioni: esse varranno a delineare il significato di ogni ricerca sociale, costituendo un utile elemento di comprensione e spiegazione dei risultati raggiunti o raggiungibili dalla conoscenza scientifica. Sotto questo profilo occorre da subito sottolineare come i mutamenti che hanno investito il modello epistemologico e metodologico delle scienze sociali ne hanno consolidato la fondatezza su basi paradigmatiche aggiornate, nel senso di un'asseverazione delle capacità esplicative e predittive dei modelli teorici di medio raggio suscettibili di verifica empirica: il credo nel valore della ricerca scientifica costituisce un obiettivo che lo scienziato sociale deve mantenere fermo e costantemente perseguire¹⁰.

2. Il metodo della conoscenza: la problematizzazione del sapere

Chiunque rifletta sui problemi di carattere epistemologico e metodologico delle scienze sociali si imbatte nei limiti in cui incorrono il sapere e gli strumenti della conoscenza. I fondamenti epistemologici della conoscenza evocano quesiti cui uno studioso difficilmente può sottrarsi: “qual'è l'utilità delle scienze sociali ?, qual'è il significato del lavoro svolto o da svolgere?”. La risposta a tali domande implica una breve disamina delle

⁹ AA. VV., *Ricerca sociologica e ruolo del sociologo*, Il Mulino, Bologna, 1972; J. O'NEILL, *Sociology as a Skin Trade*, in *Essays towards a Reflexive Sociology*, Heinemann Educational, Londra, 1972; P. BOURDIEU, *Per un'antropologia riflessiva*, Trad. it. di D. ORATI, Bollati Boringhieri, Torino, 1992; H. STEINERT, *Symbolische Interaktion. Arbeiten zu einer reflexiven Soziologie*, Klett-Cotta, Stutgard, 1973; B.S. PHILLIPS, *Toward a Reflexive Sociology*, in *American Sociologist*, 2/1988; F. STEIER, *Research and Reflexivity*, Frederick Steier, Londra, 1991.

¹⁰ G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995; R. BOUDON, *Metodologia della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1996; P. CORBETTA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1999; P. GUIDICINI, *Nuovo manuale della ricerca sociologica*, Milano, 1996.

trasformazioni in cui sono incorsi i concetti di scienza, causa, teoria, ipotesi, legge sociale al fine di delineare il ruolo dello scienziato sociale.

Le teorie che hanno rivoluzionato il modo di concepire l'universo (la teoria della termodinamica di Carnot, le teorie del campo elettromagnetico di Maxwell, della fisica dei quanti di Planck, della relatività di Einstein, dell'atomo di Bhor), rivelano la compresenza di numerosi modelli teorici persino incompatibili: un aspetto che sottopone a revisione critica il concetto di oggettività scientifica¹¹. Se ogni modello teorico è uno strumento di conoscenza parziale, piuttosto che un'oggettiva rappresentazione della realtà, allora il concetto di oggettività scientifica perde di significato: la teoria non è il rispecchiamento passivo del reale e non esiste una corrispondenza assoluta tra sapere e realtà. Con l'ulteriore corollario che se le teorie selezionano variabili e rapporti tra variabili ritenuti significativi in base a criteri contingenti e nell'ambito di specifici sistemi di riferimento, allora i modelli cognitivi e valutativi utilizzati diventano elementi attivi di costruzione della realtà che mirano a interpretare¹². Lo stesso principio di indeterminazione secondo cui ogni osservazione della realtà ne determina una perturbazione e di ogni fenomeno non è possibile misurare contemporaneamente tutte le dimensioni, rivela il carattere relativo, riduttivo e selettivo, dei modelli teorici della conoscenza: sia che lo si intenda nel senso di dimostrare il

¹¹ G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990, 15-18; B. GIESEN - M. SCHMID, *Basale Soziologie: Wissenschaftstheorie*. Munchen, Wilhelm Goldmann Verlag, 1976, ed. it, A. CAVALLI (a cura di), *Introduzione alla sociologia, premesse epistemologiche*, Il Mulino, Bologna 1982, 219-222.

¹² K. MANNHEIM, *Essays on the Sociology of Knowledge*, Routledge & Kegan Paul Ltd., London, 1952., ed. it. M. Gagliardi e T. Souvan (a cura di), *Sociologia della conoscenza*, Il Mulino, Bologna 2000; ; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 65, 70-74; P. L. BERGER – T. LUCKMANN, 1966, *The Social Construction of reality*, Doubleday and Co., Garden City, New York: ed. it, *La realtà come costruzione sociale*. trad. it., di M. SOFRI INNOCENTI e di A. SOFRI PERETTI, Il Mulino, Bologna 1969; F. CRESPI – F. FORNARI, *Introduzione alla sociologia della conoscenza*, Donzelli Editore, Roma, 1998.

limite delle capacità di misurazione, assumendo che la natura proceda secondo principi deterministici; sia nel senso che non vi sia alcun ordinamento deterministico, non esistendo una condizione assoluta di prevedibilità dello stato futuro del mondo¹³. Se la verità scientifica tende a relativizzarsi, dipendendo dalle modalità seguite per produrre i risultati, essa tuttavia non perde il proprio significato: è garante di un processo di riflessione critica e autocritica della conoscenza, di una crescita cognitiva autocosciente del sapere, sebbene non lineare e cumulativa¹⁴. La constatazione del carattere relativo dei concetti utilizzati dalla scienza rivela come il sapere proceda attraverso la formulazione di teorie e ipotesi non sempre indotti dall'esperienza, libere creazioni del pensiero¹⁵, la cui validità è verificata in relazione a sistemi di riferimento particolari: la conoscenza rileva congruenze tra dati di esperienza, forme di misurazione all'interno di prescelti universi definiti, da una parte, e forme di mediazione simbolica, dall'altra; muove per approssimazioni che possono essere mantenute ferme, sostituite o modificate¹⁶.

Un'epistemologia capace di influire anche sulla nozione di causa da intendersi, per l'operare di un principio selettivo riferito a uno specifico sistema di riferimento, nei termini di causazione adeguata: come l'insieme delle condizioni che influenzano o determinano il fenomeno oggetto

¹³ W. HEISENBERG, *Physics and Philosophy*, Harper & Row, New York, 1958; G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990, 27-31; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 66.

¹⁴ A. MELUCCI, *Verso una sociologia riflessiva. Ricerca qualitativa e cultura*, Il Mulino, Bologna, 1998.

¹⁵ A. EINSTEIN, *Zur Elektrodynamik bewegter Körper*, in "Annalen der Physik", XVII, 1905. trad. it., *Sull'elettrodinamica dei corpi in movimento*, in AA.VV., *Cinquant'anni di relatività*, Ed. Universitaria, Firenze, 1955.

¹⁶ M. WEBER, *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, 1904, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Tübingen, 1922, 53-141; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 65.

d'analisi, necessarie ma non sufficienti, in grado di contribuire, con altre non conosciute, alla comprensione-spiegazione di un fenomeno concreto¹⁷.

Insieme di condizioni necessarie e sufficienti in grado di orientare l'agire in senso teleologico, dunque gli esiti finali intenzionati del soggetto: potendosi interpretare l'intenzionalità del soggetto in base sia a schemi motivazionali di tipo razionale, sia alla regola e al contesto concreto dei significati codificati che l'hanno orientata¹⁸. Un'accezione di causalità quest'ultima che consente di valutare le dimensioni soggettive e oggettive dell'agire sociale: rilevabili sia nel contesto materiale, simbolicamente mediate, sia istituzionale, riferite a rappresentazioni, valori, tipizzazioni interiorizzate dai soggetti. Le riflessioni svolte se non escludono la possibilità di fondare un grado più o meno elevato di probabilità circa il verificarsi di un fenomeno, allora conducono il modello causale, adottabile nell'ambito delle scienze sociali, al di fuori di una visione deterministica¹⁹.

¹⁷ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 66; A. CAVALLI, *La fondazione del metodo sociologico in Max Weber e Werner Sombart*, Istituto di Sociologia, Pavia, 1969; B. GIESEN - M. SCHMID, *Basale Soziologie: Wissenschaftstheorie*. Munchen, Wilhelm Goldmann Verlag, 1976, ed. it, A. CAVALLI (a cura di), *Introduzione alla sociologia, premesse epistemologiche*, Il Mulino, Bologna 1982, 48-50.

¹⁸ M. WEBER, *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, 1904, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Tubingen, 1922, 4; G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990, 45-63; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 296-297; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 7-8; P. CORBETTA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1999, 131-134.

¹⁹ M. WEBER, *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, 1904, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Tubingen, 1922, 4; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994; A. CAVALLI, *La fondazione del metodo sociologico in Max Weber e Werner Sombart*, Istituto di Sociologia, Pavia, 1969; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 7-8.

La realtà, insieme multidimensionale e contingente di elementi in continua trasformazione, sfugge a forme di riduzione del sapere finalizzate a fornire un'interpretazione globale e unitaria²⁰. La conoscenza scientifica ordina in uno schema concettuale solo alcuni dei molteplici aspetti della realtà ritenuti rilevanti, assumendo il carattere di intervento riduttivo selettivo²¹. L'utilizzo da parte delle scienze sociali di schemi concettuali teorici non semplifica la problematicità dei compiti che sono chiamate a svolgere: il dibattito epistemologico contemporaneo, nella presa di posizione contro l'induttivismo dell'empirismo ingenuo, svela come ogni ricerca sia condizionata in termini autoreferenziali dai paradigmi concettuali adottati²². Si definisce teoria il complesso dei presupposti e dei postulati, delle definizioni e delle proposizioni descrittive, tra loro logicamente collegate che costituiscono la struttura concettuale generale a partire dalla quale si desumono le supposizioni particolari circa i fenomeni concreti oggetto d'indagine²³. La precisione analitica della definizione proposta per le caratteristiche comuni a teorie e ipotesi non elimina i dubbi, le incertezze che la connotano: una teoria infatti è un paradigma dallo statuto provvisorio, le cui funzioni operative appaiono del tutto simili a quelle della forma ipotetica. Si tratta in ogni caso di una classificazione che deve mantenersi ferma posto che mentre le ipotesi, presupposizioni relative a rapporti tra variabili tratte da una teoria di riferimento, a

²⁰ W. HEISENBERG, *Physics and Philosophy*, Harper & Row, New York, 1958; G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990.

²¹ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 66.

²² F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 68; FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 47.

²³ B. GIESEN - M. SCHMID, *Basale Soziologie: Wissenschaftstheorie*. Munchen, Wilhelm Goldmann Verlag, 1976, ed. it, A. CAVALLI (a cura di), *Introduzione alla sociologia, premesse epistemologiche*, Il Mulino, Bologna 1982, 45-83; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 291; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995, 58-59; G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990, 31-36.

differenza di quest'ultima, sono sempre suscettibili di verifica empirica²⁴, il modello teorico costituisce invece uno schema generale di riferimento all'interno del quale e mediante il quale si rappresentano, si esperiscono le dimensioni costitutive del fenomeno oggetto di studio²⁵. In questo senso l'oggetto d'indagine co-esiste con la prospettiva teorica adottata, risultandone a sua volta costituito: l'individuazione di alcune relazioni di interdipendenza tra variabili o sistemi di variabili non costituisce soltanto espressione di una scelta selettiva orientata dalla prospettiva teorica prescelta, ma rivela anche il carattere selettivo, riduttivo e costruttivo di tale approccio. Il carattere costruttivo di ogni teoria rivela la presenza di criteri di selezione espressione di valori e di interessi dello scienziato sociale, dell'ambiente socio-culturale e del momento storico in cui vive²⁶. La presa di coscienza di questi criteri arbitrari e contingenti, la loro enunciazione quali presupposti del modello teorico e delle ipotesi prescelte, costituisce, oltre che espressione di onesta intellettuale, la condizione necessaria per un'elaborazione, una comunicazione scientifica dei dati acquisiti: lo svolgimento di ulteriori verifiche da parte degli scienziati sociali garantisce l'attendibilità e la validità dei risultati raggiunti. Quando le distorsioni riferibili ai valori e agli interessi dello scienziato sociale vengono tacite o ancor peggio negate, con l'asserita adozione di un punto di vista obiettivo e neutrale, esse, cristallizzandosi

²⁴ S. TOULMIN, *The Philosophy of Science: An Introduction*. Hutchinson, London, trad. it, *La filosofia della scienza*, Ubaldini, Roma, 1953, 74.

²⁵ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 292.

²⁶ J. O'NEILL, *Sociology as a Skin Trade*, in *Essays towards a Reflexive Sociology*, Heinemann Educational, Londra, 1972; H. STEINERT, *Symbolische Interaktion. Arbeiten zu einer reflexiven Soziologie*, Klett-Cotta, Stutgard, 1973; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 292; F. STEIER, *Research and Reflexivity*, Frederick Steier, Londra, 1991; P. BOURDIEU, *Per un'antropologia riflessiva*, Trad. it. di D. ORATI, Bollati Boringhieri, Torino, 1992; B.S. PHILLIPS, *Toward a Reflexive Sociology*, in *American Sociologist*, 2/1988.

nella realtà oggetto di indagine, riemergono nei processi di osservazione e di interpretazione dei dati.

Una delle principali funzioni della teoria nei confronti della ricerca empirica consiste proprio nel rendere quest'ultima consapevole del suo carattere selettivo e dei limiti di in cui incorre ogni forma di riduzione²⁷: una delle principali funzioni della verifica empirica consiste invece nello smobilitare l'assolutezza dei modelli teorici adottati attraverso i processi di falsificazione, verifica, modificazione delle ipotesi prescelte²⁸. La differenza tra un problema sociale e un interrogativo scientifico consiste nell'utilizzare teoria e ricerca empirica quali strumenti in grado di produrre una frattura cognitiva²⁹.

La ricerca empirica riduce la complessità dell'oggetto d'analisi formulando ipotesi falsificabili vertenti su aspetti parziali della realtà sociale: le ipotesi si situano in una posizione intermedia tra la teoria, che per sua natura richiama la complessità dell'oggetto mostrandone i diversi aspetti, e la ricerca che si rivolge a situazioni concrete, limitate e circoscritte³⁰. La formulazione del problema specifico all'origine della ricerca presenta questo carattere intermedio poiché è il risultato dell'incontro tra la riflessione teorica, gli schemi concettuali generali da una parte, e l'esperienza pratica, l'osservazione sperimentale dall'altra. Si tratta di relazioni strettamente connesse non solo all'ambiente storico, sociale e culturale, alla comunità scientifica in cui vive e opera lo scienziato sociale, ma anche al suo interesse professionale o extrascientifico, alle sue

²⁷ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994.

²⁸ V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 48.

²⁹ P. BOURDIEU, *Per un'antropologia riflessiva*, Trad. it. di D. ORATI, Bollati Boringhieri, Torino, 1992, 27 ss.

³⁰ R. BOUDON, *Sociology That Really Matters*. In *European Sociological Review*, 18/2002, 32-35; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995, 61-73.

capacità creative³¹. Le ipotesi, formulazione di relazioni di interdipendenza tra variabili o sistemi di variabili, sono forme di riduzione selettiva della realtà realizzate per fini esplicativi-interpretativi³². L'osservazione della realtà suscita interrogativi allorché si possiedono riferimenti teorici e di esperienza cui riferirla: la realtà non risponde a domande dirette, è necessario interrogarla formulando ipotesi, forme di mediazione simbolica, articolate in proposizioni con struttura ipotetica suscettibili di verifica empirica³³. Le relazioni di interdipendenza tra variabili o sistemi di variabili appaiono come anticipazioni di relazioni: le ipotesi sono domande, presupposizioni circa le risposte che possono darsi intorno ad esse, anticipazioni che lo scienziato sociale formula tanto in base all'esperienza teorica e pratica, sua o di altri, quanto alla percezione che egli ha della realtà³⁴. L'adozione di una specifica prospettiva di indagine, l'individuazione e la selezione delle variabili, la scelta degli indici di

³¹ P. BOURDIEU, *Per un'antropologia riflessiva*, Trad. it. di D. ORATI, Bollati Boringhieri, Torino, 1992; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 292; J. O'NEILL, *Sociology as a Skin Trade*, in *Essays towards a Reflexive Sociology*, Heinemann Educational, Londra, 1972; H. STEINERT, *Symbolische Interaktion. Arbeiten zu einer reflexiven Soziologie*, Klett-Cotta, Stutgard, 1973; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 292; F. STEIER, *Research and Reflexivity*, Frederick Steier, Londra, 1991.

³² P. GUIDICINI, *Nuovo manuale della ricerca sociologica*, Milano, 1996, 49-78; P. CORBETTA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1999, 85-113.

³³ P. GUIDICINI, *Nuovo manuale della ricerca sociologica*, Milano, 1996, 49-78.

³⁴ S. TOULMIN, *The Philosophy of Science: An Introduction*. Hutchinson, London, trad. it, *La filosofia della scienza*, Ubaldini, Roma, 1953; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 293; C.G. HEMPEL, *Philosophy of Natural Science*, Englewood Cliff, 1966; J. GALTUNG, *Theory and Methods of Social Research*. Universitetsforlaget, Oslo, 1967; K.R POPPER, *An Intellectual Autobiography*, Routledge, London, 1974.

misurazione, delle tecniche di rilevazione dei dati³⁵ concretano la formulazione di una ipotesi: le ipotesi sottolineano l'importanza rispetto ad altre, di alcune caratteristiche del fenomeno indagato, talvolta correndo il rischio di trasformarsi da strumenti euristici, funzionali alla scoperta di dimensioni poco o nulla conosciute, in forme di predeterminazione dei risultati. In questo senso la distinzione tra ricerche qualitative e quantitative, ovvero tra quelle dove emerge l'apparato statistico dei dati rilevati e quelle in cui maggior rilievo assumono gli atteggiamenti di tipo intuitivo, gli orientamenti di valore del ricercatore, è il frutto di una mera convenzione: se è vero che i dati quantitativi sono il risultato di scelte qualitative, vero è che le uniformità empiriche sono il prodotto di atteggiamenti legati alla personalità e all'intuito individuale³⁶. Il confronto tra teoria, ipotesi e dato empirico non è la registrazione di un oggetto pre-formato, risultando vero semmai il contrario: in prospettiva diacronica l'interazione tra l'elemento teorico ed empirico nega la prevalenza di una dimensione rispetto all'altra, evidenziandone la circolarità³⁷.

L'epistemologia descritta, assumendo quali dimensioni caratteristiche dei fenomeni sociali l'irreversibilità, la discontinuità, la molteplicità casuale finisce per produrre conseguenze anche sulla nozione di legge: le regolarità riguardanti i fenomeni osservati non assumono lo statuto di leggi immutabili o universali, relazioni "naturalistiche" di necessità e invariabilità in grado di rivelare principi intrinseci alla molteplicità fenomenica secondo il modello nomologico-generalizzante,

³⁵ G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995; R. BOUDON, *Metodologia della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1996; P. CORBETTA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1999.

³⁶ J. KMENKA, *Elements of Econometrics*, Macmillan-Colier, New York-London, 1986; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 295; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 46; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995, 82.

³⁷ K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995, 28-36.

semmai evidenziano uno statuto parziale e provvisorio, riferito a probabilità di frequenze statistiche espresse da ipotesi sempre rivedibili³⁸.

A problematizzare ulteriormente il quadro concettuale riferibile al modello di conoscenza delle scienze sociali vi è poi la complessità dell'oggetto indagato: i fenomeni sociali per le motivazioni, i significati partecipati, le interpretazioni degli attori sociali evidenziano un elevato grado di contingenza e variabilità del comportamento umano. Sotto diverso profilo i fenomeni sociali difficilmente si prestano ad essere manipolati per la rilevazione delle costanti comportamentali, risultando spesso non riproducibili in laboratorio, sussistendo limiti deontologici riferibili al divieto di sperimentazione sugli esseri umani³⁹.

3. *Una prospettiva paradigmatica tollerante e debole: tra teoria e ricerca*

Il carattere relativo, selettivo-riduttivo degli strumenti della conoscenza costituisce un dato oramai un dato acquisito nel vasto panorama degli studi riguardanti le scienze sociali. I modelli teorici, le correlazioni tra variabili non producono verità assolute, semmai esprimono punti di vista su fenomeni, apparenze di realtà altamente complesse: composte di numerose sfaccettature, corrispondenti ad altrettante variabili, consistenti primariamente benché non esclusivamente di entità simboliche o simbolizzate, come sono le azioni, le relazioni umane

³⁸ B. GIESEN - M. SCHMID, *Basale Soziologie: Wissenschaftstheorie*. Munchen, Wilhelm Goldmann Verlag, 1976, ed. it, A. CAVALLI (a cura di), *Introduzione alla sociologia, premesse epistemologiche*, Il Mulino, Bologna 1982, 45-83; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 47-84; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995, 65-73; ; G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990, 7-8; P. GUIDICINI, *Nuovo manuale della ricerca sociologica*, Milano, 1996, 683-698.

³⁹ R. BOUDON, *Sociology That Really Matters*. in *European Sociological Review*, 18/2002; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 47-84; A. SCHUTZ, *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*. Springer, Wien, 1932, 4.

e i modi attraverso cui divengono oggetto di comunicazione⁴⁰. Si tratta di osservazioni che se non eliminano la possibilità di acquisire forme attendibili di conoscenza, allora suggeriscono l'adozione di paradigmi teorici in prospettiva debole e tollerante⁴¹.

Per paradigma si intende ogni modello teorico, ogni concezione del mondo o di una frazione di mondo, costituita dagli assunti teorici che definiscono i criteri di scelta degli oggetti da indagare, i problemi da risolvere e i metodi validi per la loro risoluzione: un modello che la comunità scientifica accetta e riconosce come un valido strumento di conoscenza e di comunicazione⁴². Se il paradigma fornendo i criteri in base ai quali può stabilirsi la scientificità dei prodotti della ricerca, è in grado di risolvere e affrontare i problemi posti dall'esperienza, rientrando nelle sue proprietà euristiche, allora si continuerà ad utilizzarlo; ma se il modello adottato per il carattere selettivo riduttivo che lo caratterizza, smentito dalla realtà, non appare in grado di risolvere i problemi posti dall'esperienza, per le anomalie e le contraddizioni in cui incorre, allora verrà invalidato e sostituito con un altro in grado affrontare le nuove criticità.

L'epistemologia descritta corre il rischio di estremizzare opposte alternative, ovvero di cadere nel soggettivismo individualistico o nel dogmatismo teorico: da una parte, si enfatizza il carattere ipotetico e

⁴⁰ V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 38.

⁴¹ V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 40.

⁴² T.S. KUHN, *The Copernican Revolution. Planetary Astronomy in the Development of Western Thought*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1957; G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990, 31-37; B. GIESEN - M. SCHMID, *Basale Soziologie: Wissenschaftstheorie*. Munchen, Wilhelm Goldmann Verlag, 1976, ed. it, A. CAVALLI (a cura di), *Introduzione alla sociologia, premesse epistemologiche*, Il Mulino, Bologna 1982, 117-118; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995, 43-44; P. CORBETTA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1999, 17-20.

confutabile dei modelli teorici, incapaci di offrire certezze assolute ed irrevocabili, inducendo scetticismo circa le capacità umane di darsi una spiegazione plausibile dei fenomeni sociali; dall'altra, si accentua il carattere comunicativo di ogni forma di mediazione simbolica, del nucleo di teorie adottate da una comunità scientifica, favorendo una rigidità teorica che se esclude ogni forma di confronto, allora estromette dalla comunità scientifica chiunque metta in dubbio i paradigmi da essa condivisi e adottati⁴³.

Se il pericolo di cadere in uno degli eccessi menzionati appare fondato, tuttavia esso non esclude l'utilizzabilità del concetto di paradigma purché si rifletta sulla confusione sempre possibile tra realtà osservata e osservatore, tra il piano dei fatti e quello dei valori onde scongiurarne gli effetti distorsivi: in un caso, i fatti vengono negati in quanto tali e tradotti in percezioni difficilmente comunicabili senza il ricorso a linguaggi emotivi, fortemente influenzati dalle scelte ideologiche; nell'altro, vengono forzosamente ricondotti a schemi precostituiti sulla cui costruzione pesa, in modo non dichiarato ma rilevante, l'ideologia di chi li ha formulati⁴⁴. In questi termini un uso appropriato del concetto di paradigma appare auspicabile per almeno due ordini di motivi: in primo luogo, la

⁴³ G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990, 31-37; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 75-77; ; K.R POPPER, *An Intellectual Autobiography*, Routledge, London, 1974; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 32-33; L. WITTGENSTEIN, *On Certainty*. Blackwell, Oxford, 1969.

⁴⁴ B. GIESEN - M. SCHMID, *Basale Soziologie: Wissenschaftstheorie*. Munchen, Wilhelm Goldmann Verlag, 1976, ed. it, A. CAVALLI (a cura di), *Introduzione alla sociologia, premesse epistemologiche*, Il Mulino, Bologna 1982, 222-238; G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990, 23-27; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 38; R. BOUDON, *Sociology That Really Matters*. In *European Sociological Review*, 18/2002.

consapevolezza che i parametri teorici cui si è avvezzi possono essere messi in discussione dall'insorgere di nuovi problemi, educa allo spirito critico che è tutt'uno con lo spirito scientifico; in secondo luogo, la riduzione di ogni teoria scientifica a un insieme coerente di espressioni, atti di comunicazione, non contrasta con l'acquisita consapevolezza che ogni relazione umana, benché presenti degli aspetti di oggettività, sia esprimibile attraverso forme di mediazione simbolica e convenzionale⁴⁵. I paradigmi adottati dalle scienze sociali coincidono con le diverse teorie, con le diverse prospettive da cui è possibile guardare la società umana, con l'ovvio corollario che l'unica prospettiva falsa è quella che pretende di essere vera: non esiste un sistema di valori in grado di selezionare i problemi sociologici in modo univoco e nemmeno esiste un valore superiore rispetto al quale gerarchizzare tutti gli altri⁴⁶. Appare quindi possibile osservare la realtà da queste prospettive paradigmatiche purché, nella loro veste unilaterale e confutabile, aperte a interpretazioni diverse, tendano alla massima chiarezza e affidabilità⁴⁷.

La problematicità del sapere investe anche il significato da attribuire al rapporto tra teoria e ricerca empirica, caratterizzato da continue, reciproche correzioni e sostituzioni con modelli più adeguati a risolvere i problemi posti dalla realtà⁴⁸. Il dato evidenziato dall'osservazione empirica è sempre frutto di un'attività interpretativa, costitutiva e costruttiva dell'osservatore: non è sempre facile comprendere se la dimensione

⁴⁵ G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990, 31-37; F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 73-74; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 38.

⁴⁶ R. TREVES, *Spirito critico e spirito dogmatico*, Istituto editoriale Cisalpino, Milano, 1954.

⁴⁷ V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 40.

⁴⁸ R.K. MERTON, *Insiders and Outsiders: a Chapter in the Sociology of Knowledge*, In *American Journal of Sociology*, 78/1972, 1949.

imprevista di una ricerca scaturisce dall'esperienza empirica diretta o esprime un mutamento dello scienziato sociale nel modo di accostarsi alla realtà. Del resto un'ipotesi empiricamente verificata non appare sempre in grado di confermare aprioristicamente la teoria generale da cui è desunta, mentre un'ipotesi falsificata non sempre è idonea ad invalidare un'intera teoria⁴⁹. La differenza tra una ricerca empirica tautologica le cui ipotesi predeterminano i risultati o che considera soltanto i fatti idonei a verificarle⁵⁰ da una parte, e una ricerca aperta a nuove scoperte, che si confronta con fatti capaci di contraddire le ipotesi di partenza⁵¹, dall'altra, è affidata alla capacità del ricercatore di mantenere una costante tensione tra la funzione di riduzione selezione della molteplicità fenomenica e l'apertura a dimensioni che aumentano la complessità degli schemi concettuali adottati⁵²: quanto più una relazione di interdipendenza tra variabili o sistemi di variabili viene assolutizzata aprioristicamente anziché mantenuta nel carattere provvisorio e problematico che le è proprio, tanto più rischia di sovrapporsi in modo eccessivamente riduttivo selettivo alla realtà indagata falsando i risultati della ricerca⁵³. Se il problema della predeterminazione dei dati non può essere eliminato dalla ricerca sociale poiché è la costruzione dell'oggetto e la selezione delle variabili a connotarla in tal senso, allora pare opportuno riflettere sull'intensità di

⁴⁹ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 294; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 48.

⁵⁰ T.S. KUHN, *The Copernican Revolution. Planetary Astronomy in the Development of Western Thought*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1957; P.K. FEYERABEND, *Against Method. Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*. Atlantic Highlands, Humanities, 1975.

⁵¹ K.R. POPPER, *Postscript to the Logic of Scientific Discovery*, Totowa, Rowman & Littlefield, 1982-1983, trad. it. *Poscritto alla logica della scoperta scientifica*. I, II, III, Il Saggiatore, Milano, 1984; R. BOUDON, *Metodologia della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1996, 223-224.

⁵² F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 294.

⁵³ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 295.

tale predeterminazione, sulla flessibilità, sulla riadattabilità degli schemi interpretativi e delle procedure di verifica adottati. Trattandosi di differenze di grado occorre sottolineare come la fondatezza euristica della ricerca dipenda primariamente dalle attitudini del ricercatore, dalla sua discrezionalità, dalla sua capacità critica nei riguardi della realtà oggetto d'analisi e autocritica nei confronti del lavoro svolto⁵⁴. Soltanto ad avvenuta conclusione del processo di ricerca si potrà valutarne la fondatezza domandandosi: se i procedimenti di rilevazione adottati abbiano lasciato spazio a dimensioni imprevedibili e indeterminate, evitando i rischi di un processo di verifica tautologico; se gli strumenti di analisi prescelti abbiano effettivamente misurato ciò che intendevano misurare; se sia stata raggiunta la congruenza tra i concetti analizzati e gli indicatori prescelti; se i dati, rilevati, caratterizzati da una validità parziale e provvisoria sino a prova contraria concernente la possibilità di una diversa interpretazione verificata, abbiano raggiunto un'adeguata stabilità e riproducibilità⁵⁵.

L'adozione di una nozione di paradigma in senso debole, tollerante e prospettico⁵⁶ evidenzia come le scienze sociali procedano per tentativi ed errori: la loro utilità non consiste tanto nell'offrire o confermare formule risolutive, nei termini di rigide interpretazioni dello scienziato sociale o delle prassi dei membri della società, quanto piuttosto nel “problematizzare” la realtà oggetto d'analisi, le forme di mediazione simbolica cui si ricorre per interpretarla e rappresentarla⁵⁷. Un approccio

⁵⁴ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 295.

⁵⁵ K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995.

⁵⁶ T.S. KUHN, *The Copernican Revolution. Planetary Astronomy in the Development of Western Thought*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1957; C. CIPOLLA, *Epistemologia della tolleranza*, FrancoAngeli, Milano, 1997.

⁵⁷ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 73, 436; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 40; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995.

che consente non solo di evidenziare immagini alternative della realtà creando una frattura cognitiva con le rappresentazioni convenzionali individuali o collettive, ma anche di svolgere la funzione critica e autocritica delle scienze sociali consistente nel richiamare l'attenzione della riflessione teorica e della prassi sociale sui modi di procedere dell'esperienza individuale e collettiva, sui processi di costruzione delle forme di mediazione simbolica⁵⁸. Se l'attività conoscitiva dello scienziato sociale si svolge secondo il metodo della riflessione critica e autocritica propria delle scienze sociali⁵⁹, intesa quale forma di produzione e interpretazione di significati alternativi rispetto a quelli socialmente condivisi, allora questi sarà in grado di fornire un contributo conoscitivo qualificato rispetto ai consueti processi di produzione di senso comune e di competenza sociale⁶⁰. A condizione, ovviamente, che le procedure di misurazione e di interpretazione dei dati, trasparenti e rigorose, mai immuni da riferimenti valutativi, assumano un elevato grado di sistematicità: un aspetto che vertendo non tanto sul “metodo”, quanto sui “metodi” della conoscenza, ovvero sulle singole tecniche di rilevazione dei dati non verrà affrontato in questa sede⁶¹.

⁵⁸ G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990, 25-63; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995; R. BOUDON, *Metodologia della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1996, 19-29.

⁵⁹ AA. VV., *Ricerca sociologica e ruolo del sociologo*, Il Mulino, Bologna, 1972; J. O'NEILL, *Sociology as a Skin Trade*, in *Essays towards a Reflexive Sociology*, Heinemann Educational, Londra, 1972; P. BOURDIEU, *Per un'antropologia riflessiva*, Trad. it. di D. ORATI, Bollati Boringhieri, Torino, 1992; H. STEINERT, *Symbolische Interaktion. Arbeiten zu einer reflexiven Soziologie*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1973; B.S. PHILLIPS, *Toward a Reflexive Sociology*, in *American Sociologist*, 2/1988; F. STEIER, *Research and Reflexivity*, Frederick Steier, Londra, 1991.

⁶⁰ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 236; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995, 58-59; R. BOUDON, *Sociology That Really Matters*. In *European Sociological Review*, 18/2002.

⁶¹ G. STATERA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Palumbo & C. Editore, Palermo, 1990; P. GUIDICINI, *Nuovo manuale della ricerca sociologica*, Milano, 1996,

4. *Conclusioni: definire il ruolo dello scienziato sociale, spunti e riflessioni*

Le considerazioni svolte in ordine ai fondamenti epistemologici del sapere, al metodo della conoscenza, rimandano al tema della funzione delle scienze sociali, del ruolo dello scienziato sociale: è il problema dei rapporti intrattenuti con le strutture di gestione e controllo dei processi decisionali, con le istituzioni e i centri di potere⁶². Sotto questo profilo la funzione delle scienze sociali, il ruolo dello scienziato sociale non possono che logicamente desumersi dal carattere scientifico della conoscenza: se l'utilità delle scienze sociali consiste nel problematizzare la realtà oggetto di indagine e gli strumenti della conoscenza impiegati per indagarla, fornendo rappresentazioni alternative rispetto a quelle socialmente condivise di senso comune, allora la funzione dello scienziato sociale non può certamente consistere nella giustificazione ideologica di interventi finalizzati alla soddisfazione di interessi e scopi ascrivibili a mere élites di potere⁶³. Le scienze sociali, lo scienziato sociale, analizzati i processi d'azione e comunicazione sottesi ad ogni decisione, dopo aver fornito il proprio contributo conoscitivo quale strumento di sussidio professionale, lasceranno in ogni caso agli operatori politici la responsabilità delle relative determinazioni⁶⁴: trattandosi di una prerogativa che rientra nella

683-698; R. BOUDON, *Sociology That Really Matters*. in *European Sociological Review*, 18/2002; K.D. BAILEY, *Metodi della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995; P. CORBETTA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Il Mulino, Bologna, 1999.

⁶² R. TREVES (a cura di), *Sociologi e centri di potere in Italia*, Editori Laterza, Bari 1962; J. O'NEILL, *Sociology as a Skin Trade*, in *Essays towards a Reflexive Sociology*, Heinemann Educational, Londra, 1972; P. BOURDIEU, *Per un'antropologia riflessiva*, Trad. it. di D. ORATI, Bollati Boringhieri, Torino, 1992; H. STEINERT, *Symbolische Interaktion. Arbeiten zu einer reflexiven Soziologie*, Klett-Cotta, Stutgard, 1973; B.S. PHILLIPS, *Toward a Reflexive Sociology*, in *American Sociologist*, 2/1988; F. STEIER, *Research and Reflexivity*, Frederick Steier, Londra, 1991.

⁶³ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 436.

⁶⁴ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 438.

competenza del modello comportamentale di scelta politica. In questi termini la funzione delle scienze sociali, il ruolo dello scienziato sociale, per preservare a livello cognitivo il carattere di scientificità che gli sono propri, consiste nell'acquisire la consapevolezza degli effetti prodotti dai processi d'azione e comunicazione sociale, dalle forme di mediazione simbolica come sono le rappresentazioni sociali, individuali e collettive. Una presa di coscienza delle tensioni latenti e manifeste, degli effetti intenzionati, indiretti, perversi e non voluti, percepiti e intenzionalmente taciuti, comunque connessi all'esercizio del potere decisionale: l'obbiettivo delle scienze sociali, dello scienziato sociale consiste nel sensibilizzare le istituzioni e i centri di potere circa l'impatto, le disuguaglianze, le contraddizioni, in definitiva il conflitto che ogni intervento sociale, consumato o potenziale, può produrre o in effetti produce⁶⁵. Il divario sempre esistente tra dimensione prescrittiva e descrittiva induce a riflettere sulle difficoltà in cui incorrono le scienze sociali, lo scienziato sociale nello svolgimento della riferita funzione cognitiva: se è vero che l'attività scientifica non è mai avalutativa poiché correlata e in larga misura dipendente dagli interessi ideologici, politici, economici e sociali; vero è che le discipline sociali e lo scienziato sociale devono costantemente impegnarsi nel ricercare le soluzioni che garantiscano un elevato grado di autonomia e indipendenza rispetto ai condizionamenti interni o esterni cui sono esposti⁶⁶. Le scienze sociali, lo scienziato sociale devono riflettere in modo critico e autocritico, sulle conseguenze, sulle contraddizioni, sulle disuguaglianze prodotte non solo dalle forme di mediazione simbolica

⁶⁵ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 438; B. BILOTTA, (a cura di), *La giustizia alternativa*, Giappichelli, Torino, 1999; B. BILOTTA, (a cura di), *Forme di giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Giuffrè, Milano, 2008; B. BILOTTA, *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa*. In Vincenzo Tomeo, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Rubbettino. Soveria Mannelli, 2013. B. BILOTTA, (a cura di), *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁶⁶ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 438.

della realtà, ma anche dai processi d'azione sociale e comunicativa alla luce degli interessi e scopi perseguiti attraverso di esse. Se la complessità sociale rende cauto lo scienziato sociale nel fare previsioni specifiche, tuttavia fonda la previsione generale per cui disuguaglianze, contraddizioni e conflitti⁶⁷ seguiranno ad ogni processo d'azione e comunicazione sociale, ad ogni forma di mediazione simbolica della realtà: offrendo i criteri tanto per una elaborazione cosciente, per una enunciazione responsabile delle decisioni assunte, quanto per un controllo a ritroso e una revisione degli effetti prodotti. Si tratta di aspetti che se consentono di svolgere un'analisi dei processi d'azione sociale e comunicativa, dei processi di produzione e sviluppo delle forme di mediazione simbolica⁶⁸, allora permettono di individuare forme di conoscenza non scientifica strumentali alla soddisfazione di meri interessi e scopi di potere. Scienziato sociale è colui che mosso da un interesse conoscitivo non intende dimostrare di avere ragione (far valere scopi e interessi, propri o altrui, produrre determinati effetti piuttosto che altri), semmai raggiungere nuove forme di conoscenza, risultando attratto e sospinto da quei soli elementi (interessi, scopi e conseguenze) che invece di confermare le conoscenze acquisite sono in grado di disconfermarle, facendogli fare infinite nuove scoperte⁶⁹.

⁶⁷ B. BILOTTA, (a cura di), *La giustizia alternativa*, Giappichelli, Torino, 1999; B. BILOTTA, (a cura di), *Forme di giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Giuffrè, Milano, 2008; B. BILOTTA, *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa*. In Vincenzo Tomeo, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Rubbettino. Soveria Mannelli, 2013. B. BILOTTA, (a cura di), *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁶⁸ F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1994, 438.

⁶⁹ K.R. POPPER, *Postscript to the Logic of Scientific Discovery*, Totowa, Rowman & Littlefield, 1982-1983, trad. it. *Poscritto alla logica della scoperta scientifica*. I, II, III, Il Saggiatore, Milano, 1984.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

TOMMASO GRECO

Un boulevard per Lon Fuller

ABSTRACT- Starting from a recent writing on Lon Fuller by Andrea Porciello, in this essay I will explain some observations on the thought of Lon Fuller, underlining as for Fuller the notion of law is closely related to society. In such perspective, the concept of law may be entertained in an innovative way. It is freed from coercive force of the sanction, as happens in the positivistic tradition, because it takes place and it is perfected in the context of intersubjective relationships.

The aim of this work is to bring out Fuller as an author who "ends up" creating "a concept of law in which the concrete relations between individuals and the concrete objectives that they intend to pursue become central".

KEYWORDS – the concept of Law, society, social context

TOMMASO GREGO*

Un boulevard per Lon Fuller**

SOMMARIO: 1. Premessa- 2. Diritto e società- 3. Tra Essere e Dover esser: nei dintorni della certezza- 4. Forme di cooperazione nel diritto: la teoria della adjudication- 5. una visione orizzontale del diritto.

1. Premessa

Nel panorama della recente teoria del diritto merita di essere sottolineata quella che possiamo chiamare “operazione Lon Fuller” messa in atto da Andrea Porciello, «maggior specialista italiano»¹ del pensiero dell’Autore americano². Si tratta infatti di un’operazione meritoria per più ragioni: perché mette a disposizione del pubblico e dei ricercatori italiani, e in maniera non occasionale, alcuni scritti di uno studioso il cui nome è stato per troppo tempo legato esclusivamente a *La moralità del diritto* e che invece merita di essere conosciuto anche per le altre sue opere, la cui lettura ci restituisce un autore tra i più interessanti del XX secolo; ma

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l’Università di Pisa.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ M. BARBERIS, *Prefazione* a L. Fuller, *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, a cura di A. PORCIELLO, Ets, Pisa, 2016, 7. Si tratta di un’antologia che inaugura la collana “Filosofi e filosofie del diritto”, diretta da Aldo Schiavello e Vito Velluzzi.

² Oltre al lavoro monografico di Porciello, *Principi dell’ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla giurisprudenza di Lon L. Fuller*, Ets, Pisa, 2016 [d’ora in avanti POS], e all’antologia citata nella nota precedente, sono da vedere, sempre a cura dello studioso catanzarese, le seguenti edizioni delle opere di Fuller: *Il caso degli speleologi e alcuni nuovi punti di vista. Un approccio alla filosofia del diritto attraverso dieci pareri di fantasia*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2012; *Il diritto alla ricerca di se stesso*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2015.

soprattutto perché ci costringe (e ci aiuta) ad uscire da una stretta nella quale il pensiero teorico sul diritto sembra essere rinchiuso da qualche decennio, preso com'è da una linea di pensiero che, muovendo criticamente da “piazza Kelsen”, si è intrattenuto lungo un unico boulevard, attardandosi inizialmente intorno al monumento ad Herbert Hart, e successivamente intorno a quello, innalzato assai presto — e forse non senza qualche esagerazione³ — a Ronald Dworkin. Fuller ci permette di prendere percorsi inattesi e imprevisi; ci aiuta a porci questioni che altrimenti rimarrebbero sotterrate nel fondo del nostro consueto modo di ragionare sul diritto, e proprio per questo merita che gli si dedichi un apposito boulevard nella mappa urbanistica della teoria giuridica novecentesca, in maniera tale da svincolarlo, rendendolo autonomo, da quella stretta ‘mortale’ che lo unisce (considerandolo perdente) alla sua polemica con Hart⁴. «Se considerata nel suo complesso e nella corretta ottica», scrive Porciello, il pensiero di Fuller «costituisce una proposta giusfilosofica coerente e completa e non un insieme disomogeneo di tesi episodiche su aspetti parziali del fenomeno giuridico»⁵.

Un confronto con le tesi di Fuller, pertanto, non può che essere salutare, tanto più se siamo in grado di uscire dalle classificazioni consuete e capiamo, come sottolinea Mauro Barberis nella prefazione al volume di Porciello, che «per discutere seriamente un autore in carne e ossa, bisogna mettere da parte tutte le etichette e prendere più sul serio quanto ha da dirci»⁶.

³ Cfr. M. JORI, U. SCARPELLI E HART (*e qualcun altro*), in «Rivista di filosofia del diritto», 2012, 1, 79-90.

⁴ «Quasi — scrive Porciello — come se le idee di Fuller non fossero in grado di sprigionare luce propria, necessitando sempre di quella prodotta altrove» (*Principi dell'ordine sociale e libertà individuale*, op. cit., 13).

⁵ *Ibidem*.

⁶ BARBERIS, *Prefazione*, op. cit., 8. Questa, peraltro, vale a dire il fatto che Fuller non appartenesse a nessuna scuola e che il suo pensiero sfugga a qualsiasi tentativo di etichettamento concettuale, è la ragione che Porciello ritiene più plausibile per spiegare

In questo senso, mi pare decisiva e felice la scelta di leggere il pensiero di Fuller mettendo di lato, se pur non del tutto abbandonando, la dicotomia positivismo/giusnaturalismo, che pure rappresenta un quadro concettuale cui lo stesso Fuller fa spesso riferimento⁷, per cercare di cogliere le tesi principali di questo autore muovendo dal terreno che più di ogni altro può rappresentarne la base teorica: vale a dire il modo di leggere e impostare il rapporto tra diritto e società, che rappresenta la chiave di lettura privilegiata da Porciello nella sua monografia e che sembra in grado di dar conto al meglio della particolare prospettiva fulleriana.

2. Diritto e società

Si tratta di una questione che può sembrare “pre-teorica”, la quale però implica (o genera) una quantità notevole di assunzioni teoriche: su cosa sia il diritto, quali siano i suoi caratteri differenziali (se vi sono), quali i suoi confini, quali gli elementi che, dall’interno, contribuiscono a definirne non solo l’identità (momento statico) ma anche lo sviluppo (momento

l’obscurity di cui è stato vittima Fuller (POS, p. 17). Nondimeno, è da segnalare il tentativo dello stesso Porciello di includere Fuller in un contesto teorico più ampio, che è quello del “neocostituzionalismo”, di cui è argomentata, dallo stesso Porciello, la continuità con il “neogiusnaturalismo” (cfr. POS, 22 s). In particolare, viene sostenuto che la teoria di Dworkin sia fortemente debitrice delle tesi fulleriane, a dispetto della pressoché totale intenzione del primo di riconoscere i meriti del suo predecessore (cfr. POS, 179 ss).

⁷ È questo, com’è noto, il quadro concettuale dentro il quale tradizionalmente è stato collocato il pensiero di Fuller. Cfr. ad es. CH. COVELL, *The Defence of Natural Law. A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, St. Martin’s Press, New York 1992. Ma su questa idea si muove sostanzialmente, concentrata com’è sul dibattito con Hart, anche la monografia di K. RUNDLE, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Or) 2012. Questo è tradizionalmente il posto riservato a Fuller nella manualistica di filosofia del diritto: cfr. C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Laterza, Roma-Bari 2002, 24 s.; A. SCHIAVELLO-V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2005.

dinamico). Mi pare di poter dire, in sintesi, che per Fuller il modo di intendere il rapporto tra diritto e società costituisce la prima assunzione teorica che la scienza giuridica è chiamata a fare, da cui le altre discendono quasi meccanicamente.

La prima cosa da sottolineare, dunque, è che per l'autore americano il rapporto tra diritto e società non è qualcosa che possa essere appaltato alla sociologia del diritto ma è pienamente interno alle questioni di teoria del diritto. E in effetti, i principali concetti giuridici di cui Fuller tratta nei suoi scritti, anche in quelli più rivolti verso la pratica del diritto, sono forgiati dal loro essere esposti verso la società: basti pensare al modo in cui egli imposta la questione della certezza, oppure ai caratteri che egli attribuisce alla *adjudication* (questioni sulle quali tornerò più avanti).

In uno scritto del 1936 dedicato al realismo giuridico americano, Fuller affronta specificamente e direttamente la questione del rapporto tra diritto e società, evidenziando l'esistenza di due atteggiamenti contrapposti, a seconda che si privilegi ora l'uno ora l'altro elemento: da un lato, c'è chi considera il diritto come elemento che forgia la società — vedi i giuristi che «concepiscono la società come semplice argilla nelle mani del 'diritto'»⁸—; dall'altro lato, chi considera la società pienamente autonoma nel risolvere conflitti e nel soddisfare le esigenze normative della vita, venendo a rappresentare il diritto una mera funzione della società, o addirittura un mero riproduttore delle regolarità sociali, la cui conoscenza sarebbe il primo compito degli studiosi di cose giuridiche.

Per Fuller, questi sono «due modi estremi», che si completano nei loro difetti, ma che non offrono una soluzione adeguata. La relazione tra diritto e società è, per lui, sempre biunivoca, «fatta di mutue azioni e reazioni. Nel rapporto tra diritto e società nessun elemento è interamente determinante e nessuno è del tutto determinato»⁹. «Possiamo paragonare il diritto e la

⁸ L. FULLER, *American Legal Realism* (1936); tr. it. in Id., *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 58

⁹ *Ivi*, 59

società — dice Fuller — alle due lame di un paio di forbici: se guardiamo ad una sola lama è facile credere che essa sia idonea da sola ad effettuare il taglio [...] Possiamo evitare tutte queste complicazioni semplicemente riconoscendo che entrambe le lame sono in grado di tagliare, e che per tagliare l'una ha bisogno dell'altra»¹⁰.

Ciò significa che il diritto non si conforma semplicemente agli usi e alle regolarità sociali (non servirebbe a nulla in tal caso), ma anzi spesso «li forgi[a] e li controll[a]»¹¹. Ma nemmeno significa che il diritto possa forgiare la società a suo piacimento: «il diritto deve sempre soppesare i vantaggi derivanti dal conformarsi alla vita e quelli derivanti dal rimodellare e dal chiarificare la vita, tenendo sempre a mente che i suoi tentativi di ridar forma alla vita possono fallire, o possono costare più di quanto essi conseguono»¹².

A questo riguardo, mi pare si possano avanzare due considerazioni, a partire dalla trattazione di Fuller. La prima è che, per l'autore americano, il rapporto tra diritto e società, pur rappresentando «una delle 'eterne questioni del diritto'»¹³ — e anzi, proprio per questo — ha una ineliminabile dimensione storica che dovrebbe spingere chiunque, nel delineare le proprie posizioni, a confrontarsi teoricamente con le posizioni di chi in passato ha già detto cose importanti su questi temi¹⁴. Fuller ad esempio rimprovera Llewellyn di non aver elaborato le sue idee a confronto con quelle di chi lo aveva preceduto riflettendo sugli stessi temi; un atteggiamento contrario, e altrettanto disdicevole per Fuller, di quello messo in atto da coloro che citano gli altri autori per puro esibizionismo intellettuale e non per mettere in atto un serrato confronto teorico. La questione non è meramente 'accademica'. “Fare i conti” con chi ci ha

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ivi*, 68.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ivi*, 60.

¹⁴ *Ivi*, 55.

preceduto non è nemmeno solo un modo per rendere giustizia a chi prima di noi ha riflettuto sulle tematiche di cui ci occupiamo; ma è un modo quanto meno — tralasciando molti altri aspetti¹⁵ — per affinare meglio la propria proposta teorica.

La seconda considerazione è che, se si tratta davvero di una “eterna questione del diritto”, come Fuller giustamente ritiene, bisogna allora uscire da considerazioni che appaiono generiche o al massimo ‘prudenziali’, come sono quelle più sopra ricordate, e cercare di cavarne qualche elemento teorico-strutturale. Perché in effetti, posta la questione del rapporto tra diritto e società come questione ‘ontologica’ (e non meramente fenomenica) della vita giuridica le conseguenze teoriche non tardano a manifestarsi. Mi soffermerò esclusivamente, e a mero titolo di esempio, su due di queste presenti nell’antologia di scritti curata da Porciello, che hanno a che fare, la prima, con il tema della certezza — e quindi della scrittura, dell’applicazione e dell’interpretazione del diritto —, e la seconda con il tema della natura stessa del diritto, a partire da una questione che sembra specifica (e non lo è) come quella della *adjudication*. Concluderò riprendendo gli spunti offerti da Porciello nella sua monografia in ordine all’interpretazione complessiva del pensiero fulleriano.

3. *Tra Essere e Dover essere: nei dintorni della certezza*

Dev’esser chiaro, innanzi tutto — e su questo Porciello insiste moltissimo nel suo lavoro¹⁶ — che impostare il rapporto tra diritto e società

¹⁵ Per una trattazione ‘analitica’ delle diverse ragioni che militano a favore di un approccio storico alla filosofia del diritto mi limito a rinviare a A. PEREZ LUÑO, *La storia della filosofia del diritto e il suo significato attuale*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2016, n. 1, 165-186; nonché a E. RIPEPE, *Introduzione* a G. Carmignani, *Storia della origine e dei progressi della filosofia del diritto*, a cura di E. Rippepe, Plus, Pisa, 2005.

¹⁶ Cfr. A. PORCIELLO, *POS*, 59 ss. «Fin dall’inizio del suo percorso di ricerca Fuller ha intuito che se non si può essere giuspositivisti senza credere ciecamente nella separazione

in termini strutturali vuol dire mettere in questione, nientemeno, la distinzione tra *essere* e *dover essere*. Se diritto e società si determinano reciprocamente, come Fuller sostiene, ciò significa che le due sfere non possono essere separate nettamente e una volta per tutte. Perciò, ogni tentativo di affermare questa separazione genera una mutilazione che condanna le teorie giuridiche all'insuccesso. Come sappiamo bene, la teoria positivista fa della distinzione tra essere e dover essere del diritto non solo uno dei suoi punti determinanti, ma il punto di appoggio di tutto il lavoro dello scienziato del diritto. Un conto è il diritto "come è", altro conto il diritto "come deve essere". Il che significa che un conto è lo studio scientifico del diritto (quello che Bentham chiamava giurisprudenza espositiva), altro conto la politica del diritto (definita da Bentham giurisprudenza censoria). La questione non è puramente metodologica, anche se ha un valore immediato proprio su questo piano, se non altro perché si tratta di superare la convinzione che il lavoro del giurista possa mai essere puramente 'descrittivo'¹⁷. E non è una questione puramente metodologica perché ha appunto a che fare con la natura del diritto, con il suo essere che non può mai svincolarsi del tutto dal suo dover essere. Come spiega Porciello, questa convinzione deriva dal fatto che, per Fuller, «qualunque attività che richieda l'impiego di energie umane finalizzate alla realizzazione di un determinato valore, e dunque il diritto innanzitutto, necessariamente presuppone ed al contempo genera una sovrapposizione di questi due piani, tale da rendere impossibile la fissazione di un punto esatto in cui finisce l'essere e inizia il dover essere»¹⁸.

Si pensi, per fare un solo esempio tra quelli riportati da Fuller, al positivismo giuridico e allo stretto legame della sua opzione formalistica

tra essere e dover essere, allo stesso modo non si può essere antipositivisti senza avversare tale dicotomia».

¹⁷ Rinvio, su questo punto, a T. GRECO, *Può esistere una metagiurisprudenza descrittiva? Ancora su Del diritto inesistente di Mario Jori*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 2013, 791-807.

¹⁸ A. PORCIELLO, *POS*, 59-60.

con l'idea della pace e dell'ordine. Se davvero il positivismo perseguisse pace e ordine, come sostiene quando afferma che questo è il fine 'minimo' del diritto, allora non dovrebbe affatto disinteressarsi del contenuto materiale delle norme, anzi dovrebbe addirittura preoccuparsene in modo prioritario: «se il positivismo iniziasse a guardare alle norme alla luce della loro bontà, presto si troverebbe immerso in una realtà fluida e in movimento in cui è impossibile preservare una distinzione tra ciò che è e ciò che dovrebbe essere»¹⁹.

Il discorso sulla certezza del diritto va ricostruito pertanto in questo quadro più ampio, tenendo presente la tendenza di Fuller a cercare la conciliazione là dove il positivismo giuridico cerca la distinzione e la contrapposizione; e sottolineando, ancora una volta, che il tentativo di superare le classiche dicotomie della teoria giuspositivistica — come quelle tra fatto e valore, e quella tra mezzi e fini, sulle quali pure Porciello si sofferma — non sembra tanto il frutto di una impostazione metodologica, quanto piuttosto l'esito di una netta opzione teorica, che produce poi anche il suo metodo²⁰.

Proprio la questione della certezza — questione centrale del discorso giuridico, anzi dell'ideologia, e direi della civiltà giuridica in generale — fa emergere in maniera chiara le opzioni teoriche di Fuller. Il filosofo americano è convinto infatti che il modo in cui il positivismo tradizionale ha perseguito questo valore abbia finito per metterlo costantemente in crisi. La ricerca ossessiva della certezza, in altre parole, avrebbe prodotto esiti involontari e opposti, producendo piuttosto una maggiore incertezza.

¹⁹ L. FULLER, *The Law in Quest of Itself* (1940), tr. it. *Il diritto alla ricerca di sé stesso*, op. cit., 99-100.

²⁰ Cfr. A. PORCIELLO, *POS*, op. cit., 32, il quale però sembra propendere per una priorità del piano metodologico, almeno nella prima fase del percorso fulleriano. Sulla inscindibilità della questione metodologica da quella teorica, e soprattutto sulla dipendenza della prima dalla seconda, piuttosto che della seconda dalla prima, rinvio alle pagine, a mio parere definitive, di U. SCARPELLI, *Cosè il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, 39 ss. (cap. V).

Molto interessante appare la metafora utilizzata da Fuller per rendere evidente questo paradosso. L'aver limitato l'orizzonte del decisore (il giudice) a ciò che è giuridicamente e formalmente valido equivale ad aver rinchiuso un animale in un recinto troppo piccolo. Ciò costringe il giudice a servirsi spesso di elementi a-tecnici che però non può esibire e che quindi non sono prevedibili: ecco l'incertezza che nasce dal concepire in maniera troppo ristretta le condizioni che dovrebbero produrre la certezza²¹. Secondo Fuller, invece, c'è bisogno di garantire «una più ampia area di pascolo anche per i giudici», il che significa che essi devono poter ricorrere a considerazioni non formalmente giuridiche, di cui devono essere pronti a dar conto pubblicamente, cosa che garantirebbe una certezza maggiore rispetto alla situazione nella quale il giudice è costretto a nascondere alcuni degli argomenti che lo conducono alla decisione²². Da questo punto di vista, Fuller riconosce il merito del realismo di «aver esteso l'ambito del giuridicamente rilevante e di aver attribuito alle considerazioni “extra-giuridiche” una qualche rispettabilità»²³.

Va forse sottolineato che qui non si tratta di perseguire una “certezza a lungo termine” di natura giurisprudenziale da contrapporre ad una “certezza a breve termine” di natura legislativa, per citare la nota distinzione proposta da Bruno Leoni nel suo volume *La libertà e la legge*²⁴. Si tratta piuttosto di allargare i riferimenti ai quali i giudici possono attingere per le loro decisioni, facendo sì che essi possano trovarli in ciò che sta fuori del diritto formalmente valido. Non, però, come vorrebbero i realisti (almeno nella lettura di Fuller) compiendo l'errore di schiacciare il diritto sulle regolarità sociali, bensì semplicemente assumendo in pieno l'impossibilità di demarcare una volta per tutte e

²¹ L. FULLER, *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 42.

²² *Ibidem*.

²³ L. FULLER, *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 39.

²⁴ Cfr. B. LEONI, *La libertà e la legge* (1961), introduzione di R. Cubeddu, Liberilibri, Macerata 1995, 87 ss. Sul rapporto tra Fuller e Leoni tornerò più avanti in queste pagine.

nettamente ciò che sta al di là della linea del diritto. È un errore grave, per Fuller, «supporre che siccome è possibile asserire che il *Punto A* è a nord del *Punto B* da ciò deve seguire che esista una linea di demarcazione al di là della quale tutto è nord, e sotto la quale tutto è sud»²⁵.

Un discorso come questo fa dunque emergere come diritto e società *debbano* dialogare costantemente, perché *non possono* fare diversamente. Si può dire che il diritto non può mai essere un orto recintato da dighe di cemento armato perché il linguaggio che esso utilizza non può impedire a ciò che sta fuori dal recinto di entrare continuamente: «per ogni parola giuridica che sia stata capace di sgravare se stessa dal peso della propria connotazione extra-giuridica, ne esistono dieci che introducono nel diritto un gran numero di associazioni non giuridiche»²⁶. E ancora: «i fatti giuridici differiscono dai fatti extra-giuridici in quanto i loro confini sono in genere meno certi»²⁷.

Questi assunti permettono altresì di inquadrare adeguatamente il discorso fulleriano relativo alla convivenza nel diritto di razionalità e discrezionalità, teso a sostenere convintamente che i due aspetti sono entrambi inevitabilmente presenti in ogni momento della vita giuridica²⁸. Richiamare questo punto particolare ci serve, di nuovo, per ricondurre anche questa dicotomia al rapporto tra diritto e società. Se, infatti, il diritto tende weberianamente ad essere sempre più razionale, e quindi a parlare il più possibile “con la voce del diritto”, cioè richiamando altro diritto, quello

²⁵ L. FULLER, *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 77.

²⁶ *Ivi*, 125.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Sul punto, cfr. A. PORCIELLO, *POS*, 73 ss. Il tema è ovviamente un luogo classico della riflessione giuridica e filosofico-giuridica. Per una trattazione recente, cfr. B. PASTORE, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013.

che Fuller chiama il «flusso fangoso»²⁹ della società ci ricorda che quella razionalizzazione non può mai essere completa, e che dunque sempre ci saranno, nella decisione giuridica, elementi che non sono completamente riconducibili a precedenti elementi giuridici. La presenza della discrezionalità nel diritto — almeno quella fisiologica — è determinata esattamente dalla necessità di tener conto di quel flusso continuo e sempre nuovo rappresentato dalle dinamiche sociali. Solo che questa discrezionalità non può mai trasformarsi in arbitrio, ma anzi deve trasformarsi in ragione, come dimostra proprio la teoria fulleriana della *adjudication*.

4. Forme di cooperazione nel diritto: la teoria della adjudication

Il Weber appena citato a proposito della razionalità nel diritto va menzionato nuovamente a proposito della *adjudication*, dal momento che quella che Fuller ci presenta è una *adjudication* come tipo ideale. Infatti, «se non esistesse una “*adjudication* ideale” sarebbe impossibile distinguere gli usi e gli abusi di una qualunque *adjudication*»³⁰.

A proposito di questa particolare teoria fulleriana va evidenziato innanzitutto che la *adjudication* viene presentata e collocata insieme ad altre due forme tipiche di organizzazione sociale, che Fuller chiama «organizzazione secondo obiettivi comuni» e «organizzazione secondo reciprocità». È interessante cioè che egli la consideri come una forma di organizzazione sociale e non come una procedura tecnica o ‘neutra’. In altre parole, l'*adjudication* è uno dei modi attraverso i quali una società dà ‘ordine’ ai rapporti tra gli individui. Ma se è così, allora se ne deve concludere che tutte le forme di organizzazione sociale rilevate da Fuller

²⁹ «La vita resiste ai nostri tentativi tesi ad assoggettarla a delle regole: il flusso fangoso dell'essere straripa in modo sprezzante al di là delle barriere che il nostro dover essere tenta di porre» (Fuller, *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 69).

³⁰ L. FULLER, *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 181.

implicano una qualche forma di cooperazione. Se questo appare scontato per l'organizzazione basata sul perseguimento di obiettivi comuni, così come per l'organizzazione basata sulla reciprocità (e a questo proposito si può giusto ricordare come Fuller eviti di identificare le prime con l'atteggiamento altruistico e le seconde con quello egoistico, facendo vedere come questi due atteggiamenti siano sempre compresenti nelle azioni umane), meno scontato può essere invece parlare di cooperazione a proposito della *adjudication*, in quanto questa forma di organizzazione — il cui tratto caratteristico è tradizionalmente considerato quello della presenza di un Terzo decisore sopra le parti — sembra rinviare piuttosto ad atteggiamenti di tipo non-cooperativo. L'originalità di Fuller invece è di individuare proprio nella cooperazione tra il giudice/arbitro e le parti il nucleo essenziale di questa forma di organizzazione sociale: «la caratteristica distintiva della *adjudication* [sta] nel fatto che essa conferisce alla parte coinvolta una particolare forma di partecipazione alla decisione, consistente nel presentare prove ed argomenti razionali al fine di ottenere una decisione in proprio favore»³¹.

Naturalmente, in questo caso si tratta di una cooperazione particolare, che la differenzia da tutte le altre: è una cooperazione basata sulla possibilità di argomentare razionalmente — e di trovare ascolto adeguato — a favore delle proprie ragioni. Proprio per questo, l'*adjudication* è particolarmente adatta a supportare le pretese e le richieste di tutela dei diritti, che non possono non essere fondate su 'ragioni'³².

È importante rilevare, in ogni caso, che anche gli argomenti delle parti, allo stesso modo di come avveniva per le argomentazioni dei giudici, per quanto debbano essere puntualmente sostenuti da elementi giuridici, non possono non portare la società dentro il diritto, dal momento che «la *adjudication* è uno strumento che dà formale e istituzionale espressione

³¹ *Ivi*, 190.

³² L. FULLER in maniera piuttosto originale definisce i diritti come «richieste fondate su un principio», *Scritti sulla certezza...*, *op. cit.*, 195.

all'influenza che gli argomenti motivati hanno nelle questioni umane»³³. Di nuovo, razionalità e discrezionalità si sommano e si armonizzano, mostrando non solo quanto esse siano sempre compresenti, e soprattutto quanto sia impossibile tenere nettamente separato il discorso giuridico dalla società nella quale esso si inserisce e per la quale esso viene elaborato. Volendo utilizzare una battuta, possiamo dire che per un autore come Fuller la porta della legge è sempre aperta e non può mai essere chiusa.

Se mai, va colto un aspetto — un limite — della *adjudication*, il quale non solo ci riporta al tema generale da cui siamo partiti, ma ci permette di cogliere il nucleo fondamentale del lavoro teorico del giurista americano. Il fatto che secondo Fuller questa forma di cooperazione/organizzazione non sia adatta per tutti i contesti³⁴, ci suggerisce infatti di tornare con la nostra attenzione al tema del rapporto tra diritto e società, e quindi della natura e della funzione del diritto, sul quale Fuller può manifestare pienamente l'originalità del proprio pensiero.

5. Una visione orizzontale del diritto

Uno dei meriti della monografia di Porciello è di aver ricostruito il dibattito sul pensiero di Fuller evidenziando come esso sia stato sacrificato dal modo riduttivo col quale ad esso ci si è approcciati. Aver considerato Fuller semplicemente come l'autore che aveva discusso con Hart sul rapporto tra diritto e morale ha impedito di vedere il nucleo fondamentale del pensiero fulleriano. Mentre invece proprio il ricostruire, o dissotterrare

³³ L. FULLER, *Ivi*, 192.

³⁴ «Laddove il successo di un'associazione umana dipenda dalla collaborazione spontanea e informale, adeguando le proprie forme al compito che essa si è assunta, in tal caso la *adjudication* è fuori posto [...] Determinati tipi di relazioni umane non costituiscono un appropriato materiale grezzo per un processo di decisione istituzionalmente impegnato ad agire sulla base di argomenti motivati» (*ivi*, p. 196-7).

questo nucleo, può permettere di intendere correttamente le posizioni difese da Fuller in quella famosa polemica.

La via più corretta per ricostruire il pensiero fulleriano appare dunque quella che pone al centro il concetto di *eunomics*, che non è solo un modo per comprendere (genericamente) «la legge, la teoria o lo studio del buon ordine sociale e degli assetti sociali praticabili»³⁵, ma è soprattutto lo strumento teorico capace di dar conto (in maniera più specifica) del fatto che il diritto è costitutivamente collegato alla relazionalità degli uomini e alla fisiologia dei loro rapporti. Il che significa, per essere più chiari, che esso non può essere ridotto, come avviene nella tradizione positivista, a un fenomeno normativo collegato essenzialmente al fenomeno della coazione e della regolamentazione della forza. Porciello mette bene in evidenza come Fuller, allo stesso modo di altri critici del positivismo, si trovi a insistere sul fatto che il diritto trovi «la propria ragion d'essere nell'accettazione da parte dei suoi destinatari: un'accettazione, beninteso, che non viene motivata dalla paura della sanzione, ma dalla presenza di ragioni»³⁶; e mette altrettanto bene in evidenza come questo significhi avere del diritto una immagine ben diversa rispetto a quella imperativistica: «il diritto non ha la funzione d'imporre dall'alto modelli comportamentali scelti in sede politica, ha bensì innanzitutto la funzione di rendere disponibili forme organizzative per razionalizzare relazioni interindividuali che già esistono»³⁷. Un'idea del diritto che si può definire *orizzontale*³⁸, e che non solo si distingue, ma direi si contrappone a quella *verticale* del positivismo giuridico.

³⁵ A. PORCIELLO, *POS*, *op. cit.*, 77.

³⁶ *Ivi*, 78.

³⁷ *Ivi*, 82.

³⁸ Così la definisce anche Porciello: *ibid.* È un punto che personalmente ritengo centrale: cfr. T. GRECO, *Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità del diritto*, in «Teoria e critica della regolazione sociale», 2014, 9-26; *Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del derecho*, in «*Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*», 2016 (14), 109-132.

Ora, dire che il diritto non può essere definito dal suo momento patologico, quello appunto dell'intervento della sanzione e dell'apparato sanzionatorio e giurisdizionale, ma deve essere colto muovendo dalla sua fisiologia, cioè dal ruolo che esso svolge nel contesto delle relazioni intersoggettive, vuol dire collocare al centro della teoria giuridica tutta una serie di concetti che la teoria giuridica preferisce invece mettere da parte: ad esempio, il concetto di cooperazione, di reciprocità, di fiducia, e persino quello di libertà. Ora, se in base a quest'ultimo può essere interessante — come fa Porciello — cogliere la vicinanza del pensiero di Fuller a quello di autori libertari come Hayek o Leoni³⁹, in base a quelli precedenti credo che invece se ne allontani, nel momento in cui la prospettiva di Fuller appare appunto centrata sulla cooperazione, là dove quella di un autore come Leoni appare invece centrata piuttosto sulla competizione e sulla pretesa⁴⁰. In altre parole, mentre la prospettiva di Fuller rinvia ad «aspettative di reciprocità» che si fondano sulla credenza nella cooperazione e nella fiducia, e dunque rinviano a un sistema di diritti e di obblighi autonomamente assunti, la prospettiva di Leoni mi sembra rinvii piuttosto a un sistema di aspettative che ha il proprio reciproco, e dunque la propria garanzia, solo nella pretesa altrui. Ciò che non può non sfociare in una rinnovata visione verticale della società e dunque del diritto. Come ha giustamente notato, anche qui, Mauro Barberis, la teoria del diritto-pretesa «riesce a fare a meno della coercizione solo al prezzo di occultarla»⁴¹.

Ad ogni modo, l'esito più importante di questa "operazione-Fuller" mi pare sia da individuare nel fatto che essa fa emergere Fuller come un autore che «finisce col "creare" un concetto di diritto assai differente, ed in cui divengono centrali le concrete relazioni tra gli individui ed i concreti

³⁹ A. PORCIELLO, *POS*, *op. cit.*, 89 ss.

⁴⁰ Cfr. B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, a cura di A. Masala, Liberilibri, Macerata 2004.

⁴¹ M. BARBERIS, *Introduzione a Leoni, Il diritto come pretesa*, *op. cit.*, p. XXXII.

obiettivi che essi intendono perseguire»⁴². Ne deriva un concetto di diritto «concepito alla stregua di un circolo virtuoso fatto d'interazioni reciproche, di rimandi continui dalla sfera morale a quella giuridica e viceversa»⁴³, nel quale il diritto perde la sua purezza e la morale riafferma il suo legame intimo con il funzionamento dell'ordine giuridico.

Sui rapporti tra diritto e morale si apre ovviamente il campo del Fuller più conosciuto e studiato, ma si tratta di un campo che va ora letto nel contesto più complessivo del pensiero di Fuller, che permette di sottrarre questo autore, come si diceva all'inizio, alla lettura tradizionale che ne ha fatto un giusnaturalista, sebbene *sui generis*⁴⁴. Discutendo il testo più noto dell'autore americano, e in particolare la natura dei criteri che costituiscono la *Inner Morality of Law*, Porciello avanza l'ipotesi, condivisa pure da altri autori che si sono occupati recentemente del pensiero fulleriano, che la moralità interna del diritto sia dotata di una propria moralità in quanto «rimanda alla concezione dell'uomo come agente responsabile»⁴⁵. Ma se così è, forse non è del tutto corretto continuare a considerare i criteri della morale interna del diritto come «regole costitutive di natura procedurale»⁴⁶. Se infatti essi costringono il legislatore e i giudici a trattare gli uomini come fini e non come mezzi, cioè come agenti responsabili, allora non può concludersi che i criteri non incidano sui contenuti del diritto. Se essi servono per «instaurare rapporti che sono rispettosi della dignità e della libertà dei suoi partecipanti»⁴⁷, ciò significa che incidono sul *cosa* e non soltanto sul *come*.

⁴² A. PORCIELLO, *POS*, *op. cit.*, 100.

⁴³ *Ivi*, 102.

⁴⁴ Cfr. B. BIX, *Jurisprudence: Theory & Context*, Carolina Academic Press, 2015; tr. it. *Teoria del diritto. Idee e contesti*, a cura di A. PORCIELLO, Giappichelli, Torino 2016, 109 ss.

⁴⁵ A. CALLEGARI, *Liberalismo, Rule of Law, diritto nel pensiero di Lon Fuller*, Aracne, Roma 2013, 147; citato da Porciello, *POS*, *op. cit.*, 144.

⁴⁶ A. PORCIELLO, *POS*, *op. cit.*, 151.

⁴⁷ *Ivi*, 154.

Insomma, e per concludere, Fuller rappresenta certamente un autore *a sé*, che deve essere ancora meditato e discusso, e che perciò merita un'attenzione maggiore rispetto a quella che gli si è rivolta sino ad ora. Una attenzione motivata anche dal fatto che nel suo pensiero possono essere rintracciati molti elementi presenti nelle teorie giuridiche contemporanee – in particolare nel pensiero di Dworkin e di Alexy – e di cui Porciello dà conto ampiamente nell'ultimo capitolo del suo lavoro monografico (tanto che forse questo lavoro avrebbe potuto legittimamente, per certi versi, rinviare *Alle origini del neocostituzionalismo* almeno nel suo sottotitolo).



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

JESSICA MAZZUCA

Sulla responsabilità penale del medico tra linee guida e gradi della colpa: le prime conclusioni delle Sezioni Unite dopo la Legge Gelli-Bianco

Abstract- In this essay, we want to tackle the issue of the criminal liability of the doctor in the light of recent interventions of the jurisprudence of legitimacy with respect to the current regulations and the previous law Balduzzi. Well, in the opinion of the judges of legitimacy, the solution offered by the Legislator, in the new regulatory landscape, appears to be appreciable, as it offers safe areas of health care, without granting exemption of responsibility for the careless or negligent doctor, or if he was wrong serious.

Keywords- medical responsibility of penalty, “official” guidelines, cause of non-punibility



JESSICA MAZZUCA*

**Sulla responsabilità penale del medico tra linee guida e gradi
della colpa: le prime conclusioni della Suprema Corte di
Cassazione dopo la Legge Gelli-Bianco****

SOMMARIO: 1. *Questioni preliminari* - 2. *L'evoluzione normativa: dalla Legge Balduzzi agli effetti della Legge Gelli-Bianco* - 3. *Le questioni giurisprudenziali "sul tappeto": la ricostruzione giuridica alla luce delle pronunce Tarabori-De Luca e Cavazza* - 4. *Le conclusioni delle Sezioni Unite* -5. *Osservazioni conclusive*

1. Questioni preliminari

Nel corso degli ultimi anni, nell'accertamento della responsabilità professionale del medico nell'esercizio delle sue funzioni, il rilievo da ascrivere tanto alle cosiddette "linee guida" quanto al ruolo della colpa professionale (o speciale) nelle sue diverse declinazioni, è apparso in giurisprudenza tutt'altro che pacifico, legittimando, peraltro, un duplice e significativo intervento del Legislatore nel volgere di un quinquennio, non scevro di profili problematici. Prima di soffermarci sull'attuale quadro normativo, segnato dalla portata della novità recata dalla recente introduzione dell'art. 590sexies c.p. ad opera della L. 24/2017, nota come Legge Gelli-Bianco, giova ripercorrere i tradizionali termini della questione, per come delineatisi in giurisprudenza a partire dagli anni ottanta e poi, nella vigenza della Legge Balduzzi n. 189/2012.

In via preliminare, per ciò che riguarda i connotati della responsabilità colposa distinti da quella dolosa, la recente giurisprudenza di legittimità ha chiarito che si tratta di una forma di colpevolezza che non si estende a tutti gli eventi conseguenti alla violazione di una prescrizione, ma è limitata agli

* Docente a contratto in Filosofia Politica-Legal English and Political Approach, Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

esiti che la regola violata mirava ad evitare¹. Tali regole devono essere obiettive ed essere identificate secondo criteri di prevedibilità ed evitabilità. Essenziale diviene, quindi, individuare la regola specifica posta a presidio della verifica di un evento altrettanto specifico, alla luce delle conoscenze che al tempo di creazione della regola, permettevano di individuare il nesso causale tra regola violata e evento. E, altrettanto, importante è l'evitabilità dell'evento, cioè che il comportamento dell'agente sia in grado di scongiurare il danno. Tali coordinate della colpa, pur essendo destinate ad atteggiarsi con sfumature diverse, a secondo dei contesti e delle diverse regole imposte, ne rappresentano, in ogni caso, il nucleo costitutivo, giacché racchiudono i tratti tipici del rimprovero che fonda l'affermazione di responsabilità².

Ebbene, nel contesto della colpa medica noto è che venga in rilievo la nozione di colpa speciale o professionale, contrapposta alla colpa cosiddetta comune. La differenza è, invero, legata esclusivamente all'ambito applicativo. Se, infatti la colpa comune concerne attività lecite perché non vietate, sicché il soggetto è tenuto ad astenersi dall'adottare una determinata condotta pericolosa, atteso che l'ordinamento in tali casi non ammette che si sia corso alcun rischio. Diversamente, la colpa professionale consiste nel superamento del rischio consentito, riguardante le situazioni in cui il soggetto pone in essere un'attività utile sul piano sociale e, in quanto tale ammessa dall'ordinamento, ad onta della sua

¹ Sul punto, si veda Cass. Sez. U., sentenza n. 38343 del 24/04/2014 Espenhahn

² In proposito, fondamentale l'insegnamento di Cass., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, Cantore: *“Sebbene la colpa specifica costituisca la forma più evoluta e determinata d'imputazione, della colpa generica, pur il suo inevitabile carico di preoccupante vaghezza, non è proprio possibile fare a meno. Essa è parte vitale, ma per certi versi inquietante dell'illecito colposo. Con la colpa generica dobbiamo in qualche modo fare i conti, perché è illusorio pensare che ogni contesto rischioso possa trovare il suo compiuto governo in regole precostituite e ben fondate, aggiornate, appaganti rispetto alle esigenze di tutela”*.



pericolosità. Una peculiarità quest'ultima, che attiene sicuramente alla sfera dell'attività professionale del medico.

Entro questa cornice teorica, per lungo tempo la giurisprudenza nel tentativo di individuare le regole che avrebbero dovuto presiedere all'accertamento della colpa medica e, in omaggio al principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico, per cui uno stesso comportamento non può essere ad un tempo civilmente lecito e penalmente illecito, ha inteso prendere le mosse dalla normativa civilistica in tema di professioni intellettuali, rapportabili anche all'attività medica, come disciplinati agli articoli 1176, co.2 e 2236 c.c. Sulla scorta di tali dati normativi, è di tutta evidenza che la giurisprudenza intendeva limitare la responsabilità del medico, rispetto ai delitti di omicidio colposo e di lesione colpose, alle sole ipotesi di colpa grave sussistenti, in conformità a quanto previsto dalla normativa civilistica, in riferimento alla prestazioni professionali comportanti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

In tale ambito ricostruttivo, la colpa del medico doveva, quindi, essere valutata dal giudice solo nel caso di imperizia, cioè in presenza di grossolana violazione delle più elementari regole cautelari dell'arte medica ovvero, in presenza di un errore inescusabile. Diversamente, in ipotesi di negligenza e di imprudenza, si riteneva che la valutazione dell'attività del medico dovesse essere improntata ai criteri di normale severità.

Una conclusione su cui, tra l'altro, non è tardato ad arrivare l'intervento della Corte costituzionale, la quale ha ritenuto ragionevole l'apprezzamento della colpa in termini di gravità, tutte le volte in cui venga in rilievo un errore professionale, cioè derivante da imperizia, non quando vi sia mancanza di prudenza o di diligenza³.

³ Con sentenza n. 166 del 28 novembre 1973, la Corte costituzionale ha chiarito che *“la disciplina in tema di responsabilità penale non prescinde dal criterio stabilito dall'art. 2236 c.c. per l'esercente la professione intellettuale, quando la prestazione implichi problemi tecnici di speciale difficoltà, giacché ciò è il riflesso del principio sistematico dettato da due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente (e del paziente) nell'ipotesi di insuccesso e*

Tale indirizzo è stato, tuttavia, messo in discussione dalla successiva giurisprudenza di legittimità la quale, stante la completezza dell'apparato normativo penale, ha affermato che nella materia devono trovare applicazione soltanto gli ordinari criteri di valutazione della colpa di cui all'art. 43 c.p., in base al parametro obiettivo dell'agente modello. Dunque, per ascrivere un fatto di reato a titolo di colpa è necessario che sia stata accertata la violazione di una regola precauzionale che impone un dovere di diligenza, ma anche che l'osservanza del suo contenuto fosse realmente rimproverabile, ossia esigibile dal soggetto agente in base al parametro dell'uomo medio.

La giurisprudenza di legittimità ha, inoltre, rimarcato sul piano tecnico che data la natura eccezionale dell'art. 2236 c.c. rispetto ai principi regolanti la materia dell'inadempimento contrattuale, non sarebbe stata ammissibile neanche una sua interpretazione per via analogica, al punto da riconoscerne l'efficacia in campo penale. Senza contare che nel diritto penale il grado della colpa opera come criterio per la determinazione della pena (art. 133 c.p.) o come circostanza aggravante (art. 61, n. 3 c.p.), non anche per determinare l'*an* della sussistenza dell'elemento psicologico del reato. Nondimeno, la stessa giurisprudenza non si sottrae dall'assumere il canone di valutazione dell'art. 2236 c.c. come criterio da ascrivere al giudice penale, allorquando sia chiamato ad esaminare la condotta tenuta dal medico che si sia imbattuto nella soluzione di problemi di particolare difficoltà, specie con riguardo alla figura del medico specialista.

Tali considerazioni sono destinate, come già anticipato, ad avere un ulteriore sviluppo quando, all'indomani dell'entrata in vigore della L. n. 189/2012, la distinzione tra *culpa levis* e *culpa lata* in tema di responsabilità del sanitario acquista una propria considerazione nei termini in cui è destinata ad intrecciarsi, in sede giudiziaria, con

quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso”.



l'incidenza delle cosiddette "linee guida" e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica⁴.

2. L'evoluzione normativa: dalla Legge Balduzzi agli effetti della Legge Gelli-Bianco

Sul quadro teorico così delineato si sono innestati due importanti interventi legislativi, la cui incidenza è, peraltro, apparsa tutt'altro che pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza.

In linea generale, con l'art. 3 della Legge 189/2012 nota come Legge Balduzzi⁵, si è previsto che il sanitario che si adegua nell'esercizio della sua attività professionale alle linee guida e alle buone pratiche mediche, come riconosciute dalla comunità scientifica, non risponde penalmente a titolo

⁴ Sul rilievo delle linee guida in tema di responsabilità penale del sanitario si registrano orientamenti contrastanti. Emblematico, in proposito, l'arresto della Suprema Corte, Cass, pen. Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922, secondo il quale *"l'adeguamento o il mancato adeguamento del medico alle linee guida non esclude né determina di per sé la colpa dello stesso. Tali linee guida, infatti, contengono valide indicazioni generali riferibili al caso astratto, ma è altrettanto evidente che il medico è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione del paziente, nel rispetto della volontà di quest'ultimo, al di là delle regole previste nei protocolli medici. La verifica circa il rispetto delle linee guida va, pertanto, sempre affiancata ad un'analisi – svolta eventualmente attraverso perizia- della correttezza delle scelte terapeutiche alla luce della concreta situazione in cui il medico si è trovato ad intervenire"*.

⁵ L'innovazione introdotta dalla Legge Balduzzi, all'art.3, co.1, ai sensi del quale *"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"*, ha trovato la sua giustificazione nell'esigenza di circoscrivere la portata della colpa ai fini penali, valorizzando a tal fine l'incidenza di standard comportamentali, le cosiddette linee guida, vale a dire *"raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte attraverso un processo di revisione sistematica allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze"*.

di colpa lieve, fermo restando, sul piano civile, l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. Diversamente, in caso di mancato adeguamento ai suddetti parametri, si riepande la responsabilità per colpa, senza limitazioni dipendenti dalla graduazione della stessa. In particolare, è stato precisato in sede giurisprudenziale che il parametro delle linee guida costituisce un sapere scientifico codificato, che si attegga a utile guida per orientare la condotta del medico in modo efficiente e appropriato verso decisioni terapeutiche adeguate al caso specifico. Detto altrimenti, tali regole non presentano carattere propriamente cautelare e non danno luogo, quindi, ad ipotesi di colpa specifica. È evidente, pertanto, che il medico è sempre tenuto a compiere le proprie scelte valutando le circostanze peculiari del caso concreto e la specifica situazione del paziente.

In base a tali principi di diritto, in un primo momento, giusta la natura tecnica delle regole compendiate nelle linee guida, la giurisprudenza di legittimità ha inteso circoscrivere l'applicabilità del *novum* legislativo alle sole ipotesi di imperizia del sanitario, sul presupposto che le linee guida contengano solo regole di perizia, e non afferiscano ai profili di imprudenza e negligenza. Logica conseguenza è che l'osservanza delle linee guida esclude la rilevanza della colpa lieve, salvo quando la specificità del quadro clinico del paziente imponga al medico di aderire ad una scelta terapeutica diversa da quella indicata dal parametro standard di riferimento⁶.

In questi termini, i giudici di legittimità hanno ritenuto sussistere la responsabilità del medico per omicidio o lesioni colpose (artt. 589 e 590 c.p.) che si sia limitato ad attenersi, in maniera acritica, ai predetti parametri, allorché la necessità di discostarsi dagli stessi era

⁶ In termini conformi, Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237 e Cass. pen., Sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 5460, secondo cui il "*novum*" normativo, introdotto con l'art. 3, l. 8 novembre 2012, n. 189, non può essere invocato allorquando i profili di colpa contestati riguardino la prudenza e la negligenza, giacché le linee guida contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di imprudenza e negligenza.

immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario trovatosi ad agire in quella medesima situazione, avendo attenzione alla peculiare situazione clinica del paziente, venendosi, in tal modo, a configurare un'ipotesi di colpa grave. D'altronde, per aversi colpa grave è necessario che il medico si sia altamente discostato dal parametro di agire dell'agente modello, avuto riguardo alla complessiva situazione nella quale il medico si è venuto a trovare⁷.

Tali conclusioni sono state oggetto di ripensamento da parte della giurisprudenza più recente che, pur evidenziando come la riforma Balduzzi trovi effettivamente terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, non esclude che tale disciplina possa venire in rilievo quando il parametro valutativo della condotta del sanitario sia quello della diligenza, in difetto di specifici e chiari parametri che consentano di tracciare una netta e tassativa demarcazione nell'ambito delle regole cautelari⁸.

Come già anticipato, il Legislatore è recentemente ritornato sul tema della colpa in ambito sanitario, con l'intento di rimeditare l'impostazione adottata nel 2012, ridisegnando gli spazi per la eventuale non punibilità del medico, abrogando l'art. 3, co.1 della L. 189/12. I punti cardine su cui si è sviluppato l'intervento del Legislatore sono rappresentati dalla

⁷ In particolare, è stato di recente precisato che "l'osservanza delle linee guida esclude la rilevanza della colpa lieve tranne quando la specificità del quadro clinico del paziente imponga un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato dalle menzionate linee guida, Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 2168. Ancora più di recente, Cass. pen., Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 9923, ha al riguardo osservato che "l'art. 3 della L. n. 189/2012 appare porre un limite alla possibilità per il giudice di sancire la responsabilità del medico che abbia rispettato le linee guida e le best practices: nel senso che potrebbe pur sempre essere riconosciuta la responsabilità penale del medico per omicidio e lesioni personali colpose che si sia attenuto ad esse, ma ciò solo allorché, invece, avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato e questo non abbia fatto per colpa grave, quando cioè la necessità di discostarsi dalle linee guida era macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato".

⁸ In particolare, Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289 e 6 giugno 2016, n. 23283

limitazione dell'ambito di operatività alla sola colpa per imperizia, dalla valorizzazione delle sole linee guida "ufficiali", elaborate da istituzioni individuate dal Ministero della Salute, con residuo spazio per le buone pratiche clinico-assistenziali e, dalla introduzione nel codice penale del nuovo articolo 590sexies c.p., dedicato alla responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, con la previsione al secondo comma di una causa di non punibilità legata alla ricorrenza di specifici requisiti, ossia che l'evento si è verificato a causa di imperizia e siano state osservate le linee guida ovvero, le cosiddette buone pratiche, in mancanza delle prime, purché adeguate alla specificità del caso concreto. Completamente trascurato, diversamente che nella legge Balduzzi, è poi il riferimento ai gradi della colpa.

Nel ridisegnato quadro normativo, se invariato è il perimetro soggettivo di applicazione della normativa, riservato agli esercenti la professione sanitaria, sembra, invece, rafforzarsi il ruolo assegnato alle linee guida: in tal senso l'art. 5 L. n. 24/2017, che integra implicitamente la disposizione di nuovo conio di cui all'art. 590sexies c.p., contempla gli indispensabili requisiti di efficacia delle raccomandazioni da queste veicolate, sottoponendole ad una dettagliata procedura di formalizzazione e pubblicazione, al fine di garantire una maggiore affidabilità scientifica⁹.

All'evidenza, quella offerta è senz'altro una soluzione apprezzabile, offrendo spazi certi e sicuri di operatività del sanitario. Nondimeno non si può trascurare il rischio potenziale di irrigidimento dell'approccio del medico alla soluzione del caso clinico prospettato, chiamato a farsi carico della scelta tra il rispettare pedissequamente le linee guida

⁹ In particolare, si deve trattare di linee guida elaborate da enti e istituzioni pubbliche e private nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministero della Salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale.

codificate e, il percorrere un percorso diagnostico differente che, tuttavia, trovi conforto in buone prassi non codificate.

Tanto premesso, l'intera portata innovativa della riforma si concentra nel capoverso dell'art. 590sexies c.p., che ritaglia l'area del penalmente rilevante al ricorrere di determinati requisiti: in primo luogo, che l'evento si realizzi a causa di imperizia; che risultino rispettate le raccomandazioni contenute nelle linee guida, oppure, in assenza di queste, nelle buone pratiche clinico-assistenziali; che le raccomandazioni espresse nelle linee guida si mostrino adeguate alle specificità del caso concreto.

Già ad una prima lettura, numerosi sono i dubbi interpretativi evocati dalla nuova disciplina. Si è rilevato come il richiamo all'imperizia susciti non poche perplessità, stante la mancanza, in tal senso, di una puntuale e specifica definizione legislativa o ermeneutica del relativo concetto. Considerazione che appare ancora più problematica ove si ponga mente al fatto che le linee guida contengono, senz'altro anche parametri di prudenza e di diligenza, la cui netta separazione, sul piano della prassi, appare spesso tutt'altro che immediata. Inoltre, in tema di sindacato del giudice sul rispetto da parte del medico delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, l'art. 590sexies c.p. rimane silente in ordine ai parametri che il giudice è chiamato ad apprezzare per valutare l'aderenza della condotta dell'imputato alla singola raccomandazione.

Alquanto delicato sono, altresì, i profili di diritto intertemporale rispetto al quadro normativo nella vigenza della Legge Balduzzi. Se, infatti, si registra, come effetto favorevole, l'estensione della impunità ai casi di evento cagionato da imperizia, fermo il rispetto delle linee guida, anche in presenza di colpa grave¹⁰. Dall'altro lato, le novità recate dall'art. 590sexies

¹⁰ Come prospettato dalla Cass. pen., Sez. IV, 7 giugno 2017, n. 28187- prima pronuncia di legittimità sul tema- la punibilità del medico potrebbe in tali casi, pur connotati dalla presenza di linee guida, comunque fondarsi in presenza di gesti, condotte o decisioni del sanitario che, involgendo il momento strettamente esecutivo della prestazione, le raccomandazioni stesse non prendono in considerazione.

c.p. sembrano risolversi in una dilatazione della responsabilità, operante solo per i fatti successivi all'entrata in vigore della novella, con ultrattività del regime normativo disegnato dalla Legge Balduzzi per fatti commessi nella vigenza di quest'ultima.

Su questi aspetti si appunta il confronto giurisprudenziale che ha visto confrontarsi, a brevissima distanza, due correnti che hanno sposato due distinti ricostruzioni esegetiche del nuovo impianto normativo, per approdare, poi, al vaglio delle Sezioni Unite.

3. Le questioni giurisprudenziali “sul tappeto”: la ricostruzione giuridica alla luce delle pronunce Tarabori-De Luca e Cavazza

Per cogliere i presupposti del ragionamento fatto dal Legislatore a sostegno della novella normativa, non sempre immediatamente chiara in tutte le sue implicazioni interpretative, è intervenuto il giudice di legittimità che, nel formulare due distinte ricostruzioni giuridiche della nuova ipotesi di limitazione della responsabilità del sanitario, ha reso necessario, come anticipato, l'intervento delle Sezioni Unite.

Vi è da dire, preliminarmente, che il tema della natura e delle finalità delle linee guida, quali regole cautelari valide solo se adeguate alle peculiarità dello specifico caso clinico, e implicanti, in caso contrario, il dovere del sanitario di discostarsene, non risulta investito dal contrasto giurisprudenziale sottoposto al Supremo consesso di legittimità.

Orbene, in un primo momento, secondo il ragionamento sotteso alla sentenza Tarabori-De Luca¹¹, giusta la formulazione letterale della disposizione di nuovo conio, è di tutta evidenza che il tema della non punibilità del medico può porsi solo ove sia in discussione un addebito basato sull'imperizia. D'altra parte, ad avviso di siffatto orientamento, se il Legislatore ha inteso limitare la responsabilità ai soli casi nei quali si faccia questione di essersi attenuti alle linee guida, essa è destinata a configurarsi

¹¹ Cass. pen, Sez. IV, 20 aprile – 7 giugno 2017, n. 28187

solo allorquando si discorra della perizia del sanitario, anche perché è concettualmente da escludere che le linee guida possano prendere in considerazione comportamenti professionali connotati da profili di negligenza o imprudenza.

In proposito, giova precisare per cercare di circoscrivere il tema, che l'imprudenza consiste nella realizzazione di un'attività positiva che non si accompagni nelle speciali circostanze del caso a quelle cautele che l'ordinaria esperienza suggerisce di adottare a tutela dell'incolumità degli interessi propri e altrui. Mentre, gli estremi della negligenza sono ravvisabili nel comportamento di chi, chiamato ad intervenire e a prestare la propria attività, lo faccia in modo disattento e superficiale¹².

Orbene, entrambi i profili di colpa, alla stregua della *novum* normativo, non ammetterebbero un esonero di responsabilità, perché il medico deve essere sempre diligente e prudente. È, invero, solo nel momento in cui il medico è chiamato ad esercitare la propria capacità tecnica che può e deve discutersi di perizia e, in questa fase, il fatto che ci siano le linee guida e che queste siano osservate dal sanitario, assume rilievo ai fini della responsabilità, potendo escludere la rilevanza penale delle sue scelte e/o decisioni. In sostanza, secondo questa lettura, potrebbe prospettarsi l'esonero da responsabilità penale nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo imputabile ad un comportamento rimproverabile per imperizia, abbia nell'ambito dell'approccio terapeutico fatto, comunque, applicazione di direttive qualificate, anche se non emergenti nel momento in cui l'imperizia si è manifesta.

Conclusioni che, tuttavia, sono state prontamente disattese dalla stessa Corte, in ragione del grave vulnus al diritto alla salute (art. 32 Cost.) che ne sarebbe derivato, conseguente ad un totale esonero da responsabilità e, del contrasto con taluni principi che governano la responsabilità penale, fra

¹² Si veda sentenza, Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 1985, Cannella; nonché, Cass. pen., Sez. IC, 20 marzo 2015, Rota.

tutti, quello di colpevolezza (art. 27 Cost.). E' così prevalsa una ricostruzione alternativa e non letterale della nuova disciplina, che esclude che la stessa possa trovare applicazione negli ambiti che non siano governati da linee guida ufficiali, né in relazione a quelle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di una relazione terapeutica regolata da direttive appropriate, non risultino disciplinate in quel contesto regolativo, nonché nelle situazioni in cui tali parametri orientativi debbano essere disattesi perché non adeguati rispetto alle peculiarità del caso concreto, trovando in tal caso applicazione la disciplina generale prevista dagli articoli 43, 589 e 590 c.p.

Muovendo da tali osservazioni, non viene dato alcun rilievo al riferimento testuale all'osservanza delle linee guida quale causa di esclusione della punibilità, in quanto trattasi di un'espressione atecnica che non sottende una vera e propria causa di non punibilità, dovendo piuttosto essere intesa nel senso di mancata rimproverabilità, difettando il giudizio di colpevolezza con riguardo alla parametrizzazione della colpa. Coerentemente, la giurisprudenza nella sentenza Tarabori, nel definire gli aspetti intertemporali della novella, conclude nel senso della natura non favorevole dell'art. 590sexies c.p. rispetto alla previgente disciplina (Legge Balduzzi), destinata così a trovare persistente applicazione ai fatti commessi sotto la relativa vigenza.

La sentenza Cavazza¹³ sostiene, invece, l'orientamento opposto.

In primo luogo, i giudici di legittimità nel fornire un'interpretazione strettamente letterale della nuova disciplina, sostengono il carattere innovativo e di discontinuità, sul versante penale, rispetto al passato, prevedendo la disposizione di nuovo conio una causa di esclusione della punibilità per l'esercente la professione sanitaria operante nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado di colpa, ove ricorre il rispetto delle linee guida qualificate. Inoltre, secondo tale orientamento, il rispetto

¹³ Cass. pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078



delle linee guida dovrebbe riguardare solo la fase di selezione delle stesse, non anche la fase esecutiva.

Sicuramente, il passaggio argomentativo più significativo contenuto nella sentenza Cavazza, che verrà fatto proprio dal Supremo Consesso di legittimità, è quello della ricostruzione in termini chiari e inequivoci della nuova ipotesi di limitazione della responsabilità penale del medico, quale causa di non punibilità, come accreditato dalla stessa formula della legge, con tutto ciò che ne consegue sul piano squisitamente applicativo.

Quanto, poi, al profilo intertemporale, questo secondo orientamento ritiene più favorevole la legge Gelli-Bianco, proprio sul presupposto della eliminazione di ogni riferimento alla graduazione della colpa. Ciò in quanto, se prima il medico non rispondeva per i soli casi di colpa lieve ora, alla stregua di una lettura che valorizza in modo assoluto la lettera della legge, non è punibile qualsiasi condotta che abbia provocato la morte o le lesioni, anche se connotata da colpa grave.

Orbene, nel tentativo di restituire uniformità alla portata applicativa della disciplina presa in considerazione, a dirimere il contrasto interpretativo che la Legge Gelli-Bianco ha posto sul tappeto sono intervenute le Sezioni Unite.

4. Le conclusioni delle Sezioni Unite

La suprema Corte di Cassazione nella sua massima composizione, nell'evidenziare pregi e demeriti dei due suesposti orientamenti, ha inteso ricostruire l'effettiva portata della disciplina in commento¹⁴. In particolare, il supremo consesso di legittimità recepisce in pieno l'operazione ermeneutica, compiuta nella sentenza Cavazza, laddove qualifica la nuova

¹⁴ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza 21 dicembre 2017- 22 febbraio 2018 n. 8770. Il quesito di diritto su cui sono state chiamate a pronunciarsi è: *“Quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni, l'ambito applicativo della previsione di “non punibilità” prevista dall'art. 590sexies c.p., introdotto dalla Legge 8 marzo 2017, n. 24”*

ipotesi di limitazione della responsabilità del sanitario, in termini di causa di non punibilità. La questione non è solo teorica, ma è foriera di rilevanti conseguenze applicative.

Invero, trattandosi di una causa di non punibilità, nella ricorrenza delle condizioni di legge, deve trovare applicazione l'art. 129 c.p.p. (cioè, l'obbligo di immediata declaratoria di una causa di non punibilità) e, la sussistenza della causa è deducibile e rilevabile d'ufficio ex art. 609, co. 2 c.p.p., anche nel caso di ricorso inammissibile¹⁵. Peraltro, proprio perché si tratta di una causa di non punibilità, non può applicarsi la disciplina di successione di leggi penali di cui all'art. 2 C.p., onde il giudice dell'esecuzione non può applicare retroattivamente la disciplina di favore introdotta dalla legge Gelli-Bianco. Ciò in quanto, la causa di non punibilità non esclude, anzi presuppone, l'accertamento del reato e la sua riferibilità soggettiva all'imputato, limitandosi ad incidere solo sulla possibilità di irrogare la sanzione, mentre solo l'abrogazione comporterebbe il venir meno della rilevanza penale della condotta incriminata, imponendo al giudice di dover procedere ex art. 673 c.p.p.¹⁶

Ciò premesso, la Corte prosegue nella sua trattazione, focalizzando l'ambito di operatività della causa di non punibilità. Sul punto, i giudici di legittimità si mostrano concordi con il ragionamento seguito dalla sentenza Tarabori-De Luca, puntualizzando che il tema della non punibilità del medico possa porsi solo ove sia in discussione un addebito basato sull'imperizia. Non residuano, quindi, spazi di impunità per le condotte colpevoli, alla cui base vi sia la negligenza o l'imprudenza. Una conclusione in linee con la lettera della legge ed ineccepibile in ragione del fatto che, in un sistema basato sull'osservanza delle linee guida, non potrebbe pensarsi di estendere la non punibilità alle condotte professionali

¹⁵Per utili riferimenti, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj

¹⁶ Sul punto, Cass. pen, Sez. I, 15 settembre 2016, Torrisi; Cass. pen, Sez. VII, 26 febbraio 2016, Rondello

negligenti e imprudenti, per l'empirico rilievo che deve concettualmente escludersi che le linee guida e le buone prassi possano in qualche modo prendere in considerazione comportamenti professionali connotati da tali profili di colpa.

Altro passaggio di rilievo dell'intervento delle Sezioni Unite è quello in cui la Corte chiarisce che l'addebito può rientrare nell'ambito di operatività della causa di non punibilità solo ove investa la fase di selezione delle linee guida, come già la sentenza Cavazza sosteneva. Pertanto, laddove il sanitario sbaglia nella scelta del parametro da seguire per la cura e la salvaguardia del paziente, non vi sarebbe spazio per l'applicazione della disciplina di favore e, dovrebbe trovare, invece, attuazione la normativa generale prevista dagli articoli 43, 589 e 590 c.p.

Con tale assunto, le Sezioni Unite arrivano, quindi, ad affrontare la questione interpretativa più delicata del *novum* normativo, ravvisabile nel fatto che, rispetto al testo della Legge Balduzzi, venga meno il riferimento al grado della colpa. Orbene, la Corte, disattendendo le conclusioni della sentenza Cavazza, valorizza la graduazione della colpa, escludendo che la causa di non punibilità in esame possa utilmente invocarsi nel caso di colpa grave. In sostanza, i giudici di legittimità, ragionando in questi termini, agganciano, pertanto, la graduazione della colpa alla valutazione della professionalità del medico e delle circostanze del caso concreto, tendendo conto, quindi, delle specifiche condizioni dell'agente, della problematicità della vicenda, quindi delle particolari condizioni di difficoltà in cui il medico ha operato, dell'impellenza e della motivazione della condotta, nonché della consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa.

Dalle indicazioni fornite dalla Sezioni Unite può, dunque, affermarsi l'esonero della responsabilità penale del sanitario per la morte o le lesioni personali derivanti dall'esercizio della sua attività professionale solo se e in quanto questi abbia agito in ossequio delle linee guida accreditate, pertinenti al caso concreto, sbagliando solo nel momento attuativo delle

stesse. Diversamente, nessun esonero, invece, per il medico imprudente o negligente, ma anche per il sanitario che abbia sbagliato per colpa grave.

5. Osservazioni conclusive

Alla luce della ricostruzione normativa e giurisprudenziale fin qui operata in tema di responsabilità penale del medico, le conclusioni che si possono trarre sono molteplici e abbastanza condivisibili.

Dalle indicazioni delle Sezioni Unite il passaggio argomentativo più rilevante è sicuramente quello secondo cui in presenza di “colpa grave”, sarebbe oltremodo difficile e irragionevole ipotizzare come sussistenti i presupposti concorrenti per la configurabilità della causa di non punibilità del sanitario. In sostanza, appare difficile conciliare il grave allontanamento del medico dalle raccomandazioni contemplate dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge, con il rispetto delle buone prassi clinico assistenziali e, che, inoltre, possa conciliarsi la colpa grave con un giudizio di adeguatezza dei suddetti parametri comportamentali alle specificità del caso concreto. Peraltro, è evidente come, in questo modo, la Suprema Corte, valorizzando un maggiore o minore discostamento dalle linee guida appare reintrodurre, sia pure indirettamente, una distinzione analoga a quella che la Legge Balduzzi prevedeva in tema di colpa grave e colpa lieve.

In definitiva, volendo sintetizzare, nella prospettiva ermeneutica offerta dalle Sezioni Unite, può affermarsi l'esonero di responsabilità colposa del sanitario per morte o lesioni, se questi abbia agito in ossequio alle linee guida, pertinenti al caso concreto, sbagliando, eventualmente, cioè per colpa lieve, nel momento attuativo di tali raccomandazioni, assumendo massimo rilievo il diverso grado di colpa nella fase esecutiva. Logica conseguenza è, evidentemente, che il medico sia ritenuto responsabile quando cade in errore grave da imperizia, cioè per aver sbagliato per colpa grave nell'esecuzione delle direttive comportamentali.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

SERGIO FERLITO

Requiem per l'università.

Un'azienda iperburocratizzata

SERGIO FERLITO*

Requiem per l'università. Un'azienda iperburocratizzata

Modellata secondo schemi organizzativi aziendalistici e schiacciata dal peso insostenibile di una burocratizzazione telematica onnipresente e sempre più invasiva, l'Università sta morendo. Sta morendo nell'indifferenza generale; e sta morendo – spiace dirlo – con il fattivo contributo, forse non del tutto inconsapevole, di coloro ai quali questa veneranda istituzione dovrebbe stare più a cuore: il corpo docente e dirigente. E con l'Università stanno morendo i valori culturali, sociali e politici alla cui elaborazione e trasmissione essa è stata preposta per secoli. Aziendalizzazione e teleburocratizzazione sono i nomi del morbo letale che sta uccidendo l'Università.

Diciamolo subito: non è una malattia soltanto italiana. Nell'età della globalizzazione sono pochi i problemi esclusivamente nazionali; per lo più si tratta di fenomeni planetari, benché connotati da specificità locali.

In Europa il punto d'avvio di questo percorso necrotico risale al c.d. “processo di Bologna”, così denominato perché, nel 1999, i ministri dell'istruzione dei paesi europei si riunirono proprio nel luogo in cui ha sede la più antica Università del Vecchio Continente per sottoscrivere una Dichiarazione che si proponeva di riformare in radice i sistemi d'istruzione dell'Unione. Benché non esplicitata, la spinta ideale della riforma era motivata da ragioni economiche. L'obiettivo a cui essa mirava non consisteva nel riformare i sistemi d'istruzione al fine di renderli più adatti alla formazione culturale necessaria per comprendere e gestire un mondo complesso; il suo

* Professore ordinario presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università di Catania.

intento era piuttosto quello di renderli più efficienti per la crescita economica interna e più competitivi su scala mondiale. A conferma di tale orientamento, a meno di un anno di distanza dall'incontro avvenuto in una città che un tempo era chiamata "la Dotta", i Capi di Stato e di Governo si riunirono a Lisbona per approvare un documento, noto come "Strategia di Lisbona", il cui ambizioso progetto si proponeva di fare dell'Europa «l'economia basata sulla conoscenza [*knowledge-based economy*] più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile, con nuovi e migliori posti di lavoro». La via indicata a tal fine venne tracciata poco dopo, con l'avvio del c.d. "piano d'azione *e.Europe*", consistente nel favorire l'uso, la diffusione e la disponibilità di reti telematiche a banda larga al fine di incrementare l'*e.Gouvernement*, l'*e.health*, l'*e.business*, nonché, appunto, l'*e.learning*, così da far rientrare anche l'istruzione e la formazione culturale nel quadro – mi si consenta il neologismo – dell'*e.tutto*. Aziendalizzazione e digitalizzazione sono facce della stessa medaglia.

A distanza di poco meno di un ventennio e dopo la crisi economica più duratura e devastante che si sia abbattuta sull'economia mondiale dai tempi del 1929, si resta allibiti constatando la miopia che fin da allora attanagliava la classe dirigente europea. Se la crisi del 2008 ci ha insegnato qualcosa è che a essere in crisi non era solo l'economia reale, l'*economy*; era piuttosto – e continua ad esserlo – la dottrina economica studiata e insegnata nelle università di tutto il mondo, l'*economics*, quanto meno nella sua versione *mainstream*. L'aspetto più grave, allo stesso tempo meno percepito e meno dibattuto, della crisi del 2008 è che essa è il prodotto non solo, e forse non tanto, dell'instabilità congenita dei mercati, quanto di una regressione culturale che ricorda il declino dell'Impero romano e della cultura latina. Alcuni

anni prima della strategia di Lisbona e con ben altra lungimiranza, David Harvey aveva segnalato che la produzione di conoscenza organizzata secondo moduli aziendalistici si stava notevolmente diffondendo e stava acquistando una base sempre più commerciale; «si consideri» – scriveva – «la non agevole trasformazione di molti sistemi universitari del mondo capitalistico avanzato dal ruolo di custodi del sapere e della saggezza a quello di produttori subordinati di conoscenza per il capitale delle grandi aziende».

Negli anni a noi più vicini, questo processo di mercificazione della cultura e aziendalizzazione dell'Università ha subito una rapidissima intensificazione che condurrà nel giro di qualche lustro alla sua definitiva estinzione. Al suo posto avremo Università on line e centri di formazione telematici nei quali un singolo docente potrà fare lezioni a un elevatissimo pubblico di studenti sparsi sull'intero territorio nazionale, o persino all'estero, che assisteranno alla lezione dallo schermo del loro computer o, più probabilmente, dal display dello smartphone: sono i MOOC (*Massive Open Online Courses*), corsi universitari on line e, in apparenza, gratuiti. Nel 2013 l'UE ha abbracciato con entusiasmo questo progetto e, con la benedizione del CUN e della CRUI (Consiglio Universitario Nazionale e Conferenza dei Rettori delle Università Italiane), oggi nel nostro paese esistono dozzine di Università telematiche.

Il passaggio dalle Università tradizionali ai MOOC sarà meno traumatico di quanto possa credersi, e lo sarà perché poco appariscente. Già oggi, infatti, le Università che ancora mantengono le lezioni c.d. "frontali" e che preferiscono all'incontro virtuale quello reale, consentendo così a docenti e allievi di guardarsi negli occhi, sono per il resto interamente telematizzate. La distanza fra i due modelli sta diventando sempre più esigua. D'altra parte, in un'epoca in cui pressoché tutti gli Stati devono fare i conti con crescenti vincoli

di bilancio, perché mai pagare gli stipendi a un nutrito corpo docente se un singolo professore può, da solo, fare lezione a una platea sterminata? O perché mai assumere docenti a tempo pieno se, analogamente a quanto avviene nelle aziende, anche le Università possono ricorrere a contratti a termine e a incarichi esterni? Quanto, poi, all'accertamento dell'identità personale dello studente richiesta al momento dell'esame, essa avverrà mediante il riconoscimento dell'iride realizzato grazie a fibre ottiche installate sul display.

Ovviamente, una volta registrati, quei dati personali resteranno – insieme a mille altre tracce – in eterno nel *cloud* e nutriranno i *big data*. Algoritmi e *data mining* penseranno a fare il resto, cioè a elaborare perfetti profili di milioni di individui appositamente preparati per ricevere pubblicità commerciale e “spinte gentili” capaci di orientare i comportamenti politici e sociali dell'umanità Dio solo sa verso quali direzioni. Con felice opzione linguistica, Richard Thaler e Cass Sunstein – due noti “architetti delle scelte”, campioni del neoliberismo – hanno chiamato *nudge* queste morbide costrizioni. Del resto, se le aziende navigano a vele spiegate verso l'industria 4.0, intensamente robotizzata e gestita dall'intelligenza artificiale, perché mai un'Università pensata come un'azienda non dovrebbe seguire lo stesso itinerario di modernizzazione? Già oggi molti esami, ivi compresi i famigerati test d'ingresso all'Università, sono congegnati in modo tale da poter essere valutati da computer e algoritmi.

Cosa ha portato a questo naufragio? C'è una potente ideologia sottostante a questo processo di aziendalizzazione e telematizzazione del mondo, un'ideologia che oggi risulta vincente su scala planetaria proprio perché, dopo la sbornia ideologica che ci ha accompagnato nel secolo scorso, riesce a rendersi impalpabile e invisibile, a presentarsi come approccio deideologizzato, come orientamento

puramente pragmatico, pratico ed empirico, come concreta “cultura del fare” che non *costringe*, ma *spinge gentilmente*: è l’ideologia neoliberista, un’ideologia invasiva che mette al centro della sua visione del mondo l’efficienza, la crescita economica e il profitto, ed eleva dunque l’impresa a modello organizzativo esemplare sul quale plasmare l’intero ordine sociopolitico, senza escludere dal suo raggio d’azione le istituzioni culturali. Il neoliberismo è una forma di biopolitica il cui obiettivo primario, in larga parte già coronato da successo, consiste nel generare una mutazione antropologica orientata a riplasmare ogni valore umano e ogni categoria culturale al fine di renderle leggibili solo all’interno di un quadro di riferimento strettamente economico.

Ovunque nel mondo le Università sono state risucchiate in questo vortice e l’istruzione, sia scolastica che universitaria, è stata piegata alle logiche del mercato e modellata su categorie quantitative, accantonando la qualità. Nell’Unione Europea sono stati introdotti gli ECTS, *European Credit Transfer and Accumulation System*, vale a dire il sistema di crediti, meglio noti in Italia come CFU (crediti formativi universitari), sicché la prima cosa che gli studenti imparano è che anche la formazione, la cultura e il sapere si contano e ricadono nelle categorie dell’economico: producono “crediti” e “debiti”. In stretta analogia con la logica dello scambio mercantile, ciascun corso di laurea (fra triennali e magistrali oggi in Italia sono ben 4454) per rispondere alla “domanda” di istruzione deve dotarsi di una specifica “offerta formativa”, i cui insegnamenti vengono “erogati”, come se i docenti universitari fossero, appunto, erogatori, analoghi alle pompe di benzina o ai distributori automatici di bevande e merendine. E non c’è da stupirsi: i professori universitari non sono più persone che rispondono alla vocazione del *docere*; sono “punti organico”. Non si tratta di mera sciatteria linguistica, ma di una sofisticata strategia

studiata ad arte per colonizzare la mente. In un'ottica di questo tipo, va da sé che si chiamino “prodotti” i risultati dello studio e delle ricerche dei docenti – di quei pochi docenti che, malgrado il peso insostenibile di innumerevoli pratiche burocratiche on line cui devono attendere quotidianamente, trovano ancora il tempo e la voglia di studiare. Sono “prodotti” – e prodotti particolarmente apprezzati sul mercato universitario – persino le lauree, perché la produttività delle aziende universitarie viene misurata, tra l'altro, in ragione del rapporto fra numero di iscritti e numero di laureati, ossia fra la materia prima che entra nel sistema produttivo, l'*input*, e i titoli sfornati, l'*output* o, appunto, il prodotto, che in questo caso viene chiamato “capitale umano” perché costituisce – assieme ai più tradizionali “terra”, “capitale” e “lavoro” – uno dei fattori di produzione.

Per valutare “prodotti” e “produttività” del sistema universitario, esiste ovviamente una vasta rete di agenzie di rating, sia nazionali che internazionali, che emettono *responsa* sulla qualità ed affidabilità di Atenei, Dipartimenti e Corsi di laurea ed è sulla scorta di queste quotazioni che i Governi distribuiscono i fondi pubblici, peraltro sempre più esigui. Atenei e Dipartimenti sono perciò spinti sul terreno della concorrenza reciproca, esattamente come qualsiasi azienda. Come per queste ultime, il criterio guida è “scannatevi a vicenda, quanto più intensamente e celermente potete”. I criteri e i parametri mediante i quali le agenzie del rating universitario misurano l'“eccellenza” – parola magica che in realtà fa rabbrivire – sono strettamente aziendalistici. Sia sul terreno della ricerca che su quello della didattica, vi predomina di gran lunga il profilo quantitativo rispetto a quello qualitativo, difficile da misurare, mentre è decisamente più facile – e infinitamente più cretino – affidarsi a criteri bibliometrici, citazionali e di classificazione delle

riviste. Due cose accomunano le poco note agenzie del rating universitario alle più note Standard & Poor's, Moody's e Fitch: sia le une che le altre sono viziate da pesanti conflitti d'interesse e in entrambi i casi i *responsa* che emettono hanno la stessa affidabilità di quella un tempo attribuita all'oracolo di Delfi. Cionondimeno sono attesi e venerati con la stessa fiducia che un tempo nutriva la fede in Apollo. Che la credulità sia diffusa nella confraternita di economisti e operatori finanziari sempre in attesa del verbo di Standard & Poor's, Moody's e Fitch sorprende poco; che un'analoga fiducia nel rating universitario sia diffusa anche presso il ceto intellettuale e i professori universitari stupisce di più.

Lo strumentario per realizzare il controllo e il successivo rating delle Università è molto nutrito ed è, ovviamente, rigorosamente telematico. C'è la VQR (Valutazione della Qualità delle Ricerca); la SUA-RD (Scheda Unica Annuale per la Ricerca Dipartimentale); l'AVA (Autovalutazione e Accredimento dei corsi di studio); per tacere, infine, della farneticante normativa che disciplina procedure e merito dell'Abilitazione Scientifica Nazionale, l'ASN. Esistono, inoltre, dozzine di altri acronimi altisonanti e indecifrabili (il GOMP, l'IRIS ...) e altri infiniti adempimenti burocratici, variabili da Ateneo ad Ateneo e da Dipartimento a Dipartimento, ai quali i docenti devono attendere ogni giorno. Il risultato di questa iperburocratizzazione debordante e ottusa è che i docenti sono costretti a dedicare la maggior parte del proprio tempo e delle proprie energie intellettuali a un profluvio di adempimenti burocratici che, nei rari casi in cui non nuocciono all'Università, sono decisamente inutili: servono solo a sottrarre tempo ed energie allo studio e alla didattica.

Occorre dirlo e dirlo con forza e chiarezza: la digitalizzazione telematica ha spianato un'autostrada alla marcia trionfale della

iperburocratizzazione dell'Università. Il web, al cui fascino irresistibile e perverso pochi riescono a sottrarsi, ha spalancato all'ANVUR – l'organismo che governa e controlla l'Università con poteri di gran lunga maggiori di quelli del Ministero dell'Istruzione – sconfinata praterie da conquistare e colonizzare con armi telematiche. Quel che lascia esterrefatti è che Atenei e Dipartimenti fanno a gara nel seguirne le orme con entusiasmo, nella convinzione – non so se più stupida o più ingenua – che digitalizzare la burocrazia significhi ridurla, renderla più snella, leggera, agile e impalpabile. Il risultato è stato invece quello di farle assumere dimensioni elefantache. Negli anni Settanta, quando ero studente presso la Facoltà (come si chiamava allora) di Scienze Politiche, il personale tecnico-amministrativo contava sì e no quattro o cinque addetti che riuscivano ad espletare le loro funzioni in modo esemplare. L'attuale Dipartimento omonimo presso il quale ora insegno, che è all'avanguardia sulla via del “progresso” telematico, annovera non meno di due dozzine di dipendenti i quali, malgrado la loro incondizionata dedizione e l'indiscutibile professionalità, arrancano con fatica per attendere agli infiniti adempimenti telematico-burocratici cui sono quotidianamente sottoposti, analogamente al corpo docente.

Sulla crisi dei sistemi d'istruzione superiore e universitaria esiste una robusta letteratura, sia italiana che straniera, e a essa non si può che rinviare chiunque abbia voglia di saperne di più. C'è tuttavia un aspetto cruciale sul quale questa letteratura non insiste a sufficienza. I maggiori responsabili della catastrofe universitaria non sono né i governi, né la crisi economica che ha costretto a drastici tagli di bilancio; non lo sono nemmeno i burocrati in sé, che si limitano ad applicare norme che non hanno fatto loro e che non hanno interesse a giudicare; ancor meno responsabili sono gli studenti, i quali sono

solo le vittime di un sistema perverso. I responsabili maggiori del collasso dell'Università – addolora dirlo – sono i docenti universitari che, salvo sporadiche e deboli proteste, non hanno mosso un dito per impedire la catastrofe aziendalistico-telematica dell'Università. Per qualche ragione difficile da comprendere, hanno passivamente assecondato il sistema, rendendosi complici del tracollo. Ammaliati dal fascino di un presunto “progresso” che fluttua nel cloud su ali telematiche; catturati dall'immagine di una certa efficienza aziendalistico-imprenditoriale incarnata dalla figura del manager, adempiono con zelo tutte le prescrizioni di una normativa il cui obiettivo ultimo, e neanche troppo nascosto, è lo smantellamento dell'Università.

Come molte altre istituzioni, la vecchia Università era certamente piena di molti e gravi difetti, fra i quali spiccava il nepotismo familistico. Ma era anche piena di pregi e di alte qualità: non ha mai pensato che la cultura fosse merce; non ha mai creduto di essere un surrogato degli uffici di collocamento sul mercato del lavoro e non ha mai imposto agli studenti tirocini gratuiti a beneficio di enti pubblici e aziende private; ha invece provveduto alla formazione piuttosto che all'informazione e, infine, ha tenacemente difeso la sua autonomia contro ogni invadenza burocratica. Certamente l'Università italiana non era peggiore di quelle di altri paesi, così come non era peggiore la scuola che, malgrado tutto, continua ancora a essere una fra le migliori al mondo. Per correggere i difetti di cui soffriva l'Università si sono prescritte cure peggiori del male che si voleva curare, cure che hanno però il fascino del cambiamento, dell'efficienza, del progresso. Disgustato dalla teleburocratizzazione dell'Università trasformata in azienda, un professore dell'Ateneo genovese, Accademico della Crusca, si è dimesso e il suo gesto esemplare dovrebbe essere seguito in massa. Invece i più si adeguano, avallando così le istanze della

burocratizzazione telematica. Sono pochi i docenti che non si piegano alla VQR, alla SUA, all'AVA, alle regole dell'ASN e agli altri infiniti adempimenti che stanno uccidendo l'Università; pochi quelli che si rifiutano di far parte di commissioni di valutazione di pari o di altri organi di controllo e accreditamento; pochi, troppo pochi, quelli disposti a imboccare la strada della disobbedienza civile e del boicottaggio del sistema, che è forse l'unica strada che resta per arrestare la deriva.

«Ci troviamo nel bel mezzo di una crisi di proporzioni inedite e di portata globale» – scriveva qualche anno fa Martha Nussbaum; e proseguiva: «Non mi riferisco alla crisi economica mondiale che è iniziata nel 2008. In quel caso, almeno, tutti si sono resi conto della crisi in atto e molti governi nel mondo si sono dati freneticamente da fare per cercare delle soluzioni [...]. Mi riferisco invece a una crisi che passa inosservata, che lavora in silenzio, come un cancro; una crisi destinata ad essere, in prospettiva, ben più dannosa per il futuro della democrazia: la crisi mondiale dell'istruzione». La citazione è piuttosto lunga e chiedo venia al lettore; ma quel che segue merita di essere riportato tale e quale. «Sono in corso radicali cambiamenti riguardo a ciò che le società democratiche insegnano ai loro giovani, e su tali cambiamenti non si riflette abbastanza. Le nazioni sono sempre più attratte dall'idea del profitto; esse e i loro sistemi scolastici stanno accantonando, in maniera del tutto scriteriata, quei saperi che sono indispensabili a mantenere viva la democrazia. Se questa tendenza si protrarrà, i paesi di tutto il mondo ben presto produrranno generazioni di docili macchine anziché cittadini a pieno titolo, in grado di pensare da sé, criticare la tradizione e comprendere il significato delle sofferenze e delle esigenze delle altre persone. Il futuro delle democrazie di tutto il mondo è appeso a un filo».

Sante parole. Ma siamo sicuri che le “docili macchine” incapaci di “pensare da sé e criticare la tradizione” stiano solo dall’altra parte della cattedra? Forse è giunto davvero il tempo d’intonare il Requiem.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

PAOLA MORI

Il sistema italiano d’asilo alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di giustizia dell’Unione europea

ABSTRACT - The paper examines the implementation in the Italian legal order of the Common European Asylum System in the light of the case law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights.

KEYWORDS - Common European Asylum System (CEAS), European Convention on Human Rights, International protection, Asylum, Right to an effective remedy



n. 2/2018

PAOLA MORI*

**Il sistema italiano d'asilo alla luce della giurisprudenza della
Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia
dell'Unione europea****

1. In questi ultimi anni l'attività del legislatore e della pubblica amministrazione italiani in materia di trattamento dello straniero è stata caratterizzata, sia pure con diversi livelli di intensità a seconda dell'orientamento delle maggioranze politiche che si sono succedute, da un approccio fondamentalmente contenitivo. Un argine attento ai profili di tale politica meno rispettosi dei diritti umani è stato alzato, a livello nazionale, dai giudici ordinari e dalla Corte costituzionale e, a livello europeo e internazionale, dalla Corte di Lussemburgo e dalla Corte di Strasburgo. Non meno importante si è rivelata essere l'attività di controllo e stimolo delle organizzazioni governative e non governative operanti nel settore.

La materia dell'asilo e più in generale del trattamento dello straniero migrante costituisce una delle componenti essenziali dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Il Trattato di Lisbona ha infatti trasformato in una vera e propria politica dell'Unione quella che originariamente era nata come un forma di cooperazione internazionale tra alcuni Stati membri. L'art. 78 TFUE stabilisce che l'Unione sviluppa una «politica comune in materia di

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi della "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Testo della relazione destinata all'Incontro del 27 settembre 2018 nell'ambito del *Bilateral exchange between the Court of Catanzaro (Italy) and the Court of Rotterdam (The Netherlands)*. Il testo è aggiornato a quella data. Contributo sottoposto a valutazione anonima.

asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento». Il Sistema europeo comune di asilo (CEAS) definito in applicazione di tale disposizione forma oggetto di una competenza concorrente su cui il legislatore europeo, Parlamento e Consiglio, sono abilitati a decidere con la procedura legislativa ordinaria e quindi con il voto a maggioranza qualificata dei membri del Consiglio e a maggioranza dei membri del Parlamento europeo.

Resta il fatto che pur con questi significativi progressi la materia non è ancora disciplinata unitariamente e con norme uniformemente applicabili in tutti gli Stati membri. Da un lato infatti vengono in considerazione numerosi atti normativi che regolano specifici aspetti della materia; tra questi ricordo in particolare le direttive procedure (direttiva 2013/32/UE), qualifiche (direttiva 2011/95/UE), accoglienza (direttiva 2013/33/UE), ricongiungimento familiare (direttiva 2003/86/CE) e rimpatri (2008/1157CE) e il regolamento Dublino III (regolamento 2013/604/CE). Dall'altro lato va sottolineato che, e con la sola eccezione del regolamento di Dublino, si tratta di atti, le direttive, i quali armonizzano le legislazioni nazionali in materia lasciando agli Stati membri margini più o meno ampi di discrezionalità normativa.

In effetti la necessità che ciascuno Stato membro trasponga in atti di diritto nazionale le direttive in materia ha determinato differenze, per taluni aspetti anche notevoli, nel trattamento dei richiedenti asilo da uno Stato membro all'altro, sia per quanto riguarda le procedure per il riconoscimento della protezione internazionale sia per quel che concerne le condizioni di accoglienza. Tali divergenze sono principalmente causate dalle disposizioni spesso facoltative attualmente contenute nella direttiva procedure e nella direttiva accoglienza.

Inoltre, anche se la direttiva qualifiche stabilisce norme armonizzate relative al riconoscimento della protezione internazionale, nella pratica il

tasso di riconoscimento varia, talvolta in misura notevole, tra gli Stati membri in ragione dello Stato di provenienza del richiedente. Spesso manca poi un'adeguata convergenza tra le varie autorità nazionali riguardo alla decisione di accordare lo status di rifugiato (che spetta a coloro che fuggono da persecuzioni) o di protezione sussidiaria (che spetta a chi fugge dal rischio di subire danni gravi, anche in caso di conflitti armati) ai richiedenti provenienti da un determinato paese di origine. Tutte queste circostanze hanno incoraggiato i movimenti secondari.

Questo insieme di problemi ha indotto la Commissione a presentare nel corso del 2016 una riforma complessiva del sistema comune d'asilo che riguarderà una serie di misure. Obiettivo fondamentale della riforma è quello di realizzare progressivamente un sistema comune d'asilo basato sui principi di responsabilità e di solidarietà tra gli Stati membri con l'obiettivo di scoraggiare i movimenti secondari dei richiedenti asilo¹. A questo scopo la Commissione ha tra l'altro proposto la rifusione del regolamento Dublino III, mantenendo in via generale il criterio di competenza dello Stato di primo ingresso accompagnato però, per i casi di afflussi massicci, da un meccanismo correttivo di ricollocazione basato su una chiave di distribuzione e da un meccanismo sanzionatorio per gli Stati che si sottraggono alla ridistribuzione². Inoltre, allo scopo di creare una procedura comune per la protezione internazionale, uniformare gli standard di protezione e i diritti per i beneficiari di protezione internazionale e armonizzare ulteriormente le condizioni di accoglienza

¹ Comunicazione riformare il Sistema europeo comune d'asilo e potenziare le vie d'accesso legali all'Europa, COM(2016) 197 final.

² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione), COM/2016/0270 final.

nell'UE, la Commissione ha poi proposto la sostituzione delle direttiva procedure³ e della direttiva qualifiche⁴ con due regolamenti.

Come è noto il Parlamento europeo ha significativamente modificato il testo del regolamento di Dublino proposto dalla Commissione prevedendo come criterio generale quello dei “legami significativi” del richiedente con uno Stato membro e stabilendo un meccanismo automatico e permanente di distribuzione obbligatoria dei richiedenti in tutti i Paesi dell’Unione indipendentemente dallo Stato di primo ingresso⁵.

Purtroppo il momento politico, almeno in una parte consistente degli Stati membri, ha rallentato il percorso della riforma del sistema europeo comune d’asilo. Le discussioni in seno al Consiglio hanno infatti evidenziato profonde divergenze tra gli Stati membri che stanno rendendo difficile il percorso negoziale. Queste difficoltà sono ulteriormente aggravate dallo sbilanciamento, verificatosi in questi ultimi anni, dell’asse decisionale nel Consiglio europeo. Lo spostamento sul piano intergovernativo della presa di decisione politica, fa sì che la definizione delle linee di intervento legislativo non siano ispirate dall’interesse

³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE. COM/2016/0467 final .

⁴ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, COM/2016/0466 final.

⁵ Draft European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), COM(2016)0270 – C8-0173/2016 – 2016/0133(COD).

generale bensì dal prevalere delle istanze politiche contingenti dei vari Governi nazionali.

Tutto ciò desta le più forti preoccupazioni circa la possibilità di arrivare a soluzioni legislative rispettose da un lato del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, sancito nell'art. 80 TFUE, dall'altro e soprattutto dei diritti fondamentali degli essere umani che ai sensi dell'art. 6 TUE si impongono all'Unione ai suoi Stati membri quando attuano il diritto europeo.

2. Oltre alla normativa dell'Unione europea sulla materia dell'asilo incidono in materia altre norme internazionali che vincolano gli Stati membri. Tra queste ricordo in particolare la Convenzione e il Protocollo di Ginevra relativi allo status dei rifugiati; la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura; la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e la Convenzione europea contro la tortura.

L'Unione non è formalmente parte di tali strumenti internazionali, ma questi sono espressamente richiamati all'art. 78 TFUE, secondo il quale la politica comune in materia di asilo deve essere «conforme alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 e agli altri trattati pertinenti». E dello stesso tenore è anche l'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Siamo dunque in presenza di una molteplicità di fonti normative di varia origine e natura, con ambiti di applicazione differenti o variabili. Penso in particolare alla Carta che si applica alle istituzioni e agli Stati membri, ma a questi unicamente quando applicano il diritto dell'Unione. Penso ancora alla CEDU che assume diversa rilevanza a seconda che si applichi a situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione ovvero a situazioni che rientrano in tale ambito. Nel primo caso essa vincola gli Stati parte, membri dell'Unione europea, come trattato internazionale; nel secondo caso essa, a causa del rinvio contenuto

nell'art. 52, par. 3, della Carta, produce i suoi effetti in maniera indiretta contribuendo a definire la portata dei diritti sanciti in quest'ultima⁶.

Ne risulta dunque un sistema molto complesso e sfaccettato in cui, oltre ai documenti degli organi di controllo in relazione alle specifiche convenzioni adottate nell'ambito delle Nazioni Unite, assumono un rilievo prioritario la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tanto la Corte di Lussemburgo quanto quella di Strasburgo hanno svolto un ruolo fondamentale per la ricostruzione e il coordinamento dei dati normativi, contribuendo, in una dinamica virtuosa di reciproca influenza, ad accrescere le garanzie per i migranti.

3. Passo ora alla situazione italiana. Essendo una delle frontiere meridionali e marittime più estese d'Europa, l'Italia si trova nella condizione di dovere accogliere massicci flussi migratori in conseguenza delle emergenze umanitarie verificatisi negli ultimi anni in molti Paesi africani e mediorientali che si affacciano sul Mediterraneo.

Purtroppo le scelte escludenti e non sempre adeguatamente attente al rispetto dei diritti dell'uomo che, sia pure con fasi alterne, hanno caratterizzato la politica italiana, hanno esposto il nostro Paese a ricorrenti censure degli organismi internazionali competenti.

Preoccupazioni circa la compatibilità del nostro sistema con gli standard normativi internazionali ed europei sono state in particolare manifestate sia sotto il profilo del rispetto del diritto d'asilo e del principio del *non-refoulement*, sia sotto quello delle condizioni di accoglienza.

Come è noto, una prima, forte, censura della politica italiana in materia di respingimenti è venuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo

⁶ In proposito v. CGUE 5 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci*, cit., punto 72; 8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga*, cit., punto 44. 3 settembre 2015, C-398/13P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Commissione*, punto 45.

con la sentenza del 23 febbraio 2012 nell'affare *Hirsi Jamaa*⁷ in cui è stato esaminato il caso, peraltro non isolato, concernente l'operazione di intercettazione in alto mare da parte di unità militari italiane di un gruppo di circa duecento profughi somali e eritrei provenienti dalla Libia e là ricondotti. Nella sentenza la *Grand Chambre* ha ritenuto all'unanimità che tale operazione configurasse un respingimento commesso in spregio dell'art. 3 CEDU, che riconosce il diritto a non essere sottoposto a tortura, a pene o trattamenti inumani o degradanti; una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU, che sancisce il divieto di espulsioni collettive; nonché, stante l'assenza di mezzi effettivi di ricorso con cui far valere la violazione di quelle disposizioni, dell'art. 13 CEDU.

La decisione della Corte di Strasburgo ha condannato duramente la politica italiana di contrasto dell'immigrazione irregolare all'epoca attuata nel quadro nell'accordo del 2008 tra l'Italia e la Libia.

Il governo Monti, insediatosi nel frattempo, si era impegnato a dare esecuzione alla sentenza, dichiarando, tra l'altro, che i respingimenti non fanno parte della politica italiana sull'immigrazione.

Negli anni seguenti l'Italia si è distinta nell'attività di sicurezza e soccorso nel mare Mediterraneo, prima da sola con l'operazione Mare Nostrum, poi insieme all'Unione europea. L'Unione ha infatti organizzato nell'ambito delle attività di Frontex l'operazione Triton e nell'ambito della PESC l'operazione di sicurezza EU NavForMed–Sophia di cui, in considerazione dell'estensione delle acque territoriali e della SAR italiana (pari a circa 1/5 del Mediterraneo), il Governo italiano fin dall'inizio opportunamente ha chiesto e ottenuto il comando operativo.

Nonostante questa encomiabile attività di soccorso in mare, sono rimaste importanti carenze sistemiche nell'ordinamento italiano. È vero che la normativa italiana in materia di immigrazione e asilo prevede, in attuazione degli obblighi costituzionali ed europei, una serie di garanzie

⁷ *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 27765/09.

procedurali e sostanziali dirette ad assicurare l'accesso al territorio da parte delle persone che richiedono la protezione internazionale.

Tuttavia non si può ignorare che nell'ordinamento giuridico italiano sono presenti alcune norme di dubbia compatibilità con gli standard costituzionali ed europei.

Ma soprattutto la prassi rivela talora preoccupanti deficienze, dovute a fattori di varia origine. Restano infatti numerose le criticità riscontrate, in particolare per quanto riguarda il trattamento dei migranti, il loro trattenimento negli *hotspot*, l'accesso alla procedura d'asilo e le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo e il successivo percorso di integrazione dei rifugiati. Inoltre, le difficoltà che incontrano i richiedenti asilo a ricevere in modo corretto e tempestivo i documenti necessari ad attestare il loro status desta forti dubbi di compatibilità con i termini stabiliti dalla direttiva sulle condizioni di accoglienza. Senza contare che i ritardi nel rilascio del permesso di soggiorno che fa seguito alla registrazione della domanda e degli altri documenti o il loro mancato rilascio impediscono l'effettivo accesso ai benefici riconosciuti ai richiedenti asilo dal diritto europeo, tra cui in particolare la tessera sanitaria e determinati servizi sociali.

Inoltre, per quanto riguarda le condizioni materiali di accoglienza dei migranti, siano essi richiedenti protezione internazionale, siano essi già titolari di una forma di protezione, emergono, da un lato la complessità e le tensioni a cui è sottoposto il sistema italiano d'accoglienza, dall'altro le difficoltà che incontrano queste persone, molte delle quali vivono in condizioni di disagio e marginalità e finanche, purtroppo troppo spesso, di sfruttamento.

Spesso le autorità amministrative, centrali e locali, richiedono requisiti documentali che i richiedenti e i beneficiari di protezione internazionale non sono in grado di produrre.

Esempio emblematico degli ostacoli che incontrano i richiedenti è il caso deciso dal Tribunale di Trieste (sez. spec. Immigrazione) con

n. 2/2018

ordinanza cautelare del 21 giugno 2018. Il caso riguarda un cittadino pakistano giunto a Pordenone attraverso la rotta terrestre al quale la questura aveva negato l'accesso alla procedura di protezione internazionale in quanto non era in grado di dimostrare di avere dimora nel territorio. Privo di mezzi di sussistenza egli infatti era «assistito dalla Croce Rossa Itali(a)na di Pordenone dal 20 marzo 2018, con ospitalità notturna presso il dormitorio di Porcia e un pasto giornaliero». Secondo quanto richiesto dall'istruzione prefettizia (doc. 10 Ministero dell'interno, missiva del Prefetto di Pordenone, prot. Uscita 0003301 del 2/2/2018), il richiedente che non abbia presentato la domanda in polizia di frontiera sarebbe legittimato a presentarla presso la questura di Pordenone solo se nella giurisdizione della stessa egli disponga di “una autonoma sistemazione”.

Il Tribunale, rilevando l'irragionevolezza della condizione, ha richiamato l'art. 6, par. 6, della direttiva 2013/33/UE (recepita dal D.Lgs. n. 142 del 2015) a tenore del quale «gli Stati membri non esigono documenti inutili o sproporzionati né impongono altri requisiti amministrativi ai richiedenti prima di riconoscere loro i diritti conferiti dalla presente direttiva, per il solo fatto che chiedono protezione internazionale». Di conseguenza, accogliendo la domanda, il giudice ha ritenuto che la richiesta di una dichiarazione di ospitalità o di una “autonoma sistemazione” ai fini in esame è illegittima, in quanto non trova alcun fondamento normativo ed ha ordinato al questore di Pordenone di procedere alla registrazione/accettazione della domanda di protezione internazionale da parte del ricorrente.

4. Questo tipo di carenze sistemiche ha indotto alcuni giudici di vari Stati membri dell'Unione europea a sospendere i trasferimenti c.d. Dublino verso l'Italia per timore di violazioni dei diritti fondamentali del richiedente. È stato infatti sostenuto da quei giudici che il richiedente

rischierebbe di non disporre di alloggio e di vivere in condizioni al di sotto del livello minimo di sussistenza.

Sulla questione si è pronunciata anche la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ricevuto numerosi ricorsi relativi a presunte violazioni dell'art. 3 CEDU in relazione a trasferimenti "Dublino" verso l'Italia. Nella decisione *Mohammed Hussein* del 2 aprile 2013⁸, la Corte ha concluso che in Italia la situazione generale dei richiedenti asilo, dei rifugiati e dei titolari di protezione internazionale, pur essendo lungi dall'essere ideale e non priva di lacune, non dimostra carenze sistemiche tali da configurare una violazione dell'art. 3 CEDU. La Corte ha infatti individuato una "soglia" di gravità affinché l'espulsione da parte di uno Stato contraente dia luogo ad una violazione dell'art. 3, soglia che viene superata quando «substantial grounds have been shown for believing that the individual concerned, if deported, faces a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3». Gli standard richiesti dalla Convenzione per accertare l'esistenza di una violazione dell'art. 3 presuppongono pertanto che il maltrattamento che il ricorrente afferma di aver subito raggiunga un «minimum level of severity».

Ciò premesso, la Corte ha ritenuto che il peggioramento della situazione economica personale non è sufficiente «to meet the threshold of ill-treatment proscribed by Article 3», giungendo, in ultima analisi, ad escludere che l'art. 3 possa essere interpretato nel senso di imporre agli Stati contraenti l'obbligo di fornire un'abitazione ad ogni persona che si trovi nella loro giurisdizione o un obbligo generale di fornire ai rifugiati un'assistenza finanziaria per assicurare loro un certo standard di vita.

La Corte ha raggiunto conclusioni analoghe il 15 dicembre 2016 nella sentenza *Khlaifia*⁹. In questo caso la Corte ha infatti ritenuto che alla luce delle circostanze eccezionali della situazione contingente i trattamenti lamentati dai ricorrenti trattenuti nel centro di soccorso e prima

⁸ *Mohammed Hussein and Others v. the Netherlands and Italy*, 27725/10.

⁹ *Khlaifia and Others v. Italy*, 16483/12.

accoglienza (CPSA di Contrada Imbricola - Lampedusa) e a bordo delle navi Vincent e Audacia non hanno raggiunto la soglia di gravità necessaria per rientrare nelle previsioni dell'art. 3 della Convenzione: «Having regard to all the factors set out above, taken as a whole, and in the light of the specific circumstances of the applicants' case, the Court finds that the treatment they complained of does not exceed the level of severity required for it to fall within Article 3 of the Convention».

Tuttavia, trattandosi di famiglie con minori e quindi di persone particolarmente vulnerabili, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha preso una posizione più garantista. Nella sentenza, pronunciata il 4 novembre 2014, nel caso *Tarakhel v. Switzerland*, la Corte, dopo aver ribadito che per aversi violazione dell'art. 3 i trattamenti in questione devono caratterizzarsi per un minimo di gravità, da valutare alla luce di un insieme di variabili, quali la durata e gli effetti dei trattamenti, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima, ha ritenuto che, tenuto conto delle circostanze del caso di specie, le autorità svizzere debbano preliminarmente ottenere garanzie presso gli omologhi italiani che, una volta rinvii in Italia, i ricorrenti siano accolti in strutture e in condizioni adeguate all'età dei bambini e che l'unità del nucleo familiare sia preservata.

5. La situazione italiana è da tempo sotto monitoraggio anche da parte della Commissione europea la quale nel 2012 ha aperto una procedura di infrazione che è rimasta alla fase iniziale, senza però essere stata ancora archiviata. La lettera di messa contesta la violazione di varie disposizioni delle direttive procedure e accoglienza e del regolamento Dublino, in combinato disposto con gli articoli 3, 4 e 18 della Carta diritti fondamentali. Ciò in quanto le lacune e le disfunzioni del sistema italiano d'asilo considerato nel suo insieme producono conseguenze negative sui diritti degli interessati. Secondo la Commissione una procedura d'asilo accessibile e pienamente operativa è infatti una condizione *sine qua non*

per garantire il diritto dei richiedenti alla protezione internazionale garantito dall'art. 18 della Carta.

La Commissione ha anche aperto una procedura relativa al trattamento dei minori stranieri non accompagnati (MSNA) a causa dell'inadeguatezza della disciplina della tutela. La procedura è stata archiviata in considerazione dei progressi che si sono registrati con l'adozione della legge Zampa¹⁰ che disciplina in modo organico la materia prevedendo un sistema specifico di accoglienza dei MSNA; standard omogenei per l'accertamento dell'età; diritto alla salute e all'istruzione; diritto all'ascolto e all'assistenza legale; e, infine, istituisce la figura del tutore volontario.

6. I problemi sono molti e l'economia del discorso impone di accennare solo ad alcuni fra gli aspetti più sensibili.

Tra questi vi è sicuramente la questione del trattenimento o detenzione amministrativa degli stranieri "irregolari", che entrano via mare o via terra, nello Stato e della questione, connessa, della disciplina dei "punti di crisi" i c.d. *hotspot*.

Com'è noto la Corte EDU con la sentenza *Khlaifia* ha rivolto una severa condanna all'Italia per la detenzione nel centro di soccorso e prima accoglienza (CSPA) di Lampedusa dei migranti irregolari arrivati sulle coste italiane nel 2011 durante la Primavera Araba in Tunisi.

I giudici di Strasburgo hanno infatti ritenuto che «the applicants' detention had no clear and accessible legal basis, which made it impossible for the authorities to communicate to them the legal reasons for this deprivation of liberty, and that the Italian legal system had not offered to the persons concerned a remedy to obtain judicial review of the legality of their detention (violations of Article 5 §§ 1, 2 and 4)».

¹⁰ Legge 7 aprile 2017, n. 47.

E per quanto le condizioni di detenzione non abbiano e raggiunto “la soglia di gravità” richiesta per qualificarli come trattamenti inumani e degradanti, la Corte ha stabilito l’esistenza di una violazione dell’art. 13 che sancisce il diritto a un ricorso effettivo in connessione con l’art. 3 della Convenzione.

Le misure finora prese dal Governo italiano per dare esecuzione alla sentenza non sono state ritenute sufficienti dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa che a marzo di quest’anno ha richiesto ulteriori informazioni da presentare entro giugno. Il 12 luglio scorso, il rappresentante italiano presso il Consiglio d’Europa ha comunicato che le questioni sono ancora all’esame delle autorità competenti e che il recente cambiamento di Governo ha avuto come conseguenza di rallentare tutte le attività e quindi sarà necessario un ulteriore periodo di tempo! ¹¹

In proposito ricordo che il c.d. approccio *hotspot* ha origine nella *Roadmap* pubblicata dal Ministero dell’interno nel marzo 2015. Un atto che non ha alcun valore normativo, men che meno di legge. Gli *hotspot* vi sono definiti come centri chiusi e tali sono. In essi vi sono detenuti, prima e durante e talvolta anche dopo le procedure di identificazione, tanto i richiedenti asilo, quanto i c.d. migranti economici e persino minori, in violazione del principio di legalità così come delle direttive europee e della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il trattenimento nei centri può avere durata estremamente variabile e non definita sulla base di criteri di legge.

L’associazione in *Limine* il 27 giugno di quest’anno ha presentato al Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa un rapporto estremamente critico sulla situazione¹², riportando anche le osservazioni Garante dei diritti dei detenuti e il Rapporto ad hoc della Commissione del Senato della

¹¹ [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2018\)718](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2018)718).

¹² [http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD\(2018\)754](http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=DH-DD(2018)754).

Repubblica ¹³. In particolare il Garante (gennaio 2017) ha osservato che «Even after identification procedures have been completed, the migrants hosted at the Lampedusa hotspot are not allowed to leave. This entails a deprivation of personal liberty that is not regulated by a primary source of law, or submitted for consideration by a judge, given that hotspots represent a sort of limbo in terms of legal protection, in which people are detained de facto without the approval of a judge and with no possibility of appeal».

Il decreto-legge n. 13 del 2017 (Minniti-Orlando) convertito lo stesso anno nella legge n. 46 ha introdotto nuove misure per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale e per il contrasto all'immigrazione.

Allo scopo di dare una base legale agli *hotspot*, definiti punti di crisi, la legge 46/2017 rinvia alla c.d. legge Puglia: in realtà questa legge, adottata nel 1995 in occasione degli sbarchi dall'Albania, non fornisce una base legale adeguata per il trattenimento delle persone in questi luoghi, in quanto si limita a prevedere l'istituzione di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi senza però specificare altro. E dunque rimane ancora alla discrezionalità delle autorità di polizia la gestione delle fasi procedurali relative all'identificazione e all'informazione sulle procedure d'asilo, senza che i diritti dei migranti siano adeguatamente garantiti. Non solo ma vengono anche allungati i termini del trattenimento.

7. La legge n. 46 ha inoltre riformato i procedimenti in materia di protezione internazionale, prevedendo in particolare l'istituzione di sezioni specializzate del Tribunale che giudicano (con rito camerale in unico grado di merito) senza audizione dell'interessato ma sulla base della

¹³ Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia, Roma, 2016, p. 22 ss.

videoregistrazione dell'audizione davanti alla Commissione territoriale; l'abbreviazione di molti dei termini processuali; l'abolizione del grado d'appello.

La disciplina del ricorso giurisdizionale introdotta dalla legge 46/2017 sollecita qualche considerazione sulla sua incidenza sulla portata del diritto ad un ricorso effettivo nell'ordinamento italiano.

Evidentemente il diritto al ricorso effettivo è lo strumento indispensabile a garantire l'effettivo godimento dei diritti della persona, cittadino o straniero.

Nell'ordinamento dell'Unione europea il diritto di ricorso effettivo è parte integrante del sistema; originariamente riconosciuto dalla Corte di giustizia come principio generale comune alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, esso è oggi sancito nell'art. 47 della Carta e nell'art. 19 TUE. Esso è anche sancito negli articoli 6 e 13 CEDU.

Negli atti normativi del sistema europeo di asilo il diritto delle persone ad un ricorso effettivo è previsto in termini generali senza una disciplina specifica di dettaglio: così dispongono l'art. 46 della direttiva procedure e l'art. 27 del regolamento Dublino. In questi casi si applica il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri che, originariamente enunciato dalla Corte di giustizia, è ora sancito all'art. 19, par. 1, 2° capoverso, TUE. Gli Stati membri godono dunque di un ampio margine di discrezionalità nell'individuazione degli strumenti giurisdizionali più idonei. Questi strumenti dovranno rispondere ai principi di equivalenza e di effettività. In base al principio di equivalenza, gli Stati devono applicare norme procedurali non meno favorevoli rispetto a quelle vigenti per situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno. Il principio di effettività impone che lo strumento giurisdizionale consenta un concreto ed effettivo accesso alla giustizia. Qualora questi requisiti non siano soddisfatti il giudice deve disapplicare la disciplina procedurale nazionale.

La Corte di giustizia, ribadendo che «il diritto a un mezzo di impugnazione efficace costituisce un principio fondamentale del diritto

dell'Unione» ha pertanto affermato che «affinché l'esercizio di tale diritto sia effettivo, il giudice nazionale deve poter verificare la fondatezza dei motivi che hanno indotto l'autorità amministrativa competente a considerare la domanda di protezione internazionale infondata o abusiva, senza che detti motivi beneficino di una presunzione inconfutabile di legittimità»¹⁴.

Per quanto riguarda l'audizione del ricorrente, la Corte di giustizia nella sentenza *Moussa Sacko*, pronunciata sul rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano nel 2016, quindi prima dell'adozione del decreto Minniti, ha ritenuto che la direttiva 2013/32, e in particolare i suoi articoli 12, 14, 31 e 46, letti alla luce dell'art. 47 della Carta, deve essere interpretata nel senso che «non osta a che il giudice nazionale, investito di un ricorso avverso la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale manifestamente infondata, respinga detto ricorso senza procedere all'audizione del richiedente qualora le circostanze di fatto non lascino alcun dubbio sulla fondatezza di tale decisione, a condizione che, da una parte, in occasione della procedura di primo grado sia stata data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, conformemente all'articolo 14 di detta direttiva, e che il verbale o la trascrizione di tale colloquio, qualora quest'ultimo sia avvenuto, sia stato reso disponibile unitamente al fascicolo, in conformità dell'articolo 17, paragrafo 2, della direttiva medesima, e, dall'altra parte, che il giudice adito con il ricorso possa disporre tale audizione ove lo ritenga necessario ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto contemplato all'articolo 46, paragrafo 3, di tale direttiva»¹⁵.

Secondo la Corte, infatti, l'obbligo di procedere all'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto, imposto al giudice competente dall'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/32, deve essere interpretato nel

¹⁴ CGUE, 28 luglio 2011, C-69/10, *Samba Diouf*, punto 61.

¹⁵ CGUE 26 luglio 2017, C-348/16 *Moussa Sacko*, punto 49 e dispositivo.

contesto dell'intera procedura d'esame delle domande di protezione internazionale disciplinata da tale direttiva, tenendo conto della stretta connessione esistente tra la procedura di impugnazione dinanzi al giudice e la procedura di primo grado (che in Italia è la procedura amministrativa davanti alla Commissione territoriale) che la precede, nel corso della quale deve essere data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, a norma dell'art. 14 della direttiva citata¹⁶.

La disciplina introdotta dalla legge 46/2017, che sostituisce in via generale e salvo determinate eccezioni l'audizione del ricorrente con la videoregistrazione del colloquio davanti alla Commissione territoriale, sembrerebbe dunque coerente con tale giurisprudenza.

La Corte di cassazione, richiamando la sentenza *Moussa Sacko*, ha precisato che ai sensi dell'art. 35-bis, commi 10 e 11, l. 46/2017, qualora non sia disponibile la videoregistrazione con mezzi audiovisivi dell'audizione del richiedente la protezione dinanzi alla Commissione territoriale, il Tribunale è tenuto a fissare l'udienza di comparizione delle parti «a pena di nullità del suo provvedimento decisorio, salvo il caso dell'accoglimento dell'istanza del richiedente asilo di non avvalersi del supporto contenente la registrazione del colloquio»¹⁷.

Un altro profilo di interesse riguarda la portata del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, ovvero se esso debba o meno articolarsi in un doppio grado di giudizio. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia né la direttiva procedure, né la direttiva qualifiche, né l'art. 47 della Carta, letto alla luce delle garanzie sancite dall'art 18 e dall'art. 19, par. 2, di quest'ultima, impongono l'esistenza di un doppio

¹⁶ CGUE 25 luglio 2018, C- 585/16, *Alheto*, punto 118.

¹⁷ Corte di cassazione, Sez. I civile, sentenza del 5 luglio 2018, n. 17717

grado di giudizio: «L'essenziale, infatti, è unicamente che sia possibile esperire un ricorso dinanzi a un'autorità giurisdizionale»¹⁸.

Nel caso poi di una decisione di rimpatrio e di un'eventuale decisione di allontanamento, «la protezione insita nel diritto a un ricorso effettivo nonché nel principio di non respingimento dev'essere garantita riconoscendo al richiedente protezione internazionale il diritto a un ricorso effettivo che sia automaticamente sospensivo, quantomeno dinanzi a un'autorità giurisdizionale»¹⁹.

Recentemente, il Tribunale di Milano ha sollevato alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia relative all'interpretazione degli articoli 4 e 19 TUE e 47 Carta, nonché degli articoli 22 e 46 della direttiva 2013/32²⁰. In sostanza il quesito riguarda l'efficacia sospensiva del ricorso in Cassazione contro il decreto con cui il Tribunale rigetta il ricorso del richiedente contro la decisione con cui la Commissione territoriale respinge la domanda di protezione internazionale. Il problema trae origine dalle modifiche introdotte dalla legge 46/2017 che ha escluso l'effetto sospensivo automatico dell'impugnazione.

La Corte di giustizia, ha risposto con procedura pregiudiziale d'urgenza all'ordinanza di cui sopra e dopo aver richiamato la propria giurisprudenza sul punto²¹, ha precisato che «il diritto dell'Unione, in particolare le disposizioni della direttiva 2013/32, lette alla luce dell'articolo 47 della Carta, dev'essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale prevede un procedimento di impugnazione contro un provvedimento giurisdizionale di primo grado che conferma la decisione della competente autorità amministrativa di respingere una domanda di

¹⁸ V., in tal senso, CGUE 28 luglio 2011, *Samba Diouf*, C-69/10, cit., punto 69 , più recentemente, CGUE 9 giugno 2018, C-181/16 *Gnandi*, punto 57.

¹⁹ CGUE 26 settembre 2018, C-180/17, *X e Y*, punto 29 e punto 44.

²⁰ Ordinanza del 9 maggio 2018.

²¹ CGUE 26 settembre 2018, C-180/17, *X e Y*, cit., punto 23.

n. 2/2018

protezione internazionale, senza dotare tale impugnazione di effetto sospensivo automatico, ma che consente al giudice che ha emesso tale provvedimento di disporre, su istanza dell'interessato, la sospensione della sua esecuzione, previa valutazione della fondatezza dei motivi dedotti nell'impugnazione contro tale provvedimento e non della sussistenza di un rischio di danno grave e irreparabile che la sua esecuzione causerebbe al richiedente»²².

Vengo alle conclusioni. Come si è visto non mancano profili di criticità nel sistema italiano di gestione delle procedure di protezione internazionale e di accoglienza dei profughi. Criticità che rischiano di aggravarsi ancor di più qualora i provvedimenti prospettati dall'attuale Governo dovessero definirsi concretamente. Il progetto di “decreto sicurezza” presentato dal Ministro dell'Interno da infatti adito alle più forti preoccupazioni circa la tenuta del sistema italiano di garanzie minime essenziali di tutela dei diritti fondamentali di profughi e migranti.

²² CGUE ordinanza 27 settembre 2018, C-422/18PPU, *FR*, punto 47.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

ROBERTO BIN - PAOLA CHIARELLA

**Critica della teoria dei diritti.
Conversazione con Roberto Bin**

ROBERTO BIN* - PAOLA CHIARELLA**

**Critica della teoria dei diritti.
Conversazione con Roberto Bin**

La riflessione giusfilosofica ha il pregio di non potersi mai dire conclusa. Sebbene si continui a parlare e a scrivere a profusione sulla natura del diritto e sulle sue principali questioni, nel circolo degli interpreti resta viva la sensazione dell'ancora "non detto", di una frontiera oltre la quale spingere il pensiero e la discussione in avanti. Il testo di Roberto Bin *Critica della teoria dei diritti* (FrancoAngeli 2018, pp. 1-146) ha questo intento pur partendo da una domanda quasi primordiale per i nostri studi *Che cos'è un diritto?* dalla quale prende corpo una serie di riflessioni sulla tutela dei diritti *vecchi e nuovi*, sui loro limiti giuridici e finanziari, sul bilanciamento di interessi contrapposti, sulla tutela multilivello dei diritti di cui si trascura talvolta la diversità delle origini e della natura delle Corti nazionali ed europee tenute a proteggerli. Il volume non manca neppure di offrire una stimolante riflessione sui rapporti tra diritto ed economia, contribuendo a sfatare il mito di un mercato autoimmune dal diritto.

A proposito, il prof. Roberto Bin, Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara, ha tenuto presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro una lezione dal titolo "Il mercato è davvero nemico dei diritti?", nell'ambito delle attività seminariali della

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara.

** Docente a contratto di Teoria e tecnica della normazione e dell'interpretazione e di Antropologia sociale presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

cattedra di Diritto costituzionale II del Prof. Luigi Ventura. L'occasione ci è stata gradita per proporre al Prof. Bin un'intervista sui temi del suo ultimo lavoro di ricerca.

Gentilissimo Prof. Bin, La ringrazio per aver accettato questa intervista. È un grande onore per la nostra rivista “Ordines” poter dare voce ai temi del suo recente lavoro. Partirei proprio dalla prima critica che Lei muove all'abusata distinzione tra le generazioni dei diritti che, a suo giudizio, non ha alcuna utilità analitica giacché intrisa di ideologia. Pur condividendo l'impossibilità distinguere così nettamente le categorie dei diritti, non è forse utile ancora oggi quella distinzione allorché assistiamo ad un ritorno ideologico della primazia dei diritti di prima generazione, a discapito della tutela dei diritti sociali a livello nazionale e dei diritti politici a livello europeo?

Non è sbagliata la distinzione tra generazioni dei diritti di per sé, ma per i risvolti ideologici che l'accompagnano (i diritti fondamentali, come la sicurezza personale o la libertà del domicilio non avrebbero un “costo”, mentre il diritto alla salute o quello all'istruzione sì); ha un fondamento storico soprattutto come indicazione di generazioni diverse in cui sono sorte le rivendicazioni sociali relative ai diritti. Il fatto che oggi noi assistiamo ad un ritorno ai diritti di prima generazione a discapito dei diritti sociali e dei diritti politici significa che in effetti qualcosa si è rotto nel meccanismo di evoluzione della nostra società e ha provocato un inatteso e sconvolgente ritorno indietro. C'è molto da riflettere su questo fenomeno e sulle sue cause. La causa principale è senz'altro la perdita di importanza degli Stati nazionali, che sono stati il contesto di maturazione dei diritti. Oggi gli

Stati non dispongono più del controllo della ricchezza, non sono più autonomi nel decidere dove allocare le risorse e come accumulare la finanza necessaria a soddisfare le rivendicazioni dei diritti. La società continua ad avanzare rivendicazioni e si ribella contro lo Stato che non risponde e non riesce a soddisfarle. I *gilet* gialli in Francia sono una reazione come lo è anche il successo elettorale di quelli che in Italia si chiamano i populistici. Ma il problema non è (o non è solo) la qualità dell'azione dello Stato, ma la sua perdita di potere.

Lo Stato di diritto è la felice espressione con la quale si allude alla protezione dell'individuo rispetto all'esercizio arbitrario del potere. Mentre tradizionalmente è al potere pubblico che si pensa, sulla scia di Carl Schmitt, Lei rinviene in Thomas Hobbes il precursore dello Stato di diritto allorché il primo potere posto sotto controllo è quello privato. D'altra parte, lo Stato non è che una creazione artificiale e successiva volta a rimediare l'originaria insicurezza sociale dei privati. La mia domanda riguarda la congruenza dell'espressione Stato di diritto, prevalentemente pubblicistica, in merito al controllo della conflittualità sociale dei privati. Per Stato di diritto si intende lo Stato sottoposto anch'esso al diritto, profilo del tutto assente nell'assolutismo hobbesiano. Forse si potrebbe pensare ad espressioni anche del tutto nuove per esplicitare il concetto determinante della riflessione hobbesiana. Azzarderei dire: *Società di diritto* al fine di riservare l'operatività della formula *Stato di diritto* per le limitazioni del potere politico. Cosa ne pensa?

Hobbes aveva ben capito che la società degli umani non si regola da sola, ha bisogno di una legge e un'autorità che ne garantisca il rispetto. Può anche essere la legge di Dio e l'autorità di un rabbino o di un imam, in società che abbiano la religione come forte fattore di coagulazione. Nel mondo europeo questa funzione è stata traslata al sovrano (Hobbes) e poi al soggetto impersonale chiamato Stato, alla cui autorità si è progressivamente attribuita legittimazione attraverso il suffragio. Se oggi lo Stato perde autorità, come si governerà la società? Il diritto dello Stato rischia di essere soppiantato dalle c.d. leggi dell'economia, che poi sono le leggi del più forte. E così stiamo tornando all'*homo homini lupus*, contro cui Hobbes scriveva.

La scarsità delle risorse viene spesso invocata come limite all'espansione senza freni di diritti e libertà. Ma il limite Lei lo rinviene già nel concetto stesso di diritto, da cui discende, tra i diritti, un calcolo inevitabilmente a “somma zero”. Allude forse ad una lotta tra i diritti? Lei ne deduce infatti una “topografia del conflitto”. Può spiegarci meglio questo concetto?

Come la Corte costituzionale ha sempre detto e ripetuto, nessun diritto è assoluto, perché ogni diritto può trovarsi in competizione con altri diritti o altri interessi. Se tutti i diritti “costano” (che cosa sarebbe la mia libertà personale o la mia proprietà se non ci fossero polizia, giudici, carceri a impedire agli altri di violare i miei diritti?), la legge di bilancio fissa ogni anno quali diritti sono premiati e quali meno. Ma anche sul piano dei diritti (e non degli interessi economici) la conflittualità è normale: che dire, per esempio, del conflitto tra la salute della madre e il “diritto” del feto a nascere? Eppure la maternità non è concepita di solito come il luogo di conflitto tra

madre e figlio: di solito, ma in certi casi può capitare, ed è un dramma che chiede al diritto una soluzione.

Relativamente al calcolo a somma zero dei diritti, il volume affronta anche il tema della “gradualità delle prestazioni pubbliche”. Cosa discende dal fatto che il principio del pareggio di bilancio sia stato costituzionalizzato tanto da diventare un fattore operativo nel bilanciamento dei principi? È anch’esso un precetto di ottimizzazione da realizzare nella misura maggiore possibile, come insegna Robert Alexy? Ma a quale prezzo?

Il principio del pareggio di bilancio o non esiste o non è una novità. Ogni bilancio deve essere in pareggio aritmetico, il problema è che cosa si mette nella parte attiva per equilibrare le spese: il problema cioè è il ricorso al debito pubblico. Si possono finanziare i diritti allargando il debito pubblico? Questa è la vera domanda, che fuoriesce dalle logiche contabili e ci porta a individuare il vero controinteressato: che non è l’astrattezza dell’equilibrio finanziario, né gli occhiuti burocrati di Bruxelles – come ci suggerisce l’idiozia di certi politici – ma le generazioni future, che il peso di quel debito dovranno sopportare. Noi stiamo allargando il diritto alla pensione della generazione attuale, per esempio, a carico della sicurezza previdenziale delle nuove generazioni: un vero delitto!

È molto efficace la metafora delle “pentole” e degli “ombrelli” che lei impiega per distinguere la concezione oggettivista e contenutistica dei diritti dalla concezione

“continua, modulare ed elastica” della tutela dei beni giuridici. Cosa distingue dunque una pentola da un ombrello?

La pentola implica che si ragioni nella logica dentro/fuori (un certo bene entra o meno nella protezione di un diritto), l’ombrello serve a garantire la massima copertura al capo di chi lo apre, ma poi la protezione scema man mano si scenda e si avverta la pioggia bagnare sempre più intensamente il nostro corpo. La logica del bilanciamento dei diritti segue la logica dell’ombrello: ogni diritto è stato scritto in Costituzione pensando alla testa (la persona fisica che non può essere violata, la mia casa, le mie lettere ecc.), ma nella pratica copre anche beni attinenti all’interesse protetto ma non con la stessa intensità garantita alla testa: dipende anche da dove tira il vento, ossia da che parte premano interessi collettivi (la punizione dei criminali o il bilancio) o ciò che sgocciola da altri ombrelli, cioè dalla protezione di altri diritti con cui occasionalmente ci si scontra (per es., la mia libertà di espressione si può urtare la onorabilità delle persone su cui esprimo un giudizio).

La scienza giuridica non è immune dal produrre talvolta equivoci. Lei ne individua essenzialmente due: (i) allorché si parla di “nuovi diritti” e li si sottrae al calcolo a somma zero e (ii) ove si invoca la formula, quasi rassicurante, del “principio di massima espansione dei diritti”. Qual è la giusta misura dello *specialismo* a cui si tende occupandosi di *nuovi diritti*? E che cosa si trascura nell’invocare la massima espansione?

Posto che i diritti sono a somma zero, la teoria della “massima espansione” trascura di considerare chi – la protezione di quali diritti, quali interessi – ci perde se un diritto si espande. È un’idea tipica di chi opera in settori in cui apparentemente la scala dei diritti è fissa, come nel processo penale, in cui la cultura liberale ha sempre puntato l’attenzione sui diritti dell’imputato o del condannato, mentre i diritti della vittima e quelli della collettività passano in secondo piano. Quanto ai “nuovi diritti”, essi sono spesso soltanto la coniugazione di nuove tecnologie con vecchie libertà: per esempio, quello che oggi la scienza consente di fare in relazione a fenomeni fisiologici come la procreazione e il mantenimento in vita del malato portano il legislatore a regolare fenomeni che una volta gli sfuggivano, ed erano affidati alle libere scelte delle persone. Il mio messaggio è che, di fronte a queste nuove situazioni, il legislatore possa intervenire, limitando la nostra libertà di decidere di noi stessi, solo rispettando l’assioma della “somma zero”, cioè chiarendo quale sia il diritto o l’interesse generale egli agisca, non invece, come spesso fa il legislatore italiano (come nel caso dell’infame legge sulla procreazione assistita, in più punti dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale), in nome di “principi” e “valori” che appartengono ad una visione ideologica o teologica della vita.

È altresì molto interessante l’equivoco che Lei rinviene nella cosiddetta “tutela multilivello” generatrice di una garanzia espansiva dei diritti, operativa tra il piano nazionale e transnazionale. Tuttavia, non potendosi trascurare la diversità di genesi e vocazione delle Costituzioni nazionali rispetto alla Cedu ed alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, la fiducia nella

progressiva tutela di livello superiore si ridimensiona notevolmente. Ma cosa vi è veramente di ostacolo?

Che la Costituzione nasce dalla nostra storia ed è vissuta dalla nostra politica democratica, con tutta la dialettica che essa comporta: né la Cedu, né la Carta dei diritti hanno le stesse qualità. Dietro ad esse c'è l'idea che i diritti nascano nelle aule dei giudici (di Strasburgo e di Lussemburgo): per questo, questa idea piace molto a molti giudici italiani, che vorrebbero superare i limiti posti dalle nostre leggi ed ergersi loro come creatori dei diritti. Ma questo è un disegno incostituzionale, perché i giudici sono in Italia indipendenti e autonomi, ma comunque e sempre soggetti alla legge. Spetta alla legge regolare i diritti (e la concorrenza tra di essi), non ai giudici: se questi ritengono che la legge non risponda alla Costituzione, non possono disapplicarla, ma devono rivolgersi alla Corte costituzionale, che è l'unico organo che può invalidare le leggi.

Sul tema del rapporto tra diritti e mercato, la *mitologia giuridica* avrebbe tramandato erroneamente l'idea dell'autosufficienza del mercato rispetto alle regole giuridiche. Cosa vi è di vero e di falso in ciò?

La semplice evidenza che il mercato di per sé non esiste: è un'istituzione, cioè è istituito e regolato dalle leggi. Per costruire il mercato europeo ci son voluti volumi e volumi di regole, senza le quali il mercato non ci sarebbe.

L'Europa ha fatto della crisi un *modus vivendi* nel senso che oramai ci siamo abituati a ragionare in termini di

politiche di austerità, decisioni tecnocratiche, rassicurazione dei mercati ed insicurezza sociale dilagante. Qual è la Sua idea di Europa? È possibile pensare ad un progetto costituzionale europeo che, sulla spinta di un potere costituente dal basso, possa offrire un modello alternativo a quello attuale?

Più che di un processo costituente, che si arenerebbe subito appena si incominciasse a discutere dei principi, dei “valori”, della sovranità, ecc., abbiamo bisogno del ritorno della politica: ed è proprio quello che oggi manca in Europa (e in Italia).

Il deficit democratico europeo, come Lei osserva, non spunta inaspettatamente, ma in forza di un disegno preordinato volto a minimizzare il ruolo del Parlamento. Ma a chi non piace la democrazia e perché? Vi è un qualche legame con il parallelo deficit nella tutela dei diritti sociali?

Il deficit democratico era comprensibile e accettabile negli anni '50: si trattava di rimettere in piedi l'Europa distrutta dalla guerra “politica” e si pensava ad un mercato da costruire con poche regole. Poi il mercato stesso ha richiesto un'enorme quantità di regole, e l'introduzione della moneta unica ha inevitabilmente imposto limiti e vincoli alle scelte economiche e sociali degli Stati. A questo punto il funzionamento dell'Unione europea si è arenato e ha dimostrato che il vero deficit è quello della politica. Più l'Europa è una soluzione obbligata – almeno io la vedo così – con maggior forza richiede una guida politica del processo.

In apertura del suo volume Lei individua l'origine dello Stato di diritto nella limitazione dei poteri dei privati. Oggi l'insicurezza economica e sociale è in larga misura dovuta alla deresponsabilizzazione dello Stato rispetto agli obiettivi di tutela sociale. Lo Stato di diritto è allora in crisi anche per questa ragione, tenuto conto dello strapotere di soggetti economici che prosperano soprattutto in un mondo globalizzato?

Esattamente così. Siamo ritornati ad un livello di diseguaglianza economica incompatibile con la democrazia, e infatti le democrazie vengono smantellate o quantomeno poste ai margini delle decisioni importanti. Chi le prende, al posto degli Stati? Poteri e potentati economici, per lo più anonimi e multinazionali, rispetto ai quali nessuno riesce a svolgere un controllo o imporre limiti e sanzioni. È tornato il *lupus* di Hobbes e noi abbiamo ripreso a cercare il sovrano che ci protegga. Ne conosciamo solo uno, però: lo Stato. È da questo che bisogna ripartire, dagli Stati e dalla ripresa della politica.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

IVAN VALIA

Alcuni spunti di riflessione sulla duplice natura del diritto

M. LA TORRE – P. TINCANI (a cura di), *La
dimensione ideale del diritto. Discutendo con
Robert Alexy*, Giappichelli, Torino, 2018



IVAN VALIA*

Alcuni spunti di riflessione sulla duplice natura del diritto

M. LA TORRE, P. TINCANI (a cura di), *La dimensione ideale del diritto*.

Discutendo con Robert Alexy, Giappichelli, Torino, 2018

Le indagini sulla natura del diritto, sul rapporto tra diritto e morale, sul ruolo che i principi assumono all'interno dell'ordinamento giuridico, costituiscono l'essenza dell'indagine giusfilosofica.

Proprio la connessione concettuale e necessaria tra diritto e morale è un passaggio indispensabile per comprendere la teoria di Robert Alexy. Quest'ultimo, in *Qualche riflessione sulla dimensione ideale del diritto e sulla filosofia del diritto di John Finnis*¹, ha avuto modo di rileggere la questione alla luce della supposta "doppiezza" del diritto che, per l'appunto, possiederebbe una dimensione ideale ed una dimensione reale.

La dimensione ideale del diritto - Discutendo con Robert Alexy, partendo proprio dal saggio del professore tedesco, è un testo che fornisce una immagine nitida della "crisi" del positivismo e fa ciò attraverso una raccolta che comprende interessanti critiche di autori che, partendo dalla tesi alexiana, restituiscono al lettore spunti interessanti non solo sulla tesi della dualità ma, in un senso molto più ampio, su temi centrali del dibattito giusfilosofico contemporaneo.

* Docente di Filosofia Politica presso l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro.

¹ Si tratta della traduzione - con alcune piccole varianti - del saggio R. ALEXY, *Some Reflections on the Ideal Dimension of the Law and on the Legal Philosophy of John Finnis*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 58, 2/2013, 97-110.

Il volume, curato dai professori Massimo La Torre e Persio Tincani, nasce dal convegno *La dimensione ideale del diritto*, tenutosi a Catanzaro nel dicembre del 2015. Se per un verso ne costituisce la naturale conseguenza, dall'altro non può essere considerato una mera raccolta di interventi congressuali. La lettura, nonostante il grado di approfondimento che si raggiunge, risulta agevole, al punto che è possibile considerare il libro un piccolo manuale di filosofia del diritto contemporanea.

Nella parte introduttiva del volume, Alexy respinge con forza le idee fondative del normativismo kelseniano e del giuspositivismo esclusivo, in perfetta continuità con l'ideale neocostituzionalistico per cui l'ordinamento giuridico non può fondarsi esclusivamente sul diritto positivo².

Evidenziando così l'intrinseca natura morale dei principi, il professore di Kiel sostiene che la loro presenza all'interno dell'ordinamento impone che l'analisi del diritto, per essere corretta, non possa fermarsi alle sue strutture formali e alle connessioni che tra di esse intercorrono.

In accordo con Joseph Raz, è doveroso constatare che tra diritto e morale, ossia «tra validità giuridica e meriti morali» intercorre una connessione necessaria³.

All'interno di queste considerazioni preliminari è già implicita l'idea per cui il diritto abbia una natura duale, posseda cioè una dimensione fattuale ed una ideale. La prima riguarda il diritto come fatto, si riferisce a questioni autoritative ed all'efficacia sociale:

² L'idea è alla base della sfida contemporanea al positivismo che Alexy combatte al fianco, tra gli altri, di Ronald Dworkin.

³ M. LA TORRE – P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, Giappichelli, Torino, 2018, 25. Si veda anche J. RAZ, *Between Authority of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, 169.

questa è la «dimensione istituzionale» del diritto. La seconda è da riferire, invece, alla correttezza morale, a sua volta intrinsecamente connessa alla ragionevolezza pratica⁴. Correttezza morale e ragionevolezza, in questo intimo legame, svelano l'idea del diritto come «istituzionalizzazione della ragione».

La connessione tra il diritto e la sua dimensione ideale è da rinvenire - continua Alexy - nell'argomento della correttezza, per cui le norme, le decisioni individuali e il sistema giuridico si fondano su una pretesa di correttezza, dimostrabile a sua volta per mezzo del metodo della contraddizione performativa. Anche Gutmann rileva come la pretesa di correttezza sia una proprietà necessaria del diritto, anzi la «stessa idea di un sistema giuridico razionale, cioè giustificabile, richiede come fondamento l'argomento della correttezza di Alexy»⁵.

L'esempio di contraddizione performativa utilizzato da Alexy è quello di una Costituzione ipotetica che al primo articolo recita: "X è una Repubblica sovrana, federale ed ingiusta". L'idea che sta alla base del metodo della contraddizione performativa è tentare di spiegare l'assurdità della contraddizione tra ciò che è implicitamente rivendicato all'interno della Costituzione - cioè che essa sia giusta - e ciò che invece è esplicitamente dichiarato nell'esempio, ossia che sia ingiusta. Tale contraddizione non interessa solamente il piano della giustizia, ma anche quello della correttezza: si riferisce, cioè, sia alla dicotomia giusto/ingiusto che a quella corretto/incorretto. Nell'esempio della Costituzione ipotetica, in più, la contraddizione

⁴ R. ALEXY, *The Reasonableness of Law*, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor e Chiara Valentini (a cura di), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009, 7-8.

⁵ M. LA TORRE – P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, cit., 136.

che nasce tra ciò che è esplicito e ciò che è implicito è una connessione necessaria che può essere evitata solo abbandonando la dichiarazione implicita. Fare ciò, tuttavia, «rappresenterebbe una transizione da un sistema giuridico ad un sistema di pure relazioni di potere»⁶, ovvero significherebbe passare a qualcosa che, necessariamente, non è un sistema giuridico⁷.

Qualunque sia la nostra idea sul punto vi è comunque da ammettere che il non-positivismo porta con sé l'onere di mostrare la possibilità della correttezza morale, del suo legame con la correttezza giuridica⁸.

Su tutti Chérot, a tal proposito, evidenzia che la critica di Alexy all'ideale positivistic di validità giuridica si muove sulla considerazione per cui quando una legge non è conforme all'ideale che rivendica è difettosa tanto sul piano morale quanto sul piano giuridico, venendosi così a creare una equiparazione tra dovere morale e giuridico⁹.

Il non-positivismo, inoltre, risulta essere la sede ideale per la tesi secondo cui il discorso morale razionale è possibile, come rivendicato dalla teoria discorsiva del diritto.

La moralità, ossia la dimensione ideale, è connessa a quella che il professor Alexy chiama «correttezza di primo livello», che si occupa della giustizia in quanto tale. La «correttezza di secondo livello», riferendosi tanto alla dimensione ideale, quanto a quella reale, riguarda sia la giustizia che la certezza del diritto. È per questa

⁶ R. ALEXY, *Law and Correctness*, in *Current Legal Problems*, 51, 1/1998, 213-214.

⁷ R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A reply to Legal Positivism*, trad. inglese a cura di B.L. PAULSON, S.L. PAULSON, Clarendon Press, Oxford, 2002, 32-35.

⁸ M. LA TORRE – P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, cit., 28.

⁹ *Op. cit.*, 105.

ragione che «determinare la relazione tra la dimensione ideale e la dimensione reale del diritto si riduce alla questione di come determinare la relazione tra il principio di giustizia e il principio di certezza del diritto»¹⁰.

Solo una prospettiva non-positivistica sarebbe in grado di cogliere la connessione necessaria tra validità giuridica e certezza giuridica¹¹.

L'analisi di Alexy prosegue attraverso la distinzione tra tre forme di non-positivismo: super-inclusivo, esclusivo e inclusivo¹².

Il primo si distingue dal positivismo per ciò che concerne la correttezza giuridica, mentre non vi sono differenze di sorta per ciò che concerne il piano della validità giuridica, tant'è che esso «può essere rimproverato per attribuire troppo peso alla certezza del diritto, cioè alla dimensione reale»¹³.

Alexy rafforza la sua difesa della tesi della necessità evidenziando come anche John Finnis assuma una posizione simile in *Natural Law and Natural Rights*¹⁴.

Per il secondo tipo di non-positivismo, quello esclusivo, la validità si perde nei casi di difetto morale, accordandosi così (al

¹⁰ *Op. cit.*, 30.

¹¹ *Op. cit.*, 32.

¹² R. ALEXY, *Law, Morality, and the Existence of Human Rights*, in *Ratio Juris*, 25, 1/2012, 4-7.

¹³ M. LA TORRE - P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, cit., 38.

¹⁴ In particolare, per stabilire una connessione di tipo qualificativo tra diritto positivo e giustizia, Finnis distingue tra significati focali e secondari di un concetto, che si riferiscono, rispettivamente, ai casi centrali (maturi) e a quelli periferici (primitivi).

contrario della prima forma di non-positivismo) troppo peso alla dimensione ideale.

È solo con il terzo tipo, il non-positivismo inclusivo (all'interno del quale Alexy fa confluire proprio la teoria del diritto di Finnis esposta nella prima edizione di *Natural Law and Natural Rights*) che è possibile riuscire nell'intento di dare adeguato spazio tanto alla dimensione reale, quanto a quella ideale. La più importante espressione di questa terza forma di non positivismo è individuata dal professore tedesco nella formula di Radbruch¹⁵ secondo cui i difetti morali minano la validità giuridica solo quando determinano il superamento della soglia dell'estrema ingiustizia, come ad esempio quando vi è una violazione dei diritti umani. È evidente come, da questa prospettiva, la giustizia abbia una dimensione prioritaria rispetto alla certezza del diritto. E diversamente, conoscendo Alexy, non potrebbe essere.

Proprio la formula di Radbruch è riferimento costante all'interno del testo.

Chérot, ad esempio, individua al suo interno due casi, uno «in cui il conflitto tra la certezza del diritto e l'ingiustizia raggiunge un grado talmente intollerabile che i giudici devono far prevalere la giustizia sulla legge e il diritto difettoso deve cedere davanti alla giustizia e l'altro in cui ciò che si pone come diritto non ha neppure la minima

¹⁵ Si badi che negli scritti più recenti di Finnis vi sono posizioni molto vicine proprio alla formula di Radbruch e, dunque, al non-positivismo inclusivo. G. RADBRUCH, *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* [1946], trad. a cura di B.L. PAULSON e S.L. PAULSON, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 1/2006, 7; R. ALEXY, *A defence of Radbruch's Formula*, in M.D.A. FREEMAN (a cura di), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8th ed., Sweet&Maxwell and Thomson Reuters, 2008, 426-428.

aspirazione alla giustizia, [...] tanto da non potersi parlare di diritto difettoso: ci troviamo in una situazione in cui manca il diritto»¹⁶.

La strada che Alexy intraprende è - proprio attraverso la tesi di Radbruch - quella che porta alla giustizia, di modo che si possa giungere alla difesa dell'idea della doppia natura del diritto.

Di particolare rilievo quanto sostenuto sul punto dal professor Porciello, secondo cui la formula cambia significato, ed incontra ostacoli sempre maggiori, man mano che ci si sposta da sistemi democratico-costituzionali, a sistemi democratico-costituzionali parzialmente ingiusti, fino a giungere a sistemi estremamente ingiusti¹⁷.

Nel saggio del professor Ansuátegui, la riflessione alexiana sulla eterna tensione tra ragione e volontà, correttezza e positività e, quindi, tra dimensione ideale e fattuale del diritto, porta ad evidenziare come la stessa sia resa perfettamente dal meccanismo della giustizia costituzionale, che riesce così a svelare la natura duale del diritto¹⁸.

È cioè nell'ordinamento democratico costituzionale, superamento dello Stato formale di diritto, che viene perfettamente rappresentata la dualità, la cui indeterminatezza «tende a sparire attraverso l'inclusione di tali dimensioni all'interno di un sistema che Alexy

¹⁶ M. LA TORRE - P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, cit., 86.

¹⁷ *Op. cit.*, 167-172.

¹⁸ D'altronde, il ricorso alla Corte costituzionale è uno dei meccanismi di difesa della Costituzione che consente di evidenziare come il sistema giuridico sia materialmente determinato dalla Costituzione stessa. *Op. cit.*, 46. Sul punto si veda anche R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* [1994], Il Mulino, Bologna, 2012, 574.

definisce come un caso d'istituzionalizzazione della ragione»¹⁹ e la cui massima espressione si rinviene nei diritti fondamentali, cui è sottomesso il legislatore²⁰.

Ansuategui sottolinea come Alexy sia ben cosciente del fatto che il controllo di costituzionalità ponga problemi in ordine alla sua giustificazione all'interno del regime democratico, nel senso che favorisce interrogativi di non facile soluzione sull'intero processo politico. Il *judicial review*, per essere giustificato all'interno del costituzionalismo alexiano, deve essere inquadrato nelle esigenze della democrazia deliberativa. L'esercizio del controllo di costituzionalità, infatti, risponde alle logiche proprie della pratica discorsiva, pur essendo, al contempo, esercizio di autorità statale. Siamo di fronte, sottolinea Ansuategui, alla presenza di un organo il cui intervento ha effetti non solamente discorsivi, ma anche istituzionali²¹. Infatti, quando la Corte emette una sentenza esercita l'autorità statale allo stesso modo in cui viene esercitata l'autorità dal Parlamento nel momento in cui detta una legge²².

Proprio la teoria del discorso di Alexy - osserva attentamente Di Carlo - non può essere spiegata senza ricorrere al paradigma della *razionalità pratica* kantiana, «un insieme di principi necessari alla giustificazione sia delle norme morali sia delle norme giuridiche»²³. Il tema, com'è noto, è stato diffusamente trattato da Habermas in *Fatti*

¹⁹ M. LA TORRE - P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, cit., 47.

²⁰ *Op. cit.*, 50-51. R. ALEXY, *The Nature of Legal Philosophy*, in *Ratio Iuris*, 17, 2/2004, 156-167.

²¹ M. LA TORRE - P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, cit., 52.

²² *Op. cit.*, 56.

²³ *Op. cit.*, 111.

e norme²⁴. È alla luce del discorso pratico generale e della teoria dell'argomentazione habermasiana che può essere meglio interpretata la riflessione di Alexy.

Vi è da dire che la difesa del modello deliberativo è presente nella quasi totalità dei saggi, il che contribuisce ad accordare ancora più omogeneità al volume.

Punti di contatto emergono poi tra i professori Ansuategui e Bisogni su un argomento cruciale dell'impostazione principialista²⁵, ossia il ruolo della Corte all'interno dell'ordinamento democratico.

A dire di Ansuategui, Alexy giustifica il controllo di costituzionalità e, dunque, la supremazia delle decisioni della Corte su quelle dei parlamenti²⁶, innanzitutto con un argomento formale, evidenziando come la loro assenza costituirebbe un serio problema nel caso in cui il legislatore violasse una norma dell'ordinamento. La principale ragione della protezione dei diritti non riguarda la loro natura costituzionale, ma il loro peso morale, così «nella giustificazione del controllo di costituzionalità, s'inserisce il riferimento alle ragioni morali, che appaiono come la ragione ultima della protezione costituzionale»²⁷.

²⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. di L. Ceppa, Edizioni Guerini e Associati, Milano, 1996.

²⁵ Nel costituzionalismo principialista possono essere annoverati, oltre Robert Alexy, anche Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino, Manuel Atienza. L'impostazione principialista è comunemente contrapposta a quella "garantista", rappresentata da Luigi Ferrajoli. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 55, 3/2010.

²⁶ R. ALEXY, *Constitutional Rights, Democracy and Representation*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 4, 1/2015, 28.

²⁷ Ansuategui affronta un punto centrale della teoria di Alexy e cioè che i diritti fondamentali sono dapprima diritti morali, *Ideal rights* che, attraverso la positivizzazione, acquisiscono normatività e obbligatorietà giuridica. *Op. cit.*, 30.

Accanto all'argomento di natura formale e a quello di natura sostanziale è necessario il ricorso ad un argomento di natura procedurale. all'interno del quale il legame tra Parlamento e popolo viva non solo sulla base di meccanismi rappresentativi, ma si arricchisca della dimensione argomentativa. La Corte, difatti, trova la sua legittimità proprio grazie alla rappresentanza argomentativa.

Più critico appare Bisogni, secondo cui il principialismo avrebbe favorito la sovraesposizione dei giudici rispetto al legislatore, determinando rilevanti problemi in ordine alla separazione dei poteri²⁸.

Altro elemento che avvicina i contributi di Ansuategui e Bisogni è l'individuazione di tratti comuni tra la posizione di Ferrajoli e quella di Alexy.

Il professore spagnolo nota una certa prossimità tra i due sull'idea della Costituzione come un diritto sopra il diritto (la legge), sulla subordinazione della politica al diritto e sul superamento di un concetto formale di democrazia²⁹. Differente sarebbe invece l'approccio di Ferrajoli sulla rappresentanza argomentativa, dato che gli argomenti non avrebbero alcuna forza rappresentativa.

Bisogni sostiene che tra il principialismo alexiano ed il garantismo di Luigi Ferrajoli intercorra invece una sostanziale differenza. Secondo quest'ultimo, pur nella consapevolezza del decisivo cambio di paradigma avuto con l'avvento delle costituzioni novecentesche, la separazione tra diritto e morale permane.

Difatti per Ferrajoli sostenere che con le costituzioni contemporanee la morale, per mezzo dei principi da esse sanciti, si

²⁸ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, cit..

²⁹ M. LA TORRE - P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, cit., 58.

trovi incorporata nel diritto positivo, porterebbe ad una sorta di legalismo etico³⁰. Ansuategui e Bisogni proseguono nella critica a Ferrajoli.

Per il primo non risultano del tutto convincenti i rilievi che quest'ultimo fa sul ruolo e sul peso che i principi hanno nella prospettiva di Alexy e che finirebbero per indebolire la normatività della Costituzione.

Così come non convince l'idea per cui quando il giudice pondera i principi si realizzerebbe una modificazione della gerarchia delle fonti.

Secondo Bisogni, Ferrajoli, da sempre critico nei confronti del concetto di sovranità, sorprendentemente riscoprirebbe la decisività del legislatore nell'attuazione dei principi, a discapito dell'immagine dei giudici, senza considerare che sia «un fatto innegabile che i giudici contano più che in passato e ciò proprio grazie a quei diritti fondamentali che stanno a cuore a Ferrajoli»³¹.

I rilievi di Bisogni, in verità, appaiono maggiormente critici anche nei riguardi dello stesso Alexy. Certo, la soluzione giuspositivistica risulta ormai inadeguata a fornire risposte soddisfacenti a seguito del processo di costituzionalizzazione e, in tal senso, la teoria di Alexy è tra quelle più adatte a dar conto degli Stati costituzionali³², merito che gli è riconosciuto unanimemente.

³⁰ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, cit., 2786-2794.

³¹ Op. cit., 79. Si veda N.C TATE - VALLINDER, TORBJORN (a cura di), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York-London, 1995.

³² Bisogni sottolinea che la teoria di Alexy, conferendo dignità alla giurisdizione, stimola fondamentali riflessioni sulla legittimazione politico-costituzionale del giudiziario e sul suo rapporto col legislativo. M. LA TORRE - P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, cit., 79.

Ma per quanto appropriata, tuttavia, essa enfatizza eccessivamente la dimensione ideale, quasi che Alexy percepisca la dimensione reale come una minaccia al suo edificio teorico.

L'eccessiva fiducia nell'idealità dei diritti fondamentali su cui si sono edificate le costituzioni novecentesche, contribuisce probabilmente a ridurre la portata e la centralità del potere politico e dell'organizzazione dei poteri, che dovrebbero essere presi realmente sul serio.

La frizione tra realtà e idealità costituisce, d'altronde, il bersaglio delle maggiori critiche.

Viala prova a risolvere la questione attraverso il ricorso alla distinzione tra principio di causalità e principio di imputazione. Il primo appartiene al mondo delle scienze empiriche, mentre il diritto vive sulla base del principio di imputazione. Anche nell'impostazione kelseniana riusciamo a scorgere un collegamento con l'idealità, in particolare dal momento in cui le norme giuridiche vengono intese proprio come entità ideali modellate dalla imputazione che, a differenza della causalità, costituisce la «proprietà ontologica del mondo specifico delle norme [...], un dato del mondo giuridico»³³. Le norme giuridiche, essendo ideali, sono modellate proprio dal principio di imputazione.

Ma la frizione realtà/idealità, proseguendo nella lettura, rischia di diventare per Alexy un enigma di difficile soluzione, che può farlo cadere nell'errore, specularmente rispetto ai positivisti, di dare troppo poco peso alla dimensione fattuale. Essa - e in questo siamo d'accordo con Bisogni - non deve essere sita ai margini della riflessione giuridica.

³³ *Op. cit.*, 180-182.



Se non si ragiona adeguatamente su questo aspetto e sul peso dei poteri si rischia di elaborare opzioni teoriche esterne e generiche e dunque poco adatte alla comprensione degli ordinamenti giuridici contemporanei.

La natura duale del diritto deve essere, perché si proponga come una visione completa, parametrata non solo sui diritti e sui principi, ma anche sui poteri, in ragione anche della storia politica di un paese.

Proprio intorno al tema della centralità della storia si sviluppa il ragionamento di Kaufmann secondo cui la connessione necessaria tra diritto e morale voluta da Alexy perderebbe di vista la circostanza per cui certi valori, in un contesto globalizzato e multiculturale, non sono evidenti, né accettati da tutti. Inoltre, quella connessione appare inadeguata ad intercettare sul piano fattuale la pluralità di significati che la giustizia può assumere.

La morale umanitaria è costantemente minacciata da apparati normativi, anche di natura religiosa (ad esempio la *sharia*) che, prevedendo pene disumane, mettono in crisi la visione universale difesa da Alexy. Ciò deve fare prendere atto - dice Kaufmann - che il diritto, calato nella sua dimensione pratica, spesso è ingiusto e «il riferimento alla natura del diritto non ci aiuta più di tanto, come non esiste più l'idea di un diritto naturale scritto da Dio nei cuori degli uomini»³⁴.

Anche Kaufmann pensa che siano indispensabili dibattiti razionali, fondati sull'etica discorsiva, ma bisogna comunque sforzarsi di comprendere quale giustizia, quale moralità, quale diritto siamo disposti ad accettare. Ogni periodo storico, ogni sistema giuridico, ha posseduto le proprie idee di giustizia e di uguaglianza. E anche qui permane qualche dubbio sul concetto di necessità. Legare

³⁴ *Op. cit.*, 150.

diritto e morale da un punto di vista logico e, dunque, unire validità giuridica e meriti morali come verità necessarie, può apparire un'operazione tautologica.

Simili appaiono le critiche di Gutmann. L'idea di Alexy rischia infatti di essere un'astrazione dal tempo e dalla dimensione storica, di cui non tiene in debito conto lo sviluppo. Vi sono, invero, delle precondizioni sociologiche e storiche che rendono problematica l'idea del diritto come istituzionalizzazione della ragione. Gli stessi diritti umani, come diritti eterni, entrano così in crisi. Si pensi che alcuni principi, come ad esempio l'uguaglianza - osserva Gutmann - si sono sviluppati storicamente dapprima come idea e solo successivamente come una caratteristica propria dei sistemi giuridici.

Anche il professor Porciello non si astiene dal criticare apertamente la posizione di Alexy, non prima però di aver chiarito che la sua tesi è comunque accettabile, ma a patto che venga considerata come una teoria "del e sul" sistema giuridico democratico-costituzionale, per come esso si è sviluppato a seguito della seconda guerra mondiale, e non quando interpretata come una teoria generale "del e sul" concetto di diritto.

Porciello evidenzia come il non-positivismo abbia un'ambizione troppo ampia nel momento in cui si sposta dalla descrizione interna del diritto verso la pretesa di definizione del diritto dall'esterno, nella sua dimensione ideale, in altri termini quando si propone di fornire un concetto universale di diritto. Così facendo, Alexy eleverebbe un modello particolare di diritto a concetto, attraverso il quale valutare tutte le esperienze giuridiche, contemporanee e passate, finendo così per considerare il modello dello Stato democratico costituzionale alla stregua del concetto di "Diritto" e non come una manifestazione contingente. L'operazione - osserva correttamente Porciello - è

pericolosa, poiché rende altamente difficoltosa la possibilità di operare una distinzione tra diritto e buon diritto.

Altresì verrebbero trascurate l'importanza del cambio di paradigma³⁵ che si è vissuto nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale e le difficoltà che, con esso, ha vissuto il positivismo, non più in grado di difendere agevolmente le convinzioni su cui si reggeva, una su tutte la separazione tra diritto e morale. Scrive infatti Porciello che «i positivisti [...] hanno tentato di resistere al cambiamento, e l'hanno fatto fondamentalmente attraverso due strategie: a) sminuendo la portata del cambiamento, b) [...] modificando il proprio punto di vista, il punto di osservazione del fenomeno giuridico, nel tentativo di renderlo adatto nonostante il cambiamento»³⁶, sminuendo così l'istituzionalizzazione della connessione tra diritto e morale generatasi all'interno dello Stato costituzionale.

Se si parla di “concetto”, in definitiva, bisogna trovare delle caratteristiche costanti e nel diritto, all'interno del suo minimo comune denominatore, non rientrano elementi quali la dimensione ideale, la pretesa di giustizia, la connessione necessaria tra diritto e morale. I nostri *standard* morali ci consentono di definire “ingiusto” o, nel modo di Alexy, “non diritto”, un dato sistema solo *ex post*, cioè solo dopo che certi criteri di giustizia sono stati positivizzati all'interno di un ordinamento.

Tra modello costituzionale e dimensione ideale vi è uno scarto, e la stessa distanza separa il modello dal concetto. Se considerassimo

³⁵ Porciello prende in prestito il concetto utilizzato da Thomas Kuhn con riferimento alle scienze dure e contenuto in T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 2009.

³⁶ M. LA TORRE - P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, cit., 161.

“concetto” di diritto il “modello” costituzionale, archiveremmo agevolmente importanti esperienze giuridiche del passato.

Porciello conclude dicendo che «chi parla di “concetto” e non semplicemente di un “modello” di diritto, tenta di collocare se stesso e la propria teoria al di sopra dei paradigmi, al di sopra della storia, in altri termini crede che il diritto, tutto il diritto, per essere tale, debba possedere determinate qualità morali e determinate caratteristiche istituzionali che prescindono dai contesti»³⁷.

Il volume si chiude con il saggio dal titolo *Dimensione ideale, essenzialismo e pragmatismo* con cui il professor La Torre sostiene che la filosofia del diritto pare abbia compiuto un percorso a ritroso, che l'ha portata indietro di trent'anni, in un'epoca pre-hartiana, all'interno di una visione essenzialistica che consente di offrire un concetto *a priori*, senza assumere la prospettiva del partecipante. Alexy sembra in parte tradire la visione hartiana, che è anche la sua.

La Torre ha il merito di riuscire a racchiudere buona parte del senso contenuto nei precedenti saggi in un'unica domanda: “cosa è necessario per avere diritto?”. Ha forse ragione Raz (e in parte Finnis), secondo cui il diritto ha necessità di un elemento autoritativo?

Ci sentiamo - seguendo La Torre - di rispondere negativamente, a meno che non si voglia incappare in un errore logico. Non si può ridurre l'essenza del diritto ad autorità, essa non può essere una condizione sufficiente per determinare cosa è il diritto, a meno che non si voglia compiere quel salto indietro nel tempo. Ma preferiamo accogliere la suggestione del professor La Torre, auspichiamo cioè che si resti ancorati alla nostra epoca giuridica, che vive grazie

³⁷ *Op. cit.*, 173.



all'idea per cui per avere i concetti bisogna partire dalla prassi, da un punto di vista interno³⁸.

Se si vuole provare a capire cosa sia «necessario per avere diritto» forse non è sufficiente neanche «la dialettica tra dimensione ideale e dimensione reale», dato che la frizione tra giustizia e morale riguarda le azioni umane «e queste ultime possono esistere solo a condizione che vi sia senso»³⁹.

Andando al di là della mera autorità e della mera forza, superando anche la correttezza e la giustizia, il senso contribuisce ad avvicinarci ad una definizione di diritto. D'altronde, cosa è l'indagine filosofica se non la ricerca di senso?

³⁸ L. WITTGENSTEIN, *Della Certezza*, trad. it. Di M. Trincherò, Einaudi, Torino, 1978, 26.

³⁹ M. LA TORRE - P. TINCANI (a cura di) - *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, cit., 197.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – GIUGNO 2018

LUIGI MARIANO GUZZO

Un'idea di laicità secondo Ferrajoli

L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza,

Roma-Bari, 2018

Un'idea di laicità secondo Ferrajoli

L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018

Nel suo *Manifesto per l'uguaglianza* (Laterza, 2018) Luigi Ferrajoli propone un momento *rifondativo* della politica, a partire da una ricostruzione normativa del principio di eguaglianza. Il tentativo è di offrire una proposta sistematica che guardi al principio di uguaglianza come fonte di legittimazione democratica delle istituzioni pubbliche, in grado di ricomporre quei processi di disgregazione sociale prodotti dal predominio della *lex mercatoria*. Si tratta, per altro verso, della riproposizione di alcuni studi già editi dell'autorevole filosofo del diritto che, in questa veste organica, sono ripresentati al lettore come aggiornati, modificati e ampliati, insieme a capitoli inediti. Quello che può apparire, per certi aspetti, un progetto ambizioso, è, in realtà, una forma di resistenza nei confronti di una «accettazione passiva delle enormi e crescenti disuguaglianze, dello sfruttamento del lavoro e delle spaventose condizioni di vita nelle quali vivono e muoiono miliardi di persone»¹. Vi è, in altre parole, la consapevolezza che proseguire verso uno sviluppo *insostenibile* possa portare all'auto-distruzione; mentre, peraltro, sarebbe una sorta di «utopia regressiva» pensare il contrario o non accorgersi di ciò.

Nelle pagine del libro, Ferrajoli affronta e approfondisce, con dovizia di particolari interessanti, i temi della sovranità popolare, del lavoro, del reddito minimo garantito, dei migranti, del costituzionalismo in un mondo sempre più globale, nonché della laicità. Ed è proprio sulla laicità che vogliamo soffermarci. In queste brevi note si tenterà di presentare la prospettiva puramente teorica in cui si muove Ferrajoli nel proporre una

* Docente a contratto presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

¹ L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018, p. XI.

certa idea di laicità, mettendone in luce gli elementi di originalità e di criticità.

In premessa, è bene precisare come ci si trovi dinnanzi a una questione “classica”² che caratterizza la riflessione sui rapporti tra Stato e confessioni religiose, in merito alla quale, però, oggi più che mai, si avverte l’esigenza di una lettura per certi aspetti “nuova”, che tenga in debito conto il mutamento dei tempi, i cambiamenti istituzionali³ e le dinamiche sempre più interculturali delle società⁴. Nel nostro ordinamento repubblicano la laicità ha avuto formale riconoscimento quale principio supremo⁵ con la sentenza della Corte Costituzionale n. 203/1989. Il giudice delle leggi, esattamente trent’anni addietro, sottolineava che, nella sua «attitudine laica», lo Stato italiano «non ha postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato - persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini» (par. 7), delineando, in tal modo, lo specifico di una «laicità all’italiana» che guardava (e guarda) con positivo interesse alle espressioni, più o meno istituzionali, del sentimento religioso⁶.

Ma, per l’appunto, sono passati tre decenni da quella “storica” sentenza e oggi appare quanto mai significativa l’immagine simbolica che utilizza

² Si veda, per tutti, A.C. JEMOLO, *Le problème de la laïcité en Italie*, in *La laïcité*, Presses universitaires de France, Paris, 1960, pp. 455 e ss.; M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996.

³ Vedi M. VENTURA, *La laicità dell’Unione europea: diritti, mercato, religione*, Giappichelli, Torino, 2001.

⁴ Cfr. A. FUCCILLO (a cura di), *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁵ Cfr., sul tema, N. COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell’età dei diritti*, Cacucci, Bari, 2016.

⁶ Cfr. A. MANTINEO - D. BILOTTI, *Il principio di laicità. Inquadramento costituzionale e orientamenti giurisprudenziali*, in L. VENTURA - A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 470 e ss.

Pierluigi Consorti nel decifrare la laicità, nonché il contenuto (o, forse, il contenitore senza contenuto) che essa rappresenta, nei termini di un'antica cattedrale: «Luogo in parte abbandonato a sé stesso dalla pubblica amministrazione, talvolta oggetto di restauri anche ingenti a opera di privati, in altri casi trasformato in qualcosa che nemmeno ricorda le sue - beninteso, diverse eppure controverse - origini»⁷. Non vi è dubbio, d'altronde, che il dibattito politico in materia di laicità in Italia sia notevolmente indietro, in un periodo in cui riecheggiano forme di commistione tra politica (*rectius*: potere politico) e religione. Certamente, in una prospettiva di ricerca arricchita dagli studi della sociologia del diritto e della comparazione giuridica, che riprende, in particolare, le analisi portate avanti da Bauberot⁸, l'idea di laicità «non è a senso unico» e, anzi, deve fare i conti con il «modo con cui le diverse esperienze statali si rapportano al sentimento religioso»⁹. E se è indubbio che l'idea della laicità all'italiana¹⁰ sia di per sé notevolmente diversa dalla nozione della laicità *de combat* francese, non vi è neanche dubbio che con il discorso di Macron ai rappresentanti delle confessioni religiose in Francia, per l'inizio anno 2018, Oltralpe si stia registrando un cambio di passo in materia di laicità, volto a superare la concezione di quest'ultima come fede civile in un «vuoto metafisico all'intersezione di tutte le fedi»¹¹.

⁷ P. CONSORTI, *Dalla Francia una nuova idea di laicità per il nuovo anno*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1/2018, p. 2.

⁸ J. BAUBEROT, *Le tante laicità del mondo. Per una geopolitica della laicità, perché essa non è un assoluto fuori dal tempo, ma il frutto di processi storici e di fondamenti filosofici differenti*, Luiss University Press, Roma, 2008.

⁹ P. CONSORTI, *Accezioni della laicità in tempo di populismo trionfante*, in *Il Diritto ecclesiastico*, n. 1-2/2017, p. 117.

¹⁰ P. STEFANI, *Il problema giuridico della laicità dello Stato nella società multiculturale*, Aracne, Roma 2013, ne parla come di «facoltà prometeica».

¹¹ La trascrizione del discorso di Macron può ritrovarsi in P. CONSORTI, *Dalla Francia una nuova idea di laicità...*, cit.

Tali suggestioni sono utili per comprendere quanto sia attuale l'analisi che in materia propone Ferrajoli, nella spirale tra universalismo dei diritti e multiculturalismo. E' una nozione minima di laicità, quella che ricostruisce Ferrajoli. Per taluni aspetti sembra contigua all'idea di Dworkin che amplia la stessa nozione di libertà religiosa, fino a farla coincidere con il riconoscimento di un «*diritto generale all'indipendenza etica*»¹². Tale nozione di laicità si basa su una nozione sostanziale del principio di eguaglianza.

Ferrajoli ricostruisce la nozione di laicità nell'ambito di una relazione biunivoca che intercorre, sul piano del diritto come sul piano della morale, tra libertà, multiculturalismo e laicità. Scrive il filosofo del diritto, «non c'è laicità senza garanzia dei diritti di libertà e dell'uguale valore delle differenze di religione e di culture, né c'è libertà, né uguale valore di tale differenze senza laicità»¹³.

La nozione minima di laicità, che potrebbe già rintracciarsi nell'art. 7 della Costituzione, circa l'indipendenza e la sovranità dell'ordine dello Stato e dell'ordine della Chiesa, oppure anche nel precetto evangelico di dare a Dio quello che è di Dio e a Cesare quello che è di Cesare¹⁴, si comprende all'interno della tesi della separazione tra diritto e morale ovvero tra validità giuridica e giustizia. E' noto come, per Ferrajoli, dalla tesi della separazione possono emergere due principi, che sono costitutivi tanto del pensiero giuridico moderno, quanto della laicità, a seconda che la tesi della separazione sia enunciata in senso assertivo o in senso prescrittivo.

In senso assertivo (o teorico), la "distinzione" tra validità giuridica e giustizia porta all'affermazione del principio di legalità, corollario del gius-

¹² R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, Milano, Feltrinelli, 2013, pp. 428 e ss; ID, *Religione senza Dio*, Il Mulino, Bologna, 2014. Sul tema vedi anche S. Montesano, *Dalla laicità dello Stato alla laicità per lo Stato. Il paradigma laico tra principio e valore*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 36/2017.

¹³ L. FERRAJOLI, *Manifesto...*, cit., p. 50.

¹⁴ Cfr. Mc 12, 13-17; Mt 22, 15-22; Lc 20, 20-26.

positivismo, per il quale il diritto (esistente) è l'insieme di tutte quelle norme prodotte da un'autorità abilitata a produrle e la morale (critica) è niente più e niente meno che la sfera di autonomia della coscienza. Vi è quindi l'emersione di due autonomie reciproche: l'autonomia del diritto e l'autonomia della morale. In senso prescrittivo (o assiologico), la "separazione" tra validità giuridica e giustizia porta all'affermazione del principio di offensività, corollario del liberalismo politico. Lo Stato e il diritto, in tale accezione liberale, hanno il solo compito di tutelare l'individuo dall'offesa di terzi per garantire una pacifica convivenza sociale, senza invadere scelte che attengono alla coscienza dei soggetti. Da ciò, quindi, deriva, da un lato, la laicità del diritto, come rifiuto di tradurre in norme giuridiche le regole morali, e dall'altro, la laicità della morale, come rifiuto di accettare il sostegno del diritto. La laicità si presenta come «libertà di autodeterminazione ugualmente garantita a tutti dalla neutralità del diritto sulle questioni puramente morali»¹⁵.

Ferrajoli distingue tra "autonomia" e "autoderminazione". L'autonomia è un potere normativo che al suo esercitarsi produce effetti nella sfera pubblica dello Stato o in quella privata del mercato (ad es., il diritto di voto o il potere negoziale). L'autodeterminazione, al contrario, sarebbe una libertà-immunità, che si manifesta nella libertà di decidere su se stessi (ad es., le scelte in materia bioetica).

Ancora, l'autodeterminazione si distingue in: a) *facoltà* di autodeterminarsi, come libertà giuridica (laicità del diritto); b) *capacità* di autodeterminarsi, come libertà morale (laicità della morale). Una libertà può anche darsi senza l'altra, come annota Ferrajoli: «si può avere la libertà giuridica, come noi tutti abbiamo in un ordinamento democratico e liberale, e non avere la libertà morale, a causa dei condizionamenti familiari, culturali o religiosi e dei conformismi da essi indotti. Ma si può

¹⁵ L. FERRAJOLI, *Manifesto...*, p. 53.

conservare e affermare la propria libertà morale anche in regimi autoritari e illiberali che non garantiscono la libertà giuridica»¹⁶.

La laicità del diritto e, quindi, delle istituzioni pubbliche equivale, così, ad un «passo indietro del diritto e dello Stato di fronte alle libere opinioni e all'uguale valore di tutte le differenti identità religiose, o culturali o politiche delle persone»¹⁷. Da questo punto di vista, se i diritti sociali rappresentano un “passo avanti” dello Stato nei confronti delle esigenze e dei bisogni delle persone, i diritti di libertà, nel prisma della laicità del diritto, si configurano come un “passo indietro” del potere statale rispetto a tutto ciò che non cagiona danni a terzi, garantendo, in tal modo, la pacifica convivenza tra gli individui che professano morali, religioni o ideologie diverse. In ciò, per Ferrajoli, si manifesta l'asimmetria tra le posizioni laiche e le posizioni religiose: le posizioni laiche garantiscono la libertà di autodeterminarsi secondo la propria coscienza, mentre le posizioni religiose pretendono di imporre a tutti le proprie convinzioni morali per il tramite della legge. Per altro verso, per chi è laico, «l'autenticità del comportamento morale risiede nel suo carattere autonomo, quale fine a se stesso, sicché non solo non richiede, ma esclude che possa richiedere il sostegno autonomo della legge statale»¹⁸.

L'opposizione tra etica laica ed etica religiosa (nello specifico, cattolica) si traduce nei termini dell'opposizione tra *cognitivismo* (oggettivismo) e *anticognitivismo* (antioggettivismo) *etico*, da cui consegue una seconda opposizione, quella tra *eteronomia* e *autonomia della morale*. La configurazione come “vere” delle tesi morali, in un approccio cognitivistico, è alla base della pretesa di essere tradotte in norme giuridiche, «in forza della più ferma *intolleranza* per opzioni etiche diverse»¹⁹ (pp. 58-59). Ma la laicità del diritto rifiuta qualsivoglia

¹⁶ *Ivi*, p. 54.

¹⁷ *Ivi*, pp. 55-56.

¹⁸ *Ivi*, p. 57.

¹⁹ *Ivi*, pp. 58-59.

fondazione moralitistica del diritto (ovvero un'eticizzazione del diritto), mentre la laicità della morale rifiuta qualsivoglia fondazione giuridica della morale (ovvero una giuridificazione della morale). Sulla base di queste osservazioni Ferrajoli afferma l'incompatibilità tra filosofie morali oggettivistiche e cognitivistiche e laicità. Gli approcci oggettivistici o cognitivisti derivano, infatti, facilmente nell'intolleranza basandosi sulla possibilità di predicare la verità o la ferità dei precetti morali come se si trattasse di asserzioni descrittive.

E' interessante, a questo punto, sottolineare come, una volta affermata tale incompatibilità, Ferrajoli distingue tra cognitivismo etico di tipo laico e anticognitivismo, e ne cerchi di ridurre la distanza. Afferma: «Naturalmente l'implicazione tra oggettivismo etico e intolleranza non vuol dire affatto che gli oggettivisti laici siano intolleranti. Sicuramente non lo è nessuno dei tanti, tra questi, che conosco»²⁰. Probabilmente il riferimento ai cognitivisti laici, più illustri, è a Habermas o a Moreso. Ma rintracciare un cognitivismo etico di tipo laico potrebbe risultare un'operazione non agevole, considerato che su questa stessa qualifica dovrebbe basarsi una definizione di laicità dello Stato e delle pubbliche istituzioni, che si avviterebbe, quindi, in una sorta di circolo vizioso. Si potrebbe dire, come sembra potersi ritenere in questo passaggio, che il cognitivismo etico di tipo laico si caratterizzerebbe per non avallare posizioni religiose. Ma qui entrerebbe in gioco ciò che è e ciò che non è religioso, e non è così semplice risolvere questo ulteriore snodo problematico, anche perché pure chi si professa come religioso potrebbe assumere posizioni di tipo laico. In realtà, più che il cognitivismo etico di tipo laico di cui parla Ferrajoli è espressione di un cognitivismo moderato che «si distingue da forme di "noncognitivismo" altrettanto moderato solo per l'accento che esso riserva al "valore cognitivo" e i giudizi morali, che è però riconosciuto solo "analogo" e non identico al valore di verità

²⁰ *Ivi*, p. 67.

ascrivibile ai giudizi cognitivi in senso stretto»²¹. D'altronde, la conclusione cui arriva Ferrajoli, in merito alla scelta delle posizioni morali, semplicemente sulla base di una loro argomentazione razionale, non è poi così distante dall'affermazione di un principio di universalizzabilità dei giudizi moral

²¹ M. LA TORRE, *Norme, istituzionali, valori. Per una teoria istituzionalista del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 268.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

PAOLA CHIARELLA

**Senso ed efficacia del ragionamento
morale**

*K. BAIER, Il punto di vista morale. Una base
razionale per l'etica, a cura di Maria Zanichelli,
Rubbettino, Soveria Mannelli 2018*

PAOLA CHIARELLA

Senso ed efficacia del ragionamento morale

K. BAIER, *Il punto di vista morale. Una base razionale per l'etica*,
Rubbettino, Soveria Mannelli 2018

Il volume di Kurt Baier *Il punto di vista morale. Una base razionale per l'etica* (a cura di Maria Zanichelli, Rubbettino 2018) propone una approfondita riflessione sulla natura dei giudizi di valore delineando una metaetica moderatamente cognitivista in cui il piano dei fatti si ricompone con quello delle ragioni per l'azione. Nell'introduzione, il discorso morale si presenta a tratti "respingente" poiché nell'esprimere giudizi morali, nel muovere accuse o rimproveri, si ha l'impressione che prevalgano certi toni moralizzatori poco adatti alla ricerca di ragioni, piuttosto adatti a difendere posizioni preconcepite e personalmente vantaggiose.

Partendo dall'assunto in base al quale «una caratteristica rilevante della morale è il fatto di richiedere sacrifici sostanziali», il discorso morale deve essere in grado di fornire adeguate garanzie che essi siano «necessari e giustificabili». Se si è in grado di farlo, sfumano le asperità respingenti e si salva la morale dal vuoto di senso dimostrando, da un lato, che si può conoscere ciò che è giusto e, dall'altro lato, che si deve fare ciò che è giusto anche quando non risulti vantaggioso.

· Docente a contratto di *Teoria e tecnica della normazione e dell'interpretazione* e di *Antropologia sociale* presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università Magna Graecia di Catanzaro.

La domanda “che cosa devo fare?” è la questione cruciale intorno alla quale si snodano le argomentazioni di Baier. Domanda che viene riformulata in termini equivalenti: «qual è la cosa migliore da fare, moralmente parlando?». Per rispondervi, il primo capitolo intende fare chiarezza riguardo ai giudizi di valore, grazie ai quali si può individuare quale sia la *cosa migliore* da fare. I giudizi di valore vengono riscattati dalle idiosincrasie personali e dalla considerazione per cui sarebbero intraducibili in enunciati chiari e verificabili, privi oltretutto di adeguati criteri per formularli, a differenza di quanto accade per i giudizi di fatto. L'Autore è invece in grado di dimostrare il nesso esistente tra i giudizi fattuali e di valore perché gli «enunciati fattuali possono essere rilevanti per i giudizi di valore».

Ne sia prova che giudizi di valore che consistono in *comparazioni e classifiche di valore* sono ad esempio empiricamente verificabili: «A è un corridore migliore di B», «Questa non è una buona penna», «Una Parker 51 è migliore di una Waterman» rimandano alla verificabilità empirica della propria esperienza o alla valutazione di persone esperte. Ad esempio, il mio amico mi sconsiglia di comprare una penna stilografica da un ambulante che la descrive come una Parker 51, perché non ha il pennino d'oro e un corretto meccanismo di riempimento e conclude, quindi, che non è una buona penna. Egli non sta esprimendo i suoi gusti, ma sta argomentando oggettivamente circa le qualità della cosa. Ma se procederò ugualmente all'acquisto e l'uso della penna rivelerà i difetti da lui sospettati, risulterà fondata perché empiricamente dimostrata la sua valutazione (p. 63). Oppure nell'indecisione circa le migliori qualità tra una Parker 51 e una Waterman, che uno scrittore seppure appassionato non è in grado di risolvere, vi saranno certamente degli esperti in grado di dire quale sia la penna migliore.

Non è dunque vero che tutti i giudizi di valore sono questioni di opinione perché alcuni possono essere trasformati in enunciati chiari ed empiricamente verificabili. I giudizi di valore rispetto agli asserti fattuali esigono però non solo la verifica, ma anche la conferma dei criteri che *devono* essere utilizzati. Si ricorre infatti alla *tecnica della conferma* che rimanda alla finalità della natura delle cose (p. 68). Per decidere quale di due macchine presenti attualmente sul mercato sia la migliore, si dovrà confermare che, per esempio, la potenza del motore, la qualità delle rifiniture, l'armoniosità delle proporzioni, l'economicità dei consumi e i comfort garantiti siano i criteri adeguati per esprimere il giudizio. Ma se si trattasse di auto d'epoca non tutti i criteri verrebbero ad esempio confermati. Bisognerebbe individuarne altri, in ogni caso utili per formulare ancora una volta un giudizio comparativo.

Queste argomentazioni sono preparatorie della risposta alla domanda *che cosa devo fare?* La quale può essere esplicitata anche come: *qual è la cosa migliore che posso fare?* L'agente deve allora prendere in esame *i fatti* rilevanti per il caso che possano tradursi in ragioni per compiere o meno una determinata azione. Valuterà il peso delle suddette ragioni da cui conseguirà che sarà migliore l'azione supportata dalle ragioni migliori. Certi fatti e ciò che di essi pensiamo, le cosiddette "convinzioni che forniscono ragioni" (definite da Alexy anche «opinioni costitutive della riflessione» o «regole di ragione»), si traducono in corrispondenti ragioni che ci permettono di stabilire quale sia la cosa migliore da fare.

Le «convinzioni che forniscono ragioni» non sono però «mai relative ad un agente», ed è questo il punto chiave dell'argomentazione dell'Autore. Esse sono vere o false *tout court*, "non vere per me e false per te o viceversa" (p.79). Le considerazioni o le ragioni «non sono proposizioni riposte in cielo o verità

universali, bensì fatti particolari a cui, in particolari contesti, si applicano «convinzioni che forniscono ragioni» universalmente vere (o false)». Da qui la distinzione tra *spiegazione* e *giustificazione* di un certo comportamento. La prima consiste nell'individuazione delle ragioni *proprie* dell'agente nell'adottare il comportamento. La seconda nella valutazione delle ragioni *favorevoli* o *contrarie* alla luce delle quali accertare se il comportamento adottato sia il migliore. Ma tutto ciò è reso possibile dal riconoscimento dell'attitudine umana alla riflessione e alla deliberazione prima dell'azione per il semplice motivo «che siamo stati educati a farlo anche a fronte di forti impulsi contrari» (p. 94).

I capitoli dal secondo al quinto esplicitano la distinzione tra *regole di ragione individuali, sociali e regole morali* costituenti le premesse maggiori dell'argomentazione pratica. Le prime riguardano solo singole persone, l'agente stesso – e dunque sono “ragioni relative a sé” – o qualcun altro – e dunque sono “ragioni relative ad altri”. Così come possono essere a breve o a lungo termine a seconda che attengano al tempo presente, all'immediato futuro, alla vita intera o ad ampie sue fasi (pp. 95-108).

Le regole sociali vengono a loro volta distinte in *regolazioni, costumi, massime e principi, canoni, regolarità, regole procedurali*. Ma, volendo esaminare la natura delle regole sociali, tra quelle elencate sono rilevanti soltanto due dei sei significati specificati: e cioè “costumi e regolazioni” che implicano l'esistenza di *pressioni sociali* a supporto delle regole che diventano appunto sociali perché “volute e supportate dalla società”, “appartenenti allo stile di vita della società” (p. 113). Costumi e regolazioni differiscono circa il modo in cui una regola è posta in essere, si modifica e cessa di esistere. Così come divergono anche circa le modalità di applicazione, i criteri per determinare se siano buone o cattive regole nel loro

genere, ed infine per le ragioni in virtù delle quali si danno sia costumi che regolazioni. Da qui la distinzione tra consuetudini e norme giuridiche. Le prime non prevedono la formalizzazione della creazione, del mutamento e dell'abolizione normativa che nel caso delle norme giuridiche è affidato al legislatore, più precisamente al suo *fiat* che vincola necessariamente il giudice. E poi, le prime sono supportate da “forme di pressione sociale indeterminate, non formalizzate, non organizzate; [mentre] le norme giuridiche da forme di pressione sociale determinate, formalizzate e organizzate” (p. 117).

Al di fuori dello stato di natura valgono sia consuetudini che norme giuridiche, ma le leggi presentano, rispetto alle prime, il principale vantaggio di consentire di “gestire i problemi e le difficoltà che il gruppo si trova ad affrontare, in condizioni di mutamenti sociali rapidi, tramite una correzione intenzionale e immediata di certi aspetti dannosi nello stile di vita dell'intero gruppo” (p. 119). A questo punto verrebbe da pensare che le regole religiose siano simili a quelle giuridiche prevedendo nozioni simili: un Dio legislatore, giudice e sanzionatore. Tuttavia, solo il diritto è un fenomeno sociale “in ogni senso” perché l'individuo deve “imparare quali *sono* le leggi della sua società, e conformarsi a esse” e, seppure eserciti in qualità di cittadino consapevole una qualche pressione sugli organi legislativi, per il resto egli è “semplicemente soggetto al sistema giuridico vigente”. In campo religioso, seppure l'individuo riceve la religione dal suo ambiente, egli in seguito può convertirsi ad un'altra religione, non fare alcuna professione di fede o addirittura inventarsi un *credo personale*. Cosa che non sarà possibile in campo giuridico, non avendo senso l'espressione “mi sono convertito ad un sistema giuridico differente”, né affermare che la legge è “mia”, il verdetto è “mio” o la sentenza è “mia” che sarebbero espressioni eventualmente

plausibili in bocca a chi espleta specifiche funzioni istituzionalmente riconosciute.

In ambito giuridico l'autorità ultima non spetta quindi all'individuo, ma per le norme giuridiche al legislatore e per la consuetudine al gruppo sociale. In ogni caso, le regole di ragione sociali (consuetudini, leggi, buone maniere, galateo, convenzioni, tradizioni) ai fini dell'azione rappresentano delle *ragioni* a favore di un certo comportamento sociale, mentre il fatto che da esse un dato comportamento sia proibito è invece «una ragione contraria» (p. 122).

Le regole morali (V capitolo) sono quelle convinzioni morali che forniscono ragioni per l'azione. Ritenere che rubare sia sbagliato implica che non si deve rubare, e che dunque avendone l'occasione non bisogna farlo neppure quando sia vantaggioso. Il test che si impone alle regole morali è l'essere destinate *per il bene di tutti indistintamente* che si può provare attraverso la condizione di "reversibilità": cioè "la necessità che il comportamento in questione sia accettabile per una persona sia essa l'autore o il destinatario dell'atto" (p. 146). È dunque nell'interesse di tutti indistintamente, che le regole morali abbiano la prevalenza sulle preferenze individuali. Le regole morali sono così al tempo stesso descrittive e imperative. In quanto descrittive sono verificabili, in quanto imperative guidano all'azione.

Il principio di reversibilità impone poi non solo divieti, ma anche comandi in positivo con la precisazione però che ci è moralmente richiesto di fare il bene solo a coloro che necessitano effettivamente il nostro aiuto. Da qui la netta distanza dalla morale utilitaristica che richiederebbe di promuovere la massima quantità di bene nel mondo o promuovere il massimo bene del maggior numero di persone.

Nel sesto capitolo l'Autore considera decisivo il fattore sociale nella morale poiché l'agire morale presuppone proprio il vivere sociale e sarebbe pertanto impossibile in uno stato di natura. La deliberazione morale implica un'abilità che si attiva in presenza di modelli di comportamento prestabiliti e condivisi che si prestano ad essere insegnati ed appresi. Conoscere ciò che è giusto non è dunque frutto di intuizione, ma della ragione come capacità di *trovare* risposte e questa capacità presuppone la pratica. La morale non consiste dunque nell'assecondare tendenze innate nel bene e nel male come, ad esempio, essere gentili con tutti o avere istinti violenti. «Essere morali non può consistere nel seguire la natura. Se consistesse in questo, allora gli animali o i robot potrebbero essere morali, basterebbe che avessero la corretta dotazione naturale» (p. 163). Animali e computer non sono esseri morali perché incapaci di agire in senso contrario alle proprie inclinazioni e spinte: [u]n essere morale dev'essere capace di tenere sotto controllo i suoi impulsi naturali, di auto controllarsi, di fare ciò che è richiesto dalle ragioni morali che hanno più peso, anche se questo significa inibire quella che sul momento è l'inclinazione più forte» (p. 164).

Nella dimensione sociale è poi possibile distinguere tra *morali assolute* e *morali vere*. Le prime sono vere indipendentemente dalle condizioni sociali particolari per cui non subiscono alterazioni in forza di mutamenti sociali. Le seconde invece sono parte integrante dello stile di vita di gruppi determinati o determinati individui. Il volume si conclude con un settimo capitolo in cui si risponde alle due domande che erano rimaste in sottofondo: perché si deve essere morali e perché si deve seguire la ragione. Seguire la ragione significa «seguire quei suggerimenti che più verosimilmente realizzano la linea di condotta migliore in quelle circostanze» (p. 178). Attraverso la deliberazione si possono esaminare i fatti rilevanti e considerare le

ragioni in gioco. Da qui si può determinare quale condotta abbia dalla sua parte le ragioni migliori. In questa valutazione di solito si tende a massimizzare le soddisfazioni e a minimizzare le frustrazioni. Ma dal momento che una certa decisione coinvolge soddisfazioni e frustrazioni non solo personali, ma anche di altre persone, è possibile strutturare una gerarchia delle ragioni tra le quali le ragioni morali hanno il primato sulle ragioni di interesse personale quando seguire queste ultime provocherebbe “danni ad altri” (p. 185). Seguire le ragioni morali è, dunque, nell’interesse di “tutti indistintamente” (p. 190).

In questo modo, la morale non è, come si temeva all’inizio, priva di senso e respingente, ma l’inevitabile orizzonte di riferimento dell’agire, anche giuridico. Ne consegue, pertanto, che anche «le statuizioni legali sono suscettibili di critica *dal punto di vista morale*» (p. 129).



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

ANDREA ROMEO

**Judicial Review tra positivismo giuridico
inclusivo ed esclusivo**

W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei
diritti costituzionali*, ESI, Napoli, 2018

Judicial Review tra positivismo giuridico inclusivo ed esclusivo

W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei diritti costituzionali*, ESI, Napoli, 2018

Il volume accoglie la traduzione in italiano del saggio “*Legal Positivism and the Nature of Constitutional Rights*”, presentato da Wil Waluchow in un seminario tenuto presso l’Università Magna Grecia di Catanzaro, nell’ambito del corso di Dottorato di ricerca in “Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo”. Il saggio, in realtà, è il frutto di un’opera di sistematizzazione di alcune tesi esposte del noto Professore americano oltre che nel suo celebre *Inclusive Legal Positivism*¹ anche in alcuni suoi articoli più recenti². L’Autore propone una narrazione del positivismo giuridico, e della rivendicazione di questo del “diritto come fatto sociale”, seguendo meticolosamente il cosiddetto “canone anglosassone”, dove il posto centrale è sovente riservato al dibattito Hart-Dworkin, vero e

* Assegnista di Ricerca in Filosofia del diritto presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

¹ Si veda W.J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

² Si vedano W.J. WALUCHOW, *Charter Challenges: A Test Case for Theories of Law*, *Osgoode Hall Law Journal*, 29/1990; ID., *Legal positivism, inclusive versus exclusive*, in E. CRAIG (a cura di), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London, Routledge, 2001, liberamente disponibile senza impaginazione al sito <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/TO64>; ID., *Herculean Positivism*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 5/ 1985; ID., *The Weak Social Thesis*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 9/1989; ID., *Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism*, in *Legal Theory*, 6/2000.

proprio assillo teorico di molti accademici nordamericani, con buona pace della ricca tradizione europea.

Waluchow propone al suo lettore un'agile guida dei principi archimedei del positivismo giuridico, ripercorrendone in chiave ricostruttiva alcune delle tappe fondamentali del percorso storico. E come spesso accade nelle opere degli autori anglosassoni, la prima compiuta teorizzazione del positivismo è rintracciata nell'opera *The Province of Jurisprudence Determined*, dove Austin vi affermava con nettezza: «l'esistenza del diritto è una cosa; il suo merito o demerito un'altra»³. Per Waluchow (come per molti altri) si tratta della più icastica affermazione delle *Separation Thesis* – la bandiera del positivismo moderno –, antitesi della massima *lex iniusta non est lex* tradizionalmente attribuita al pensiero di un alfiere indiscusso della teoria del diritto naturale: Tommaso D'Aquino⁴.

Nel rigettare l'idea che il diritto possa rappresentare il prodotto o il riflesso di una legge naturale trascendente, i primi positivisti – ci fa notare Waluchow – «concepirono il diritto come un'istituzione sociale largamente auto-determinata ed autonoma che determina da sé i propri limiti, criteri di validità e che in generale regola le proprie attività»⁵. Il rifiuto delle premesse giusnaturaliste ha condotto, per il Nostro, all'affermazione dei due pilastri del positivismo moderno: (a) la cosiddetta “Tesi Sociale” in base alla quale il diritto è, essenzialmente, (i) un fenomeno sociale la cui validità dipende da (ii) speciali fatti sociali (atti legislativi o decisioni giudiziali) che costituiscono (iii) le fonti del diritto; (b) la “Tesi della Separazione” – ben catturata dall'affermazione austiniana – che ritiene

³ Cfr. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture VI, London, 1832, p. 279, cit. da W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei diritti costituzionali*, a cura di Massimo La Torre, Traduzione dall'inglese di Andrea Romeo e Leonardo Mellace, «L'Europa del diritto», Collana dei Seminari del Dottorato di ricerca in “Teoria del diritto e ordine giuridico europeo”, diretta da Massimo La Torre, Vol. 15, Napoli, ESI, 2018, p.5.

⁴ Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologie*, *Questio 90*, Art. 4, cit. in W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei diritti costituzionali*, cit., p.9.

⁵ W. WALUCHOW, *Il positivismo giuridico e la natura dei diritti costituzionali*, cit., p.9.

concettualmente separati diritto e morale, tanto che una norma può essere giuridicamente valida anche se priva di valore o in distonia con la morale. Il diritto, si dirà, è is non certo *ought to be*.

Se per Bentham o Austin il fatto sociale produttivo di diritto per eccellenza era dato dal comando di un superiore politico, per Hart – il secondo momento fondamentale per il canone anglosassone – la validità del diritto dipende da insieme speciale di regole secondarie (regola di riconoscimento) sociali accettate e messe in pratica dagli *official* dell'ordinamento. Hart, come ci fa notare Waluchow, non nega certo che diritto e morale abbiano punti di connessione – si pensi, a titolo di esempio, il modo in cui di giudici sono chiamati ad affrontare gli *Hard Cases*, ovvero alla nota concezione sul contenuto minimo di diritto naturale –; ciò che il positivismo riformato nega è, dunque, solo la dipendenza concettuale della validità del diritto dalla morale⁶.

Dopo aver ricostruito le tappe fondamentali del processo che ha condotto all'affermazione della scuola anglosassone del positivismo giuridico, Waluchow, seguendo fedelmente quel canovaccio, passa ad analizzare i micidiali scossoni che la costruzione positivista ha dalle critiche dworkiniane, con il crollo di alcune certezze della *Separation Thesis*⁷. Waluchow riconosce quanto Dworkin sia stato un avversario formidabile per il positivismo. Soprattutto, tra le sferzate del Professore americano, la critica secondo la quale i teorici positivisti avrebbero dimenticato l'esistenza di un'entità normativa fondamentale del diritto, ossia il “principio”, la cui tematizzazione, come è noto, ha un effetto dirompente per l'edificio positivista. Il *full law*, cui si riferisce Dworkin, comprende anche i principi della morale politica che il diritto positivo incarna o esprime. Questo “diritto pieno”, in sostanza, è dato dall'insieme dei principi della morale politica in grado di garantire la migliore spiegazione e giustificazione morale del diritto positivo, che in *Law's Empire* Dworkin

⁶ Ivi, pp. 14-18.

⁷ Ivi, pp. 19-25.

definisce come migliore interpretazione costruttiva. Il diritto, dunque, da un punto di vista ontologico è un oggetto interpretativo – ben altro che il *semantic sting* dei positivisti –, e i principi retrostanti all’attività giustificativa trovano il loro “bedrock”, il loro “punto archimedeo”, nella prospettiva morale e nell’idea di giustizia. Ciò è esplicitato nella soluzione dworkiniana agli *Hard case*. Se per Hart, com’è noto, nella penombra di incertezza delle regole occorre affidarsi ai giudici affinché creino nuovo diritto, per Dworkin i principi consentono di accertare la fondatezza di una pretesa giuridica, di cui le parti sono portatrici – è la nota *Right Thesis*, che Dworkin contrappone alla *Source Thesis* ⁸.

Si tratta, ovviamente, di un dibattito notissimo, fulcro di molte riflessioni giusfilosofiche del mondo accademico anglosassone contemporaneo, specialmente nordamericano, e che Waluchow ha il merito di ricostruire in modo preciso e allo stesso tempo avvincente, fornendo al lettore, anche a quello non troppo esperto, le coordinate fondamentali per orientarsi nella discussione contemporanea. E seguendo tali coordinate, il passo successivo del Professore Canadese è quello di soffermarsi, sempre in modo lucido, sulle conseguenze delle critiche di Dworkin sulle posizioni teoriche giuspositiviste. Waluchow, allora, ci racconta di come la reazione agli attacchi teorici di Dworkin fu una sorta di scisma: il positivismo si è scisso tra chi, in qualche modo, ha tentato di recepire le critiche di Dworkin ed operare una nuova sintesi, e chi invece le ha rifiutate in blocco, ergendo un fossato essenzialista attorno al muro della Separazione⁹. Dal quel momento, in sostanza, il positivismo giuridico non fu più semplicemente tale, ma dovette scegliere se essere inclusivo o esclusivo. Qui Waluchow, esponente di punta, com’è noto, del versante *inclusive*, traccia in modo lucido la linea di demarcazione: il punto è se la *rule of recognition* hartiana possa includere elementi di morale sostanziale. Mentre il positivismo esclusivo – che si rifà, sostanzialmente alle posizioni teoriche

⁸ Ivi, pp. 23-24.

⁹ Ivi, pp. 27 ss.

di Joseph Raz e ha tra i sostenitori Andrei Marmor, Scott Shapiro e Brian Leiter – continuava ad arroccarsi dietro la necessità concettuale della *Separation Thesis*, negando la possibilità concettuale di una regola di riconoscimento moralizzata, il versante *inclusive*– sulle tracce di Hart, ed annoverando tra i suoi difensori Jules Coleman, lo stesso Wil Waluchow, Matthew Kramer e Kenneth Einar Himma – ne proponeva una versione “ingentilita” e permeabile alle istanze di giustizia: la Tesi della Separabilità¹⁰.

Ed è qui che il libro si fa per il lettore certo più intrigante, e ciò perché Waluchow cerca di portare acqua al mulino del positivismo inclusivo muovendo da una prospettiva originale ed interessante, analizzando i riflessi che tali concezioni del diritto potrebbero avere sul sindacato di costituzionalità. Per i fautori del positivismo esclusivo, la validità giuridica non può mai dipendere dal suo *moral merit* (salvo voler rinunciare a quella pretesa di autorità pratica che assume un ruolo centrale nelle letture esclusiviste di Raz e Shapiro). Questa ultima affermazione, nondimeno, è chiamata a misurarsi con una circostanza problematica, riconosciuta dallo stesso Hart: talvolta alcuni ordinamenti moderni subordinano la validità di una legge al rispetto di standard costituzionali che rimandano a considerazioni pratiche dal sapore morale ed extra-giuridico, rimettendo, così, in gioco proprio quelle considerazioni di primo ordine che il diritto (funzionalmente) avrebbe il compito di tagliare fuori dal ragionamento pratico fornendo, appunto, delle *exclusionary reason*¹¹. Ciò – ci spiega Waluchow –, non mette troppo in ambascia i positivisti inclusivi che, sulle orme di Hart, non obiettano nulla al fatto che una disposizione costituzionale possa imporre il rispetto, per esempio, dell’equità procedurale come condizione la validità di un atto del legislatore ordinario.

¹⁰ Secondo la quale, per Waluchow: «è concettualmente possibile, ma in nessun modo necessario, che la validità giuridica di una norma dipenda parzialmente dalla sua coerenza con principi o valori morali». Ivi, pp. 29.

¹¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 204, cit. in W. Waluchow, *op. ult. cit.*, 30.

Ciò appare perfettamente coerente con la concezione “debole” della *Separability Thesis*. Nella lettura inclusiva del positivismo, se il rispetto di una costituzione rappresenta un test di validità giuridica – dunque si manifesta come regola di riconoscimento del sistema nelle decisioni dei funzionari –, e se la stessa costituzione introduce delle clausole il cui tenore invoca un ragionamento pratico morale, ne consegue che una legge che viola la condizione morale stabilita dalla clausola sarebbe sostanzialmente una legge non valida¹². Lo stesso, però, non può dirsi per il fronte del positivismo esclusivo.

Per risolvere il nodo gordiano posto dal valore normativo dei principi *moral-sounding* riconosciuti dalla costituzione, Raz, com'è noto, introduce la teoria dei «directed powers»¹³. In breve, secondo il Professore israeliano, le clausole costituzionali che contengono valutazioni morali della legislazione ordinaria non pongono come test per la validità il rispetto di un principio morale bensì, più semplicemente, orientano la condotta dei giudici costituzionali facendo sì che questi esercitino il proprio potere giuridico di dichiarare illegittima qualsiasi norma incompatibile con quel principio. In definitiva, tali clausole rappresenterebbero null'altro che criteri guida del potere di sindacato costituzionale¹⁴.

Per chiarire la differenza che intercorre tra la concezione del sindacato costituzionale proposta del positivismo giuridico inclusivo e quella dei

¹² Ivi, p. 49. «È il fatto che la legge è in contrasto con una superiore norma costituzionale a renderla invalida, non un atto di annullamento da parte che di un giudice».

¹³ Ivi, p. 48. Waluchow si riferisce a quanto Raz argomenta in J. RAZ, *The Inner Logic of the Law, in Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, rev. ed., Oxford Clarendon Press, 1996, p. 242.

¹⁴ *Ibidem*. La clausola del giusto processo, per esempio, «dirige e obbliga i giudici ad esercitare un potere giuridico per invalidare qualsiasi legge che sia incompatibile con quel principio morale».

directed powers dei difensori del positivismo esclusivo, Waluchow propone un’analogia (forse azzardata, ma comoda) con il regime giuridico che distingue, sul piano degli effetti, la sanzione della nullità con quella dell’annullabilità di un negozio giuridico¹⁵. Quando un negozio giuridico è nullo esso va inteso come se non avesse mai avuto alcuna validità giuridica non avesse mai prodotto effetti. Ben diverso il caso dell’annullabilità che, notoriamente, non preclude la produzione di effetti giuridici finché il legittimato all’azione di annullamento non decide di impugnarlo. Pertanto, senza la pronuncia (diremmo costitutiva) di annullamento il negozio rimarrebbe perfettamente efficace. Per Waluchow, allora, le differenze che caratterizzano le due classiche situazioni di patologia negoziale possono in qualche misura adattarsi al valore della pronuncia di illegittimità costituzionale nelle diverse prospettive del positivismo giuridico contemporaneo, rendendoci così la cifra della differenza concettuale.

Nella concezione dei diritti costituzionali avanzata dalla corrente *inclusive* – sebbene l’argomento non sia pacificamente sostenuto tra le stesse file dell’inclusivismo – il conflitto di una legge ordinaria con una clausola costituzionale dal contenuto morale non comporta che la prima sia suscettibile di “annullamento”; piuttosto, la legge è considerata illegittima sin dal momento della sua emanazione, è *tamquam non esset*, senza alcuna produzione di effetto¹⁶. Situazione questa – ne inferisce il Professore canadese – sovrapponibile alla mancanza originaria di efficacia di un contratto viziato da nullità. Da una tale prospettiva la pronuncia sulla legittimità delle leggi ha solo il compito di accertare l’esistenza di conflitto con la costituzione – potremmo dire che ha un’efficacia dichiarativa.

¹⁵ *Ibidem*. «La differenza fra la concezione sui diritti costituzionali proposta dal PGI, da un lato, e il PGE con i suoi poteri diretti, dall’altro, è analoga alla differenza fra un contratto nullo e uno annullabile nel diritto contrattuale anglo-americano».

¹⁶ *Ivi*, 49.

La variante *exclusive* – continua Waluchow – conduce a risultati differenti sul piano degli effetti. Nella teoria dei poteri diretti, infatti, non è il conflitto con il principio costituzionale a rendere *ab initio* incostituzionale una particolare norma giuridica; piuttosto tale conflitto rappresenta una condizione effettiva in grado di “innescare”, in un certo senso, il potere di invalidazione di cui il giudice è istituzionalmente depositario. Ne consegue che la pronuncia di una corte costituzionale, o della Corte Suprema americana, per esempio, ha valore sostanzialmente costitutivo, e il conflitto originario realizza solo la clausola condizionale dell’esercizio del potere di sindacato di costituzionalità¹⁷. Tale interpretazione, del resto, si spiega per ragioni di coerenza intellettuale con la lettura classica, ed intransigente, della Tesi della Separazione. Se, in effetti, l’illegittimità fosse dovuta all’originario conflitto con condizione morale incorporata nella clausola costituzionale si avrebbe un immediato recupero di quei contenuti pratici extra giuridici che i positivisti esclusivi non intendono ammettere nella struttura della regola di riconoscimento.

Invece, concependo l’illegittimità costituzionale come il frutto di un fatto sociale (di carattere non morale) come, appunto, l’esercizio da parte di un giudice del potere di dichiarare l’illegittimità costituzionale – che è semplicemente azionato o condizionato dal conflitto – la validità della *Separation Thesis* non sembrerebbe affatto in discussione. Del resto, «è un fatto sociale che un giudice abbia esercitato il suo potere di invalidare una legge, alla pari con analoghi fatti sociali che comportano l’adozione della normativa»¹⁸. Concepire il sindacato di costituzionalità nei termini di *directed power* significa, dunque, teorizzare una giustizia costituzionale che, nell’ambito di un costituzionalismo infeltrito di principi dal contenuto notevolmente aperto, sia comunque in grado di tenere fede alla tesi della

¹⁷ Ivi, 49-50

¹⁸ Ivi, 50.

Separazione come pure alla particolare interpretazione della Tesi Sociale di cui la prima è implicazione concettuale¹⁹.

In effetti, se si segue una certa interpretazione della *Social Thesis*, cara al positivismo più ortodosso e separatista, i fatti sociali concepiti come fonti della giuridicità non soltanto stabiliscono i criteri della validità, ma rappresentano, inevitabilmente, l'unico fondamento di tali criteri; da qui la conclusione per cui ciò che sancisce l'invalidità costituzionale non è la mancanza di conformità ad un principio morale, quanto, piuttosto, il fatto (sociale) che un tribunale abbia esercitato il suo potere di invalidarlo²⁰.

Una volta individuata la differenza nell'interpretazione dell'efficacia della pronuncia di incostituzionalità tra le due letture del positivismo, Waluchow tenta di compiere un passo ulteriore, più ambizioso, nel tentativo di dimostrare come la concezione inclusivista sia più aderente al modo in cui è usualmente il controllo sulle leggi nelle democrazie contemporanee²¹. Seguendo la teoria dei poteri diretti, in realtà, se ne dovrebbe inferire che le disposizioni costituzionali non attribuiscono direttamente diritti giuridici fondamentali – la cui violazione da parte del legislatore ordinario dovrebbe comportare la genetica illegittimità delle norme in contrasto –; piuttosto andrebbero interpretate come clausole condizionali per l'esercizio del potere di annullare le leggi incostituzionali. Per dimostrare questa conclusione l'A. inclina il discorso sul piano dell'efficacia delle leggi incostituzionali. Aderendo all'idea secondo cui l'illegittimità di una legge ordinaria deriva da una pronuncia costitutiva, ne consegue che fino a che il giudice non si sia pronunciato in merito, la legge in questione dovrebbe essere ritenuta assolutamente valida e produttiva di effetti, e ciò nonostante il conflitto con un principio di giustizia sostanziale incorporato nella Carta costituzionale. E se paradossalmente i giudici

¹⁹, 51. Simili considerazioni sono espresse dall'autore in W. WALUCHOW, *Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism*, cit., 133 ss.

²⁰ *Ibidem*

²¹ *Ibidem*.

dovessero decidere, per qualsiasi ragione, di non adempiere al proprio dovere istituzionale, la legge, seppure viziata, continuerebbe ad avere pieno vigore ed applicazione tra i consociati²².

Nondimeno, una tale ricostruzione, nella prospettiva Waluchow, sembrerebbe stridere con il modo in cui il costituzionalismo moderno concepisce la protezione dei diritti costituzionalmente garantiti, offrendo il destro ad obiezioni e critiche di non poco conto²³. E simili considerazioni potrebbero coinvolgere i più moderni sistemi di *judicial review*, tra cui anche gli Stati Uniti²⁴. Ben diversa, invece, la concezione inclusiva, che concepisce la pronuncia del giudice come la dichiarazione di un'illegittimità genetica, di un diritto che non ha passato il test per la sua validazione. E dunque improduttivo di effetti.

La conclusione del ragionamento è più che netta: «Se questi pochi brevi motivi, infine, siano sufficienti per indebolire il PGE (*positivismo giuridico esclusivo*) e la sua concezione dei poteri diretti dei diritti costituzionali rimane probabilmente una questione aperta. Ma non si può fare a meno di chiedersi se la lettura più naturale dei diritti costituzionali sia sufficiente per pensare che il PGE, alla fine, sia la teoria migliore. Forse, soltanto un ostinato fedele alla tesi della separazione, e della convinzione che la tesi della separabilità disattende le idee fondamentali del PG, potrebbe verosimilmente pensarla in modo diverso»²⁵.

L'analisi di Waluchow ha l'innegabile merito di declinare sul piano operativo il dibattito tra positivismo inclusivo ed esclusivo, dimostrandone le possibili ricadute nel modo di concepire la giustizia costituzionale. Nondimeno, la sua visione del giudizio di costituzionalità e del valore da

²² *Ibidem*.

²³ Ivi, 51-52.

²⁴ Ivi, 53. L'Autore cita in proposito il celebre arresto *Norton vs Shelby* (1886), ove si statui che «un atto incostituzionale non è una legge; non conferisce alcun diritto; non impone alcun dovere; non fornisce alcuna protezione; non crea nessun ufficio; esso è, nella riflessione giuridica, inefficace come se non fosse mai stato approvato».

²⁵ Ivi, 55.

riconoscere alle pronunce che dichiarano l'illegittimità costituzionale di un atto normativo non è affatto immune da critiche. Alcune di queste, invero, gli giungono addirittura allo stesso fronte *inclusive* (che appare, invero, più una famiglia di teorie che una scuola di pensiero unitaria)²⁶. Per

²⁶ Non è questa la sede per poter approfondire il dibattito scaturito dalla tesi di Waluchow. Per una analisi delle critiche sollevate, in seno allo stesso positivismo inclusivo, si veda, per esempio, K. HIMMA, *Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism*, in *Law and Philosophy*, 24/2005, pp. 1-45. Sul punto, Himma, pur appartenendo al consesso degli inclusivisti, appare piuttosto critico riguardo alla tesi dell'invalidità originaria. Con riferimento specifico al meccanismo di giustizia costituzionale le regola di riconoscimento, nell'ambito di una teoria contestuale nordamericana, dovrebbe avere un simile contenuto: una legge è da considerarsi valida «until declared inconsistent with the best interpretation of the Constitution that comports with due regard for precedent by the highest court to consider the constitutionality of [the norm]»; ovvero sia finché non è dichiarata incostituzionale poiché confliggente con la migliore interpretazione costituzionale fornita dalla stessa Corte. In sintesi, considerato il parametro costituzionale [E] (es. eguaglianza), una legge [L] che non soddisfa il contenuto di tale parametro rimane comunque valida se ha rispettato le procedure richieste per la sua emanazione (dunque gli appropriati fatti sociali, come vorrebbe un approccio raziano). Soltanto quando ne viene messa in dubbio la conformità alla costituzione essa può essere dichiarata illegittima, sempre che il conflitto sia giudicato tale in relazione all'interpretazione della costituzione che la stessa corte ne dà. Ed ovviamente rimane valida anche quando la corte non rileva il conflitto, seppur manifesto. Una simile condotta forse andrebbe incontro alla critica pubblica della comunità dei giuristi, ma questi ultimi sarebbero egualmente tenuti ad applicare L, ancora valida. In definitiva non è tanto il parametro E a funzionare come test, quanto, piuttosto, l'interpretazione del principio che la Corte ne dà e a cui vincola le altre giurisdizioni. Parziali critiche giungono pure da un altro alfiere degli inclusivisti, Matthew Kramer, il quale però controreplica pure all'argomento di Himma. L'A. osserva sul punto come il considerato parametro E obbligherebbe comunque i giudici (delle corte suprema o costituzionale) ad applicarlo nelle questioni riguardanti il sindacato costituzionale della legge ordinaria in cui lo stesso assume rilevanza indipendentemente da fatto che l'eventuale pronuncia di rigetto, o di inammissibilità erronea – finanche una sostanziale inerzia – faccia sì che i giudici inferiori od ordinari continuino a considerare valida la norma anche in caso di manifesto ed evidente contrasto. Detto in altri termini, il parametro E avrebbe sempre il valore di

valutare la bontà della decisa conclusione di Waluchow occorrerebbe immergersi nella ormai oceanica letteratura scaturita dalla contrapposizione tra le due correnti in cui si è diviso il positivismo giuridico; sebbene anche ad un primo superficiale sguardo, *prima facie*, la pretesa di Waluchow di suonare le campane a lutto per le posizioni più vicine alla tesi della separazione sembra forse troppo immodesta. Tuttavia, il testo ha la innegabile qualità di stimolare il lettore, anche quello che non è assiduo frequentatore delle dispute tra le due “fazioni”, ad affacciarsi su tale disfida teorica da una prospettiva diversa, coinvolgendo anche approcci diversi da quello prettamente giusfilosofico, immergendo, così, il dibattito teorico in quella dimensione della prassi troppo spesso, oggi, dimenticata nello stile di argomentazione forse fin troppo “essenzialista” di alcuni filosofi del diritto contemporanei.

test di validità giuridica e, circostanza non trascurabile, permettere anche di poter criticare la decisione o l'inerzia della corte, consentendo un punto di vista interno. Inoltre, anche a voler considerare il caso dell'errore, non si potrebbe negare che il parametro continuerebbe a funzionare come tale in tutte le successive questioni portate al vaglio del sindacato di costituzionalità. Dunque, se l'interpretazione che qui si propone dell'articolato pensiero di Kramer è corretta, non può non notarsi che se una legge non producesse alcun effetto allora non sarebbe certo necessario investire la Corte della questione in merito alla costituzionalità (o non sarebbe ammissibile data la carenza assoluta di rilevanza). Cfr.

M. KRAMER, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, 2004, p. 130-1.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

CHIARA MAGNESCHI

**La pace oltre il diritto. Su un recente
approccio psicanalitico al pacifismo.**

F. BONSIGNORI, *Psicanalisi della pace*, Mimesis,
Milano-Udine, 2015

CHIARA MAGNESCHI*

**La pace oltre il diritto. Su un recente approccio
psicanalitico al pacifismo.**

F. BONSIGNORI, *Psicanalisi della pace*, Mimesis, Milano-Udine

2015

1. Le premesse

Tra i contributi recenti al dibattito sul pacifismo, con i suoi diversi approcci teorici e le sue diverse accezioni di “pace”, si inserisce in modo del tutto originale *Psicanalisi della pace* di Franco Bonsignori (Mimesis, 2015).

Rispetto agli indirizzi tradizionali, tale contributo presenta elementi di forte novità, sia perché assume il conflitto quale componente fisiologica della dialettica di pace – superando una visione di quest’ultimo come male da estirpare e della pace come bene assoluto/assenza di conflitto – sia perché offre strumenti pratici nella direzione di una elaborazione del conflitto e di una composizione armonica delle controversie. Il tutto nel quadro di una solida idea di fondo: l’esistenza di uno strettissimo legame tra la pace individuale e quella collettiva, e la necessità – da leggere anche come grande possibilità – di perseguire un cambiamento personale per aspirare alla pacificazione globale.

Con le parole dell’Autore:

* Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali presso l’Università di Pisa.

«Spesso si cerca di reagire al Male tramite azioni esteriori, pubbliche e collettive, e a volte l'impegno riesce; questo però è marginale. In realtà, la capacità d'affrontare davvero il Male e di venirne a capo riguarda peculiarmente i soggetti individuali, il cuore e gli atti dei singoli¹».

Ciò non significa, naturalmente, che i tragitti della trasformazione personale siano facilmente percorribili, ma certamente il cammino viene concretamente delineato e può iniziare fin da subito. Ed è proprio in ciò che si sostanziano i tratti più atipici, nuovi e audaci del contributo di Bonsignori: nel suggerimento di percorsi da intraprendere, ancor più che di mete cui puntare.

Per come è evocata già nel titolo ed utilizzata nel testo, la psicanalisi vede abbattuti i propri confini di scienza della psiche per divenire metodo di indagine del reale nella sua interezza: se il termine “psicanalisi” evoca immediatamente la teoria freudiana orientata a svelare i segreti della psiche individuale e collettiva, nel testo di Bonsignori esso acquista un respiro trasversale, rappresentando un modo di comprendere il mondo nei suoi aspetti più reconditi, in una sorta di viaggio alla scoperta dell'ignoto che si cela dietro le azioni umane individuali, specie le più bellicose. Un viaggio a ritroso, che comincia dal conflitto e procede verso una sua possibile spiegazione/interpretazione, destinato a non esaurirsi mai, e il cui frutto è una epistemologia multilivello che penetra nei vari strati della realtà senza gerarchie predefinite.

In effetti, la profondità insondabile in cui “galleggiano” gli eventi e si presentano ai nostri occhi costituisce un'ulteriore premessa dell'indagine che *Psicanalisi della pace* si propone di affrontare.

¹ F. BONSIGNORI, *Psicanalisi della pace*, Mimesis, Milano-Udine, 2015, 120.

In altre parole, l'invito che sembra provenire dalle pagine del libro è quello ad accettare il fatto che il nostro universo, anche quello quotidiano, è composto in buona parte da dinamiche misteriose, che sfuggono al controllo, alla nostra volontà, persino alla conoscibilità. Anche il nostro agito personale deve fare i conti con derivazioni in qualche misura ignote a noi stessi:

«allo stato attuale della cultura la spiegazione della *sostanza* del mondo è ben lungi dall'essere chiara, e rappresenta, a ogni livello d'indagine, un micidiale problema ermeneutico, un grande dilemma immerso in un quadro d'irrisoluzione e ambiguità, se non di vero e proprio mistero. Questo è il punto a cui ci ha portato l'evoluzione di civiltà, e qui il nostro sguardo deve arrestarsi malgrado la spinta ontologica che lo preme: l'indole del reale resta celata e sfuma in un'elusiva e densa penombra²».

Da un lato si tratta dunque di acquisire una placida accettazione del fatto che non tutto è spiegabile razionalmente secondo la sua evidenza, e, dall'altro lato, di raccogliere l'invito a far luce sulle parti misteriose di noi stessi, quelle che generano inquietudine, disagio, disarmonia - fino a potersi riflettere nello scontro con gli altri, anche in una dimensione super-individuale - interpretando il perché delle nostre azioni.

Si tratta di provare ad attraversare la penombra che avvolge certe inclinazioni dell'animo umano con gli strumenti della "psicologia del profondo", ovvero della corrente analitica di studi sulla psiche avviata da Jung, secondo la quale l'intera esperienza del reale passa attraverso la psiche, mentre quest'ultima, a sua volta, vive una continua interazione con le proprie parti aggressive.

² Ivi, 286.

Tale insolita andatura costringe ad un ripensamento complesso della problematica irenica, e al tempo stesso, cala quest'ultima in una dimensione (innanzitutto) individuale, favorendone la comprensione.

Per quale motivo scegliere questo particolare approccio epistemologico è una delle domande che l'Autore stesso (si) pone, e la risposta è che esso è in grado di aprire le porte alla violenza come esperienza intrinseca dell'uomo, come forza segreta che forma parte dell'essenza costitutiva dell'essere umano. Da questo punto di vista, la concezione della pace quale negazione del male diviene un modello di analisi evidentemente insufficiente, giacché la pace è in rapporto *necessario* col male³. La psicologia del profondo viene ora declinata quale teoria psicologica della violenza.

2. Sentieri di pace

Tra gli strumenti volti a re-interpretare l'incontro/scontro tra l'uomo e il mondo, ponendo in essere un cammino di pacificazione individuale e – solo di riflesso – collettiva, hanno un rilievo particolare la psicanalisi junghiana ed il buddismo di Nichiren Daishonin.

Per quanto apparentemente lontani, questi due sistemi interpretativi presentano un comun denominatore, ossia lo sguardo privilegiato alla sfera individuale come punto di partenza qualsiasi proposito di cambiamento delle criticità osservabili a livello collettivo. Ciò vale a dire che ogni conflitto collettivo affonda le proprie radici in un irrisolto personale, e, al contempo, che i conflitti possono essere prevenuti attraverso un cammino di analisi/crescita del singolo.

Per dirla con le parole di Jung:

³ Ivi, 114.

«io non parlo alle nazioni, io mi rivolgo solo a pochi singoli uomini... Se le *grandi cose* vanno male, è solo perché i singoli vanno male, perché io stesso vado male. Perciò, per essere ragionevole, dovrò cominciare col giudicare me stesso⁴».

In questo sta l'originalità dell'approccio di *Psicanalisi della pace*: il libro presenta degli strumenti pratici attraverso cui realizzare un cambiamento personale che è preliminare ad ogni progresso irenico. Il lettore, se vuole, può avvalersene, per iniziare da subito e concretamente una rivoluzione personale che è il punto di partenza per aspirare alla pace nel mondo.

Siamo dunque in presenza di un contributo analitico che va oltre l'analisi per farsi concreto strumento di azione.

Non è difficile intuire come tale metodo arrivi a toccare gli aspetti più intimi e viscerali dell'uomo, la conoscenza dei quali diviene un obiettivo per i riflessi pratici che essa presenta. E la validità di questa constatazione rimane ferma anche ritenendo, come l'Autore fa, che il percorso suggerito non offra risposte finali, vale a dire soluzioni *normative*.

Entrando nello specifico dei "metodi di pace" rappresentati dall'Autore, la psicologia del profondo, o junghiana, parte dall'idea che il «Bene e il Male siano grandezze che fondano parimenti la vita etica dell'uomo»⁵, e dovrebbero essere considerati entrambi aspetti di Dio, al punto che lo stesso Jung arriva a caratterizzare il Male come costitutivo dell'essere umano fino a divenire co-essenziale alla sua

⁴ C. G. JUNG, *Il significato della psicologia per i tempi moderni*, in C. G. JUNG, *Opere*, vol. 10, tomo I, tr. it. di P. SANTARCANGELI, Boringhieri, Torino, 1985, 223.

⁵ F. BONSIGNORI, *Psicanalisi della pace*, cit., 107.

vitalità⁶, sino a farne un nuovo archetipo che va ad aggiungersi alla triade testamentaria in cui esso poteva al limite identificarsi come mera assenza di bene.

Questa visione archetipica riesce a superare la tradizionale antinomia tra Bene e Male: creando una relazione tra le due grandezze, «regge lo scandalo di una visione complessa di Dio»⁷; lo spazio sacro riapre le porte all'antagonista e consente un progresso ulteriore della coscienza nell'impresa di conoscenza dell'Io, soprattutto nelle sue componenti più sfavorevoli ad un armonioso rapporto (con sé stesso e di conseguenza) con l'altro. Il Male è figurativamente rappresentato da ciò che Jung definisce "Ombra".

L'Ombra indica infatti «un nucleo di aspetti caratteriali problematici rimossi dall'Io nell'illusione di non possederli»⁸, personifica tutto ciò che il soggetto non riconosce e che pur tuttavia, in maniera diretta o indiretta, instancabilmente lo perseguita, dando forma al suo inconscio: la rimozione di detti aspetti fa scontare all'uomo una inconsapevole proiezione psichica sul mondo esterno in quanto respinto da sé, e diviene violenza (creando conflitti morali, odi, derive irrazionali, e così via).

Senza entrare ulteriormente nel merito della dottrina junghiana, ciò che interessa evidenziare è il fatto che l'Ombra può essere in qualche modo penetrata e integrata nella coscienza: l'idea che emerge con grandissima forza è che "fare i conti con il Male" è possibile, nella misura, realistica, in cui si adotta l'obiettivo – individuale - di una presa d'atto e controllo del medesimo più che di una sua dissoluzione

⁶ Con le parole dell'Autore, «la vita come processo energetico ha bisogno di contrasti» (ivi, 123).

⁷ Ivi, 114.

⁸ Ivi, 69.

definitiva. Al contrario, il tentativo di negazione del male «produce effetti sull'Io rendendolo rigido e fragile»⁹.

Hillman ha affermato che

«se non ci decidiamo a capire il “dentro”, in modo radicalmente nuovo (o classicamente antico), continueremo a perpetuare la divisione tra la “mia” anima e l'anima del mondo. Quanto più concentriamo l'anima all'interno, letteralizzando l'interiorità dentro la “mia” persona, tanto più perdiamo il senso dell'anima come realtà psichica interiormente dentro tutte le cose¹⁰».

Specularmente, il rafforzamento individuale che deriva dalla elaborazione di aspetti di sé umbratili, che inibiscono o complicano una pacifica relazione con l'altro, è il presupposto della pace.

Non ci si può non chiedere come tale teoria possa essere applicata, quali possibilità e modalità operative abbia. L'idea che ne sta alla base, infatti, è talmente condivisibile che ispira il progetto di un orizzonte applicativo sistematico. Si può, ad esempio, immaginare che tale spunto arrivi a coinvolgere le politiche dei governi di quei Paesi che abbiano a cuore lo sviluppo dei contesti di pace; si può arrivare a pensare a uno Stato che favorisca il cambiamento personale come elaborazione dell'Ombra, al punto da garantire a tutti i cittadini sedute gratuite di psicanalisi.

L'altro punto di osservazione privilegiato dall'Autore è il Buddismo *Mahayana*, di Nichiren Daishonin, secondo il quale i processi vitali sono governati da una legge universale di causa e effetto, chiamata “Legge mistica” (ancora una volta segreta, nascosta, sottratta all'esperienza comune). In questo senso, tutti i fenomeni sono dunque collegati e dipendenti tra di loro, in base a cause sia interne (come potenzialità di determinati effetti) che esterne (gli

⁹ Ivi, 76.

¹⁰ Ivi, 77.

effetti manifesti che, a loro volta, sono cause potenziali di altri effetti). Ogni azione, parola e pensiero ha una qualità determinata che pone cause altrettanto e corrispondentemente qualificate, e che colora l'indirizzo di vita delle persone: le cause “accumulate” nel passato determinano l'*imprinting* della vita attuale (ciò che viene chiamato *karma*), le cause poste oggi ci dicono come sarà il nostro futuro. Tuttavia, il *karma* non è immutabile, non è un destino esterno, anzi può essere cambiato attraverso la semina di cause positive. Ne deriva un principio di auto-responsabilità anti-deterministica molto forte: le condotte sono influenzate dallo “stato vitale” che una persona si trova a vivere.

Lo scopo di questo indirizzo di religione buddista è proprio quello di illuminare, innalzare, gli stati vitali più bassi. Con le parole di Daisaku Ikeda:

«ogni singolo individuo possiede il potenziale per levare le proprie tendenze di base. In altre parole, attraverso continui sforzi nella pratica buddista possiamo gradualmente elevare le nostre tendenze di base fino a stabilire il supremo stato della buddità¹¹».

Attraverso la pratica di questo buddismo, gli individui arrivano a riconoscere e isolare le proprie tendenze negative e a porre cause in controtendenza. Questi sforzi vengono incanalati attraverso una pratica quotidiana che consiste essenzialmente nella ripetizione di un mantra – *nam yo ho rengo kyo* – davanti ad una pergamena inscritta, affidata a ciascun praticante, del quale essa rappresenta la vita interiore. Da questa disciplina derivano grandi benefici, si ottiene un rafforzamento dell'Io, una lucidità ed una apertura che consentono di sviluppare sé stessi nel mondo reale, per creare valore nei luoghi concreti della vita quotidiana.

¹¹ Ivi, 131, nota 25.

Come si è accennato, un aspetto importante di questa dottrina è il principio di “non-dualità tra uomo e ambiente”, vale a dire che la condizione degli individui influenza la risposta dell'ambiente e la qualità di quest'ultimo: esiste un'influenza reciproca, anche a livello di stato vitale, tra i due “regni”. Lo scopo della pratica buddista è che gli esseri viventi siano felici e a proprio agio: in quanto felici, gli uomini sono capaci d'interazioni più armoniche (l'uomo è “buono” perché è felice, e non viceversa) e di utilizzare gli ostacoli per un rafforzamento personale che va a beneficio anche del *karma* collettivo.

3. Brevi rilievi critici

Sono molte le riflessioni suscitate dalla lettura delle tesi sostenute nel testo. In questo breve contributo occorre limitarsi a segnalarne alcune.

Rispetto alla premessa di Bonsignori, che il libro non offra risposte definitive e risolutive al problema della pace, si potrebbe replicare che esso presenta quanto meno dei metodi “definitivi”: per come sono valorizzati nel testo, i due strumenti esaminati – la psicologia del profondo e il buddismo di Nichiren Daishonin – sembrano atteggiarsi a pratiche quotidiane in grado di conferire un contributo irenico via via sempre più stabile, nella misura in cui i suoi attori le assumono quali “impalcature” della propria quotidianità, affrontando con esse le proprie ombre, giungendo a comprenderle e a modificare quelle tendenze che impediscono di relazionarsi al mondo in maniera pacifica. Se così è, però, la premessa dell'Autore può senza indugi essere declinata come speranza dotata di concrete possibilità di realizzazione, vale a dire come risposta potenzialmente risolutiva alla problematica irenica.

Una seconda osservazione riguarda le conseguenze antropologiche dell'assunzione degli strumenti proposti. Se è convinzione ben radicata dell'Autore che «la qualità profonda del sentire, il sentimento del reale», *personali*, siano le voci di quella feconda ed irrinunciabile complessità che spinge il mondo¹², d'altro canto egli valorizza il potere rivoluzionario di alcune pratiche quotidiane in grado di operare una metamorfosi dell'identità personale, fino al limite di un sovvertimento di alcuni tratti del modo di essere individuale. Tale cambiamento, d'altronde, muove le personalità sempre in un'unica direzione, quella del quieto vivere. La combinazione delle due “assunzioni” potrebbe allora risultare problematica proprio in virtù di quest'ultimo aspetto: un impiego universale degli strumenti di pace teso a rielaborare i conflitti e il modo in cui *personalmente* sono vissuti sembra condurre con sé anche una spersonalizzazione dell'individuo, un abbandono della parte più autentica di sé, ad opera di un ri-orientamento del sentire, reso così più sano, più civile, ma meno visceralmente personale.

In altre parole, se il Male è una parte vitale dell'uomo e i nostri sforzi devono condurre a svelarlo per mutuarlo/smussarlo/diluirlo, che ne sarà di quella vitalità e di quella identità personale che si caratterizza e si distingue dalle altre per i propri spigoli e le proprie imperfezioni? Se si riconoscesse che tale domanda ha un senso, bisognerebbe considerare che l'obiettivo della pace legittimi un mutamento antropologico, teso se non ad un appiattimento delle identità personali quanto meno alla tendenziale convergenza verso capacità relazionali maggiormente standardizzate. Questo processo evolutivo condurrebbe innegabilmente verso un riassortimento della

¹² Ivi, 291.

suddetta ricchezza antropologica, realizzata però in nome di una imprescindibile e auspicabile evoluzione irenica.

Infine, un ultimo rilievo. Tenendo ben presente l'idea per cui il male e il bene sono grandezze ontologiche, appartenenti al mistero insondabile dell'universo che l'uomo ha però il compito e la necessità di penetrare, sembra che dal libro possa emergere una nuova e originale concezione di laicità¹³, intesa come fiducia in un sistema di valori o di funzionamento in base a cui orientare la propria vita, come fede in un insieme di riferimenti che servano a condurre una esistenza dotata di senso e di valore. Un concetto che, così inteso, diviene più ampio di quello tradizionale: questo testo dà l'impressione che non sia possibile raffigurare una laicità intesa come assenza di fede, proprio perché ogni uomo vive declinando a suo modo il mistero e il bene e il male che ne fanno parte, e adotta tale modalità in maniera essenzialmente "fideistica".

La laicità diviene dunque personale interpretazione del mistero.

La maniera di interpretare il segreto che permea il mondo ha a che vedere con delle scelte, più o meno precise, compiute dagli individui riguardo al sistema di conoscenza da adottare per interpretare la realtà e muoversi in essa. Si eleggono a riferimento strutture interpretative peculiari, si fa propria la chiave di lettura fornita da un sistema religioso, culturale, economico, filosofico, politico, ma pur sempre non laico in senso tradizionale, poiché l'uomo sceglie di accordare ad esso fiducia, *fede*, gli si affida, eleggendolo a religione di vita, al punto che la struttura cognitiva diviene una forma di spiritualità¹⁴. Scrive l'Autore:

¹³ L'Autore parla di «metafisica assunta» (ivi, 292), e di «visione ontologica» (ivi, 296).

¹⁴ Ivi, 296.

«Ogni conoscenza è un'opzione di fondo non dimostrata e non dimostrabile assiologicamente orientata, e cioè una metafisica, la quale si pone sul piano d'altre opzioni e gioca di fronte a esse la sua valenza¹⁵».

Questo passaggio conduce necessariamente verso una dimensione super-individuale, collettiva, e il tema diviene quello dello “scontro” tra saperi, ognuno dei quali deve accettare di essere né più né meno che una fede, che nella quotidianità dell'uomo si fa *modus operandi*.

Anche l'empirismo e il razionalismo propri della scienza devono fare i conti con questa quota di innegabile mistero: dalle tesi più estreme, per cui «le teorie scientifiche non sono altro che *approssimazioni*, e ambiscono tutt'al più ad essere realistiche»¹⁶, a quelle più moderate, secondo le quali «mentre prima la scienza convinceva in quanto scienza, oggi diventa sempre più decisiva la *fede* nella scienza (oppure in *questo* metodo, in *questo* approccio, in *questo* orientamento)»¹⁷.

Ciò detto, viene da chiedersi se questa nuova forma di laicità non conduca a ritenere che anche il discorso sulla pace non possa che essere impostato a partire dalla consapevolezza del forte radicamento che i vari sistemi di “fiducia” hanno negli individui e nelle collettività. Un'assunzione che, se resa propedeutica a qualsiasi percorso di pace, pare destinata a rinsaldarne non solo il valore ma anche il successo.

¹⁵ Ivi, 17.

¹⁶ J. D. BARROW, F. J. TIPLER, *Il principio antropico*, trad. it. di F. NICODEMI, , Adelphi, Milano, 2002, 52.

¹⁷ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it. di W. PRIVITERA, C. SANDRELLI, G. C. BRIOSCHI, M. MASCARINO, Carocci, Roma, 2000, 222, 237.

Di qui si può forse affermare, non senza un tocco di provocatorietà, che, proprio nella misura in cui incorpora le molteplici voci delle “fedi” individuali, una teoria della pace possa ritenersi “laica” solo nel senso reinterpretato dal testo. Al contrario, risulterebbe angusta la caratterizzazione di tale teoria come laica in senso tradizionale, poiché ciò comporterebbe di trascurare le istanze di base, disconoscere le strutture cognitive stesse dei singoli attori, il che varrebbe a dire avviare un cammino senza averne riconosciuto i presupposti