



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2018

FASCICOLO 1

Giugno 2018

Indice

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

Saggi

JÖRG LUTHER, <i>Shoah e genocidi in Africa: alcune storie da rileggere</i>	pag. 19
GIUSEPPE MARTINICO, <i>Populismo e democrazia costituzionale: l'attualità della lezione canadese</i>	pag. 53
MIKHAIL BORODACH, <i>Rationale of contemporary Russian constitutionalism and its meaning in the context of rule of law development in Russia</i>	pag. 85
PERSIO TINCANI, <i>Bēowulf e Grendel: il nemico e il suo doppio</i>	pag. 110
FEDERICA NANCI, <i>Recesso e abuso nei contratti tra imprese</i>	pag. 142
DOMENICO BILOTTI, <i>Illecito arricchimento, economia di mercato ed etiche religiose (note a margine di un recente documento della Congregazione per la Dottrina della Fede)</i>	pag. 173
LUIGI MARINO, <i>Note su obbligo vaccinale e principio di precauzione. A proposito di un certo indirizzo del Consiglio di Stato</i>	pag. 200
ANTONINO CINTORINO, <i>Una rilettura del risarcimento del danno da perdita di chance come danno meramente patrimoniale</i>	pag. 223
ELISABETTA ERRIGO, <i>La negoziazione assistita obbligatoria come condizione di procedibilità della domanda: funzione, criticità e questioni aperte</i>	pag. 256
KATARZYNA GROMEK-BROC, <i>Vicissitudes of Unaccompanied Minors in the EU. In the best interests of a child: one step forward two steps back</i>	pag. 288



n. 1/2018

Forum

LEONARDO MELLACE (ed.), *Europe in Hard Times. A Conversation with Dieter Grimm and Michael Wilkinson* pag. 340

Discussione

IPPOLITO BARONE, *Le pratiche commerciali ingannevoli in Italia ed in Danimarca: due modelli a confronto* pag. 361

ANTONELLA REGIO, *L'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e la lesione del legittimo affidamento: profili sostanziali* pag. 387

ROSARIA MASTROIANNI IANNI, *Lo status giuridico del minore straniero non accompagnato* pag. 420

ALESSIA BAUSONE, *Matrimoni precoci: un problema di disuguaglianza di genere* pag. 429

LORENZA PAVONE, *La rivoluzione del microcredito* pag. 447

Cronache

LUIGI MARIANO GUZZO, *La rivista "Ordines", uno strumento per comprendere l'Europa* pag. 458

Recensioni

PAOLA CHIARELLA, *Che cosa resta dei diritti?*, G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017, 144 pag. 461

LUIGI MARIANO GUZZO, *Per un diritto ecclesiastico comparato nello spazio giuridico europeo*, A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2^aed., 2017 pag. 467

FRANCESCO ROTIROTI, *A Plea for Empathy and the Classics in a Time of Violence* pag. 473

JESSICA MAZZUCA, *Democrazia: mutazione culturale o identità sociale?* S. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2018, 152 pag. 488



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

n. 1/2018

EMANUELA COSTANZO, *Brexit: conseguenze e scenari per i cittadini*, P. MINDUS, *European Citizenship after Brexit. Freedom of Movement and Rights of Residence*, Palgrave, 2017

pag. 496



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

MASSIMO LA TORRE

Editoriale

MASSIMO LA TORRE*

Editoriale

Uno spettro sembra aggirarsi per l'Europa: il populismo. E' una frase di Ernst Gellner, il filosofo e sociologo oxoniense, pronunciata nel 1969, nel pieno della rivolta studentesca ed operaia in Francia e Italia. E per populismo allora s'intendeva la mobilitazione delle masse contro i partiti ed i governi conservatori, in quegli anni ancora saldamente in sella in molti paesi dell'Europa Occidentale: Rumor in Italia, De Gaulle in Francia, Kiesinger nella Germania Federale. Ma oggi quella frase risuona nuovamente, ed assume un significato diverso. In realtà non è chiaro cosa sia il "populismo". Jan-Werner Müller, un politologo tedesco, in un libro recente, etichetta come populistici politici così diversi come l'ungherese Orban, il leader di Podemos in Spagna, i dirigenti dei Cinque Stelle in Italia, Trump negli Stati Uniti, Perón in Argentina, López Obrador in Messico, il "nostro" Berlusconi, Geert Wilders in Olanda, e ancora Bossi e Salvini, per non parlare poi di Marina Le Pen o di Nigel Farage.

La lista è già fonte di confusione, sono accomunati sotto la stessa etichetta, movimenti di destra e di sinistra, e anche di centro, fascisti ed antifascisti, nazionalisti ed internazionalisti. Müller individua due caratteristiche che a suo avviso definiscono il populismo. Deve trattarsi di un partito o movimento contro le élites, e deve poi essere

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

anche antipluralista, cioè rivendicare lui la vera rappresentanza della volontà popolare, negando agli altri una tale capacità rappresentativa. In questo modo il populista non accetterebbe la normale alternanza e dialettica di maggioranza e opposizione, squalificando l'opposizione come estranea al "popolo". Il populista inoltre non riuscirebbe a capire la qualità della democrazia rappresentativa, che non è basata sul mandato imperativo, ma sull'idea di una rappresentanza di interessi generali o universalizzanti che rendono inevitabilmente distante il rappresentante dal rappresentato (vedi Jan-Werner Müller, *What is Populism?*, Penguin, London 2016, capitolo primo).

Ora, se in questa immagine del "populista" si ritrovano delle intuizioni abbastanza corrette, nondimeno è la foto di gruppo, per così dire, che risulta falsata. Perché questa si dà su uno sfondo, una assunzione, che è distorta. Si assume cioè che le democrazie moderne funzionino correttamente, e che il loro vero solo nemico sia chi ne contesta il carattere elitario. Si dà così del "populista" troppo facilmente a tutti coloro che in qualche maniera sono delusi dallo status quo e si mobilitano contro questo. Ed invece di centrare l'attenzione su questo, lo status quo, e i suoi possibili, più o meno evidenti difetti, si rimprovera al "populista" di metterlo in discussione. Così però quell'etichetta o categoria, o preteso "idealtipo", perde di valore descrittivo. Si fa "prescrittivo", termine ampiamente persuasivo, concetto polemico, che si affibbia per ragioni piuttosto di lotta politica, e non di analisi ragionata dei fenomeni politici in corso. Troppo rapidamente e nettamente tra l'altro in tale prospettiva si distingue tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, dove quest'ultima sarebbe quella "populista", e la prima invece sarebbe la "vera" democrazia dei Moderni, un po' alla maniera di Benjamin Constant, che contrapponeva la libertà degli Antichi, partecipativa ed onerosa,

alla libertà dei Moderni, individualista o privatistica, e assai meno dispendiosa e impegnativa.

Qualche anno fa, recatomi all'Università di Klagenfurt in Austria, ebbi modo di visitare la biblioteca di Karl Popper, il grande filosofo austriaco, che da quell'università è stata acquistata intera dopo la morte del filosofo e che ora costituisce una parte della più ampia biblioteca d'ateneo. Aggirandomi tra gli scaffali ricolmi dei libri di Popper e curioso di sapere quali testi di filosofia del diritto e della politica possedesse Sir Karl, presi in mano la prima edizione della conferenza oxoniense di Isaiah Berlin su *Two Concepts of Liberty*. In questa, com'è noto, Berlin riprende e reinterpreta la distinzione di Constant tra una libertà positiva degli Antichi ed una libertà negativa dei Moderni come libertà "di" e libertà "da". Ora, nel volumetto posseduto da Popper, sfogliandolo, mi imbatto in varie annotazioni a matita del filosofo viennese, ed infine in una sorta di commento conclusivo nelle pagine finali bianche.

Popper lì di suo pugno solleva due obiezioni. La prima è che non sarebbe possibile la libertà negativa senza la libertà positiva, vale a dire: perché ci sia autonomia privata ci deve prima essere cittadinanza, produzione di norme generali per tutti i consociati. La libertà negativa dunque presuppone quella positiva, la libertà "da" deve prima declinarsi come libertà "di". E poi Popper contesta la plausibilità storica della tesi di Constant ripesa da Berlin. Non è vero, dice, che gli Antichi non conoscessero la libertà negativa. Ed in effetti basta leggere l'Epitaffio, la celebre orazione funebre, di Pericle riportata da Tucidide (II, 34-36) per rendersi conto quanto la libertà privata contasse nella concezione costituzionale e della buona vita della Atene antica. Fatto tra l'altro confermato dalla critica oligarchica alla democrazia ateniese, uno dei cui argomenti è per l'appunto la libertà e sfrenatezza dei costumi privati in democrazia e la troppo forte garanzia concessa qui

ai diritti individuali contro le tradizioni della comunità e la sua morale positiva.

Ora, se questa contrapposizione di libertà positiva e negativa, almeno nei termini liberali ed elitisti di Constant e Berlin, è ingiustificata tanto teoricamente quanto storicamente, altrettanto può dirsi della contrapposizione di democrazia rappresentativa e democrazia diretta. La democrazia rappresentativa è rappresentativa di volontà soprattutto. Le teorie che democratiche non sono o che hanno in sospetto o in antipatia la democrazia per il suo carattere egualitario o turbolento (Ortega y Gasset per esempio, o l'ordoliberalismo, per non parlare di "rivoluzionari conservatori" come Carl Schmitt e Eric Voegelin) provano a reinterpretare la rappresentanza in termini di "rappresentazione" (vedi la dottrina di Leibholz negli anni veni del secolo scorso), "rappresentazione" sia di interessi (come vuole per esempio il corporativista Othmar Spann, l'avversario di Kelsen all'Università di Vienna, oppure meglio ancora o di "identità" (ed è la tesi di Thomas Mann espressa in *Altezza reale*, un romanzo giovanile). Più recentemente, si è parlato di rappresentanza "argomentativa", nel senso che rappresentante sarebbe colui che esprime regole e criteri normativi che in principio potrebbero essere accettabili dalla collettività. Si coniuga la rappresentanza politica dunque nei termini della razionalità giustificativa, in un certo senso realizzando l'antico sogno platonico di far "collassare" la politica nella filosofia, e di fare del filosofo il vero sovrano. Analogamente si è creduto di reinterpretare la vigenza della costituzione, che è un momento particolarmente pregnante di fondazione normativa, e che rinvia ad una precisa e diffusa determinazione di volontà, come validità di principi costituzionali, come "costituzionalismo", che quindi potrebbe bastare a rendere operativo una conforme ed appropriata giurisprudenza.

Ovviamente tutte queste teorie segnalano un malessere del regime democratico “vivente”. Ché questo vive per l'appunto della partecipazione e del consenso attivo, partecipativo, del “popolo”, della gente comune, che vuole poter aver voce nella produzione delle politiche che direttamente la riguardano. Ma la tendenza generale va in altra direzione, verso il progressivo allontanamento della sovranità effettiva dai cittadini, che così si vedono nuovamente trasformati in “sudditi” o “clientes”. Ciò sta a significare che la democrazia rappresentativa deve avere un solido appiglio in forme di partecipazione diretta. La “rappresentazione” democratica per certi versi deve riprodurre, o “simulare”, la democrazia diretta e mantenere intatto il cordone ombelicale con questa.

Vale ricordare a questo proposito che la costituzione materiale della nostra repubblica, democrazia rappresentativa certamente, era quello di un esigente e pervasivo e assai potente regime dei partiti. Il partito politico, con le sue sezioni, le sue correnti, i suoi congressi cittadini, provinciali, regionali, nazionali, serviva da relais tra le istituzioni rappresentative e le volontà del “popolo”. Tale costituzione materiale è “saltata”; si è “estinta”. Non abbiamo più in parlamento nessuna delle formazioni politiche che sedevano nell'Assemblea costituente. Lo scollamento tra istituzioni, costituzione formale, e originaria costituzione materiale in Italia si è reso drammatico. In Germania i partiti che esprimono il governo sono ancora gli stessi che scrissero il Grundgesetz e sedevano nel Parlamentarischer Rat. Lo stesso vale per la Spagna e molti altri paesi europei. In Italia la memoria dei padri costituenti non è viva più in nessuna formazione politica, cosa che divarica la istanza tra rappresentanza e popolo, distanza che sembra essere colmata solo dalla televisione o dall'uso dei cosiddetti “social”, forme di comunicazione non discorsive e non responsive, non accountable; tutt'altro

E' qui, in questa "liquidità" della società civile, e del suo rapporto con la politica, semmai la radice di quel fenomeno che si prova a definire come "populismo". Più che "populisti" i partiti oggi, un po' dappertutto nella società post-industriale, si sono fatti "liquidi", "invertibrati", senza fori istituzionalizzati e regolamentati di discussione, di deliberazione e di decisione. Il trionfo della cultura visiva, dell'immagine, reso inarrestabile grazie alla televisione ed all'uso di internet, fa sì che alle ragioni ed agli argomenti si contrappongano le immagini ed i simboli visivi, che fanno appello a passioni, sentimenti, reazioni immediate, non riflessive. Ciò trasforma il circuito rappresentativo, una volta grosso modo discorsivo, quello mediato dalle "sezioni" e "circoli" di partito, in cui ci si incontrava e si discuteva di persona, in meri eventi di fruizione di immagine e di parole. Il rapporto televisivo o dello schermo è unidimensionale, lo spettatore fruisce passivamente, riceve, s'imbeve, si esalta. E poi reagisce premendo un tasto o componendo un numero di telefono, o anche con una scheda elettorale, dietro la quale non c'è più un pensiero articolato ma la necessità di soddisfare un desiderio, un bisogno urgente, d'obbedire a un impulso. Né c'è più un momento collettivo d'incontro. Per questo le "primarie" non possono colmare il buco di rappresentanza, ed anzi esaltano la "liquidità", specie là dove è chiamato a votare anche chi non ha un rapporto dichiarato e reso esplicito, mediante una "tessera" per esempio, col partito di cui si sceglie la "linea" e la leadership. Qui, in questo buco di rappresentanza, si conficca una delle radici della politica populista.

Si ricordi anche quanto scrive Baumann in *Liquid Modernity* (Polity, London 2000, p. 86): <<Spectacles take the place of surveillance>> - - una tesi già articolata nella *Société du Spectacle* di Guy Debord. Si è soliti riportare il mondo del romanzo distopico di George Orwell, 1984, allo Stato totalitario dei regimi comunisti influenzati dal modello

sovietico. Ma la distopia orwelliana si può leggere con altri occhiali, e offrire altre conclusioni che quelle ormai anacronistiche, e idiosincratiche, dell'anticomunismo. Nella società descritta in 1984 vi è dappertutto una televisione, uno schermo piatto attaccato nella parete d'ogni stanza. Questo schermo non solo offre uno spettacolo, ma registra tutto ciò che avviene nello spazio in cui è installato. E' uno strumento di controllo.

Ora, oggi, anche le nostre televisioni sono piatte, e ce le troviamo in quasi ogni stanza in cui viviamo, in ogni spazio in cui ci incontriamo, al bar, in pizzeria, al ristorante, a casa della mamma e della nonna. Dallo schermo ancora non si può vedere ciò che noi facciamo (tranne che non sia uno schermo di un computer), ma da esso ci vengono instillati desideri, ambizioni, modelli di vita che plasmano la nostra condotta quotidiana e le nostre aspettative. Vediamo ormai il mondo con gli occhi della televisione. E' come se ci avessero sottoposto ad un'operazione agli occhi, mettendo al posto dei bulbi oculari due microscopici apparati televisivi che proiettano le immagini che noi poi percepiamo come il mondo reale. Ma le televisioni sono ora in balia del cosiddetto mercato. Non è solo o più solo lo Stato il Grande Fratello, ma c'è anche, eccome, il capitalista, il venditore di merci, l'imbonitore, il seduttore, e con questo spesso fa coppia il demagogo.

Dice Bauman: << Obedience to standards [...] tends to be achieved nowadays through enticement and seduction rather than through coercion >> (ibidem). Ci si controlla in maniera "soffice" mediante seduzione ed induzione a consumare, non più eminentemente mediante coercizione. Ma la coercizione la avvertiamo nettamente, e il diritto -- dice Ronald Dworkin -- è l'attività che decide sulla giustificabilità del suo uso, ed è il risultato a sua volta della politica. Ma se la coercizione si dissolve, eppure il controllo si mantiene, sotterraneo e soave, senza che ci sia la percezione d'esso, su cosa si

eserciterà la politica? Al controllo “liquido” corrisponde la “liquidità” della politica.

Quanto più “liquida” si fa la politica, e quanto più distante è il rappresentante dalla espressione meditata della volontà del rappresentato, tanto maggiore s’impone alla governabilità una dieta, diciamo così, tecnocratica. Non entro qui nell’ambito più specifico delle ragioni di politica economica europea che tale tendenza tecnocratica hanno esasperato. Mi limito alla registrazione di una dinamica generale, meramente istituzionale. La fine della costituzione materiale dei partiti in Italia ha portato al governo Berlusconi, che ha certamente tratti “populistici”, o meglio carismatici, se per questi s’intende per l’appunto l’assenza della mediazione rappresentativa discorsiva. In “Forza Italia” alla “sezione” di partito si sostituisce la qualità di tifoso del Milan, o di spettatore fedele di Canale Cinque, o anche di cliente dei grandi magazzini “La Standa”. Ma il “populismo” dell’era Berlusconi non ha indebolito, ha bensì rafforzato la tecnocratizzazione della repubblica, al di là dell’influenza più o meno nefasta dell’Unione Europea al riguardo. Lo Stato ha dismesso a favore di agenzie indipendenti e di “dirigenti” d’ogni tipo quelli che prima erano prerogative parlamentari o dell’esecutivo e della sua amministrazione. La giudicializzazione della vita politica (e cosa vi è di più elitario di un giudice?) ha accompagnato la crescente debolezza del parlamento e la decrescente legittimità della politica di partito.

Ed arriviamo infine a destinazione. Scrivono Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni: «The compact of power and politics, the sine qua non condition of effective action and purposeful change, has in effect been split into a power freed from all but rudimentary political control, and politics suffering a permanent and growing deficit of power» (State of Crisis, Polity, London 2014, p. 20). L’unione di potere effettivo e politica, condizione sine qua non di ogni azione politica efficace e di

ogni cambiamento sociale significativo, è stata in effetti dissolta, da una parte in un potere libero da ogni sia pure rudimentale controllo politico, e d'altra parte in una politica che soffre una cronica e crescente insufficienza di potere.

La “privatizzazione” di molta parte della sfera pubblica riduce la portata della dimensione pubblica della cittadinanza sul territorio sociale, riservandola a forme di controllo e revisione tecnocratica. Il mercato si impadronisce dei beni collettivi, ma non cessa d'aver bisogno di una mano pubblica, che però questa volta è del tutto dislocata dall'ambito della cittadinanza. Ci vogliono regolatori, e agenzie di monitoraggio, e persino un'autorità antitrust ed una banca centrale, ma che queste siano indipendenti, cioè senza più condizionamenti politici e controlli o responsabilità dinanzi ad organi parlamentari, cioè rappresentativi. Il mercato non si regola da sé, anche se ha il compito di disciplinare e indirizzare la coscienza politica dei cittadini. Insegna loro come votare—come di recente ha detto, *expressis verbis*, un commissario europeo, ripetendo un assioma dell'ordoliberalismo. Il mercato continua ad avere bisogno di regolazione. Ma questa deve essere staccata da ogni rappresentanza politica e dal gioco democratico della lotta dei partiti e dei programmi politici. Vale qui la dottrina thatcheriana del “TINA”, “there is no alternative”.

Da una parte dunque tecnocrazia, che garantisce la governabilità, e d'altro lato “populismo” che gestisce il consenso (o il dissenso). L'una rimanda all'altro, in un circolo tutt'altro che virtuoso. La tecnocrazia produce impotenza, e l'impotenza risulta in sommovimenti “populisti”. Questa è la morsa entro la quale la democrazia oggi si trova a vivacchiare. E l'una o l'altra dei due bracci della morsa, quale che sia l'esito del conflitto e della lotta tra questi, può risaltarle alla fine fatale.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

VITTORIO DANIELE - ALESSANDRO MORELLI -
ANDREA PORCIELLO

Presentazione

VITTORIO DANIELE* - ALESSANDRO MORELLI** - ANDREA PORCIELLO***

Presentazione

I contributi di questo numero – per la diversità di temi e di approcci – confermano la vocazione di *Ordines*: quella di essere un forum, interdisciplinare, sulle istituzioni europee, ma non solo.

L'articolo di apertura, di Jorg Luther, è di estremo interesse per le sue implicazioni storiche e giuridiche: invita a riconsiderare la prospettiva eurocentrica con la quale siamo abituati a guardare alla Shoah. L'immane tragedia dell'umanità che fu il massacro degli ebrei europei perpetrato dal nazismo, per la dimensione e per la razionale, sistematica organizzazione che ebbe, rischia di farci dimenticare i massacri di altre popolazioni e individui (si pensi ai disabili, agli omosessuali, agli zingari...) e i crimini che i nazisti commisero fuori dall'Europa. Il genocidio non fu solo europeo. Toccò – ricorda Luther – anche il continente africano e quello asiatico, anche se nelle ricostruzioni storiche se ne trovano poche tracce. Il genocidio, la distruzione di una popolazione e di una “razza” ritenuta inferiore, è un fatto ricorrente nella storia dell'umanità. Lo è stato nell'Africa precoloniale – genocidi tra etnie – e in quella coloniale. E lo è stato anche nella storia più recente, come dimostra quello tra Hutu e Tutsi che, solo in pochi mesi, nel 1994, provocò almeno 500mila morti. I genocidi “postcoloniali”, conclude Luther, di un colonialismo che difficilmente può essere consegnato al

* Professore ordinario di Storia dell'economia presso l'Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

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

passato, dimostrano che i rimedi internazionali necessitano di essere resi più efficaci e pongono nuove sfide giuridiche.

Il saggio di Giuseppe Martinico esamina un tema grande attualità in Europa: il rapporto tra costituzionalismo e populismo. La riflessione parte da un interrogativo: come può il costituzionalismo fronteggiare l'uso populista delle rivendicazioni identitarie e, in particolare, secessioniste? L'analisi considera il referendum, uno "strumento" particolarmente esposto alle pressioni populiste, e si concentra sul caso della *Reference* del 1998 della Corte Suprema canadese sulla secessione del Québec che, come mostra Martinico, offre importanti argomentazioni per fronteggiare alcune insidiose argomentazioni populiste. I fondamenti del costituzionalismo russo contemporaneo sono, invece, l'oggetto del contributo di Mikhail Borodach. L'autore evidenzia i fattori che hanno un impatto significativo sul costituzionalismo russo e i principali ostacoli alla "modernizzazione legale" della Russia: le sfide globali, la distorsione della coscienza di massa, l'eccessiva burocrazia all'interno delle istituzioni.

Il re e il suo doppio, o meglio, il nemico e il suo doppio. È la chiave della rilettura politico-giuridico di uno dei più antichi poemi inglesi, il *Bēowulf*, proposta da Persio Tincani. Il poema, ambientato in Danimarca, narra le vicende del re Hroðgar e del suo nemico, l'orco Grendel, un essere malvagio e mostruoso che vive in una palude lontana e desolata. Grendel non è un orco qualsiasi, ma è la personificazione del Male, un "Nemico Infernale", un discendente di Caino che ha generato tutti i mostri che muovono guerra a Dio. Grendel si impossessa della reggia di Hroðgar, fino a quando non viene sconfitto da Bēowulf, un fortissimo guerriero giunto dalla Svezia. Nell'originale interpretazione di Tincani, l'orco Grendel è la reificazione del disordine e non può essere combattuto secondo la legge, perché la legge è negata e rifiutata da Grendel. Ma il re è il Signore della legge e da essa non può prescindere. Il conflitto può essere risolto in assenza di regole, operando in uno «stato d'eccezione». È ciò che fa il guerriero straniero, lo svedese Bēowulf.

Il saggio di Federica Nanci esamina un tema tipico del diritto commerciale: il recesso e l'abuso del diritto in materia di contratti tra imprese. L'argomento è sviluppato partendo dalla sentenza della Cassazione n. 20106 del 2009 sul «caso Renault». La relazione tra religione, economia e diritto è affrontata da Domenico Bilotti nel saggio «Illecito arricchimento, economie di mercato ed etiche religiose». Il tema dell'illecito arricchimento, inteso come conseguimento di un beneficio economico attraverso mezzi non leciti, è contenuto nel documento «*Oeconomicae et pecuniariae quaestiones. Considerazioni per un discernimento etico circa alcuni aspetti dell'attuale sistema economico-finanziario*» (6 gennaio 2018), della Congregazione per la Dottrina della Fede e del Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrale. Nel documento si legge: «Un fenomeno inaccettabile sotto il profilo etico, non è il semplice guadagno ma l'avvalersi di un'asimmetria a proprio vantaggio per generare notevoli profitti a danno di altri; è lucrare sfruttando la propria posizione dominante con ingiusto svantaggio altrui o arricchirsi generando nocimento o turbative al benessere collettivo». Un passo che rende conto dell'attualità del tema oggetto del saggio di Bilotti. Luigi Marino discute un argomento ampiamente dibattuto in Italia: l'obbligo di vaccinazione per gli alunni. Lo spunto per la riflessione deriva dalla legge 31 luglio 2017, n. 119, che impone ai genitori di scolari e alunni, di età compresa tra 0 e 16 anni, di sottoporre i propri figli ad un preciso programma vaccinale. Si discute, poi, l'avviso espresso dal Consiglio di Stato sulla medesima norma con particolare riferimento al «principio di precauzione». Una rilettura del danno da perdita di chance è, invece, l'argomento del lavoro di Antonino Cintorino che prende spunto da una recente pronuncia del Tribunale di Parma. La funzione e, soprattutto, le criticità della negoziazione assistita obbligatoria sono esaminate da Elisabetta Errigo che, in particolare, si sofferma su alcune questioni relative all'attivazione e all'opportunità stessa della procedura. Infine, l'ultimo saggio, di Katarzyna Gromek Broc, esamina

alcune questioni giuridiche relative alla situazione dei minori non accompagnati nell'UE.

Il forum di questo numero riguarda l'Europa. Ne discutono Dieter Grimm e Michael Wilkinson in un'intervista a cura di Leonardo Mellace. La sezione Discussione ospita i contributi di Ippolito Barone sulle pratiche commerciali ingannevoli in Italia ed in Danimarca, quello di Antonella Regio riguardante l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e la lesione del legittimo affidamento, quello di Rosaria Mastroianni Ianni, che esamina lo status giuridico del minore straniero non accompagnato, quello di Alessia Bausone sui matrimoni precoci e la disuguaglianza di genere e, infine, quello di Lorenza Pavone sul microcredito. Nelle Cronache, Luigi Mariano Guzzo propone un resoconto della giornata di presentazione della nostra rivista presso la Biblioteca Comunale di Catanzaro sita in Villa Trieste. Come di consueto, seguono le recensioni. Paola Chiarella recensisce il volume di G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*; Francesco Rotiroti quello di E. K. Anhalt, *Enraged: Why Violent Times Need Ancient Greek Myths*; Jessica Mazzuca quello di S. Rodotà, *Vivere la democrazia*; Emanuela Costanzo discute il lavoro di P. Mindus, *European Citizenship after Brexit*, mentre Luigi M. Guzzo quello di A. Licastro, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione Europea*.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

JÖRG LUTHER

Shoah e genocidi in Africa: alcune storie da rileggere

ABSTRACT- Shoah is the name commonly applied to the genocide of the Jews in Europe during the Nazi regime, but this Eurocentric interpretation should consider also many other stories of persecution in Africa addressed as well to the Jews as to other ethnic groups before and after the Holocaust.

KEYWORDS – Shoah, Colonial and postcolonial genocide, International criminal law

Shoah e genocidi in Africa: alcune storie da rileggere*

SOMMARIO: 1. *La tradizionale visione eurocentrica della Shoah* – 2. *L'azione genocida e omicida impunita di Walter Rauff* – 3. *I genocidi coloniali come precedenti africani della Shoah* – 4. *I genocidi postcoloniali e le resistenze africane alla giustizia penale internazionale* – 5. *Scoprire il pacifismo e il volto ebraico dell'Africa*

1. La tradizionale visione eurocentrica della Shoah

Della Shoah non conviene avere una memoria e visione troppo eurocentrica. Se Hitler sin dal discorso nel Reichstag del 30 gennaio 1939 aveva indicato come obiettivo “l’annichilimento della razza ebraica in Europa” („*die Vernichtung der jüdischen Rasse in Europa*“), “Mein Kampf” diceva sin dal 1925 chiaramente che l’ebreo era “parassita” di tutte le nazioni e che l’ariano doveva la sua cultura alta all’assoggettamento dei popoli inferiori, essendo la cultura non già frutto del dominio sugli animali, ma della schiavitù degli esseri inferiori.¹

Dopo le leggi razziali, la seconda guerra mondiale aveva portato il 24 gennaio 1939 l’ordine di passare dall’emigrazione alla deportazione degli ebrei. Quando la guerra si estese all’Unione sovietica, Herrmann Göring commissionò con un decreto del 31 luglio 1941 una “soluzione totale della questione ebraica nel territorio sotto influenza tedesca in Europa” (*Gesamtlösung der Judenfrage im deutschen Einflussgebiet in Europa*), la

* Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università del Piemonte Orientale.

* Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ A. HITLER, *Mein Kampf*, 558-592, ed. München, 1941, 323.

“soluzione finale desiderata” (*angestrebte Endlösung*) da realizzare subito.² La conferenza di Wannsee prendeva in considerazione soltanto i territori europei dell’Unione sovietica e della Turchia.

Eppure la Shoah fu mondiale e toccò anche il continente africano e quello asiatico, anche se nelle migliori opere enciclopediche come la Storia della Shoah dell’UTET finora non se ne trovano molte tracce.³ La soluzione totale e finale per l’Europa, si potrebbe pensare era solo primo passo e un modello destinato ad essere esportato nella misura in cui “il territorio sotto influenza” si estendeva ad est e a sud, estensioni geografiche nei grandi spazi imperiali esaltati da Carl Schmitt che non intendevano affatto lasciare un piccolo spazio allo stato d’Israele.

Infatti, Germania e Italia sostenevano il colpo di Stato realizzato in Iraq nell’aprile del 1941 da un quartetto di generali dell’esercito iracheno, con a capo Rashīd ‘Ali al-Kaylānī (o al-Ġilānī). Il 10 maggio 1941, anche l’ex Gran Mufti di Gerusalemme Amin al-Ḥusaynī - un capo clan del quale non va sopravvalutata la rappresentatività - dichiarò la jihād contro la Gran Bretagna. Incontrò poi prima il Duce e in data 28 novembre 1941 Hitler il quale gli assicurò pieno sostegno contro “l’insediamento (Heimstätte) ebraico in Palestina, nient’altro che un centro statale per l’influenza distruttiva degli interessi ebraici. (...) La Germania è decisa, passo per passo pretendere da una nazione europea dopo l’altra la soluzione del problema ebraico e, nel momento opportuno, di appellarsi anche ai popoli fuori dall’Europa.”⁴

²http://www.ghwk.de/fileadmin/user_upload/pdfwannsee/goerings_beauftragung_heydrich_juli1941.pdf

³ M. CATTARUZZA, M. FLORES, S. LEVIS SULLAM, E. TRAVERSO (a cura di), *Storia della Shoah. La crisi dell’Europa, lo sterminio degli ebrei e la memoria del XX secolo*, I-V, Utet, Torino, 2005-2006.

⁴ Tradotto da K.-M. MALLMANN, M. CÜPPERS, *Halbmond und Hakenkreuz*, III ed., Darmstadt, 2011, 107.



https://it.wikipedia.org/wiki/Amin_al-Husseini#/media/File:Bundesarchiv_Bild_146-1987-004-09A,_Amin_al_Husseini_und_Adolf_Hitler.jpg

La propaganda del ministero degli esteri Ribbentrop, cui era addetto anche Kurt Georg Kiesinger (cancelliere 1966-1969), creò allora una radio a Kairo, la “voce della libera Arabia” che trasmetteva in arabo messaggi del Gran-mufti e il 7 luglio 1942 invitò pubblicamente a uccidere tutti gli ebrei perché stavano armandosi per difendere gli oppressori britannici: “Uccidi gli ebrei prima che uccidano Te. (...) E la migliore occasione per sbarazzarci di questa razza sporca che usurpa i vostri diritti e che ha portato infelicità e distruzione ai vostri paesi.”⁵

Secondo *Mein Kampf* di Hitler, l’ebraismo si fingeva religione, perché era solo razza. L’antisemitismo era pertanto la quintessenza del razzismo ariano e della difesa del suo purismo. Proprio in questa ottica, la soluzione amministrativa della questione ebraica “in Europa” non poteva essere preclusiva di ulteriori forme di persecuzione, anzi era solo la prima e principale azione di ripristino di una supremazia razziale globale, di un’egemonia mondiale ariana senza confini.

La gestione concreta della soluzione totale realizzava pertanto l’estensione per analogia delle “misure” della soluzione finale non solo ai nuovi territori conquistati dalla guerra mondiale per i “grandi spazi” imperiali e per un *nomos* della terra che unisce l’ordinamento alla territorializzazione (Ortung). L’estensione analogica avveniva in ragione di altri teoremi “bio-

⁵ J. HERF, *Judenhass aus dem Äther*, in M. CÜPPERS, J. MATTHÄUS, A. ANGRICK (a cura di), *Naziverbrechen*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstad, 2013, 51.

“o, rectius, “tanatopolitici” anche ad altre categorie di “vita indegna” da sopprimere, a partire dalle vittime della Corte di (in)giustizia popolare di Hans Freisler, il giurista della conferenza di Wannsee.

In questa situazione ideologica, lo sterminio degli ebrei generava anche una serie di vittime di provenienza africana. Alcune delle loro storie sono state ricostruite all’inizio del nuovo millennio.

Si sa ad es. che lo stesso Hermann Göring si era occupato già nel 1933 del censimento dei cd. “bambini della Renania”, cioè di centinaia di figli di ca. 10.000 soldati africani (ed asiatici) che avevano partecipato all’occupazione francese della Renania alla fine della prima guerra mondiale. Sin dal 1937, un comando della Gestapo provvedeva alla loro sterilizzazione coatta.

Inoltre, si stima che ca. 2.000 persone di origine africana hanno trovato poi la morte nei campi di concentramento.⁶ Una recente ricerca d’archivio relativa al campo di Mauthausen in Austria contava 157 prigionieri di origine africana, di cui 104 algerini e ca. 40 tunisini, marocchini ed egiziani, per lo più considerati prigionieri “politici”. 61 di loro morirono.⁷

Alcune biografie di vittime sono state ricostruite, ad es. quella di Bayume Mohamed Husen (1904-1944), figlio di ufficiale degli Askari che aveva combattuto la prima guerra mondiale, era stato impiegato nella propaganda della Deutsche Afrika Schau (1936) ed era poi morto nel campo di Sachsenhausen (foto).⁸

⁶ NICOLA LAURÉ AL-SAMARAI, *Schwarze Menschen im Nationalsozialismus*, 30.7.2004
<http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/afrikanischdiaspora/59423/nationalsozialismus?p=all>

⁷http://www.mmedia.or.at/wpcontent/uploads/2017/03/Projektbericht_Afrikanerinnen-undAfrikanerim-KZ-Mauthausen_07.pdf

⁸ M. BECHHAUS-GERST, *Treu bis in den Tod: von Deutsch-Ostafrika nach Sachsenhausen*. Links, Berlin, 2007.



<http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/afrikanische-diaspora/59432/konzentrationslager?type=galerie&show=image&i=42287>
<http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/afrikanische-diaspora/59432/konzentrationslager?type=galerie&show=image&i=60486>

Altre storie ancora meno esplorate furono quelle dei prigionieri di guerra di colore. Sin dal 1939, il comando supremo delle forze armate tedesche aveva disposto la separazione dei soldati di colore dagli altri. A differenza degli altri ben 500 di loro furono tenuti più a lungo nel campo di Luckenwalde (v. foto infra) nel quale pare servivano a studi di medicina tropicale e alla produzione di film di propaganda.⁹ Sin dal 1944, il controllo sui campi dei prigionieri di guerra fu affidato alle SS di Himmler.



<http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/afrikanische-diaspora/59432/konzentrationslager?type=galerie&show=image&i=42289>

⁹ J. OPKARA-HOFMANN, *Schwarze Häftlinge und Kriegshäftlinge in deutschen Konzentrationslagern* (30.7.2004), <http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/afrikanischediaspora/59432/konzentrationslager>

In prima conclusione, la tradizionale visione eurocentrica della Shoah è quindi troppo riduttiva se si guardano non solo i moventi ideologici di un antisemitismo e razzismo senza confini, ma anche la provenienza extraeuropea delle vittime.

2. L'azione genocida e omicida impunita di Walter Rauff

Tornando ai reati, merita particolare attenzione la storia di Walter Rauff (1906-1984), sin dal 1924 ufficiale della marina e amico di Heydrich, dimesso nel 1935 per un fatto di adulterio e nel 1938 reclutato dal servizio di sicurezza (Sicherheitsdienst SD) ed entrato nei servizi delle SS.¹⁰



https://upload.wikimedia.org/wikipedia/en/thumb/a/ac/Walter_Rauff_%281945%29.jpg/300px-Walter_Rauff_%281945%29.jpg

Dopo aver protocollato le prime azioni dei servizi in Polonia nel 1939 e diretto quelli in Norvegia nel 1940, il direttore della Gestapo Heydrich lo indirizzò nel 1941 a dirigere la costruzione di camion che servivano da camere a gas mobili (Gaswagen), di cui una ventina furono utilizzate sin dal 1942. Nel 1972 egli dichiarò al riguardo: “Non so dire se avevo remore contro l’impiego dei veicoli da gas. Per me stava in primo piano che le fucilazioni erano particolarmente pesanti per i tre uomini incaricati di eseguirli, peso

¹⁰ Cfr.: Il dossier dei servizi britannici MI5 su Rauff in: <https://web.archive.org/web/20081012045624/https://www.mi5.gov.uk/textonly/Page265.html>

che veniva meno con l'impiego dei veicoli da gas.”¹¹ Le lamentele degli stessi uomini sulle emissioni di monossido di carbone impedivano una “circolazione” delle macchine di sterminio che avrebbe potuto agevolmente superare i confini dell'Europa.

Nel luglio 1942, quando il generale Rommel si accinge a completare la conquista dell'Egitto per realizzare la volontà di Hitler di rendere impossibile la costruzione di uno stato ebraico in Palestina, Rauff viene nominato comandante di un'unità di esperti di olocausto delle SS, autorizzata ad adottare “misure esecutive nei confronti della popolazione civile”, formula già in uso per l'olocausto in Unione sovietica.¹² Si reca il 20 luglio 1942 a Tobruk, ma le sconfitte militari delle forze armate tedesche ed italiane portano alla revoca dell'ordine di dislocazione delle forze SS, forse anche per evitare che gli alleati in avanzata riuscissero a trovare più facilmente prove materiali dello sterminio.

A novembre del 1942, Rauff viene nuovamente distaccato, questa volta nella Tunisia di Vichy dove costringe la comunità a costituire un *Comité de Recrutement de la Main-d'Oeuvre Juive*, privando della loro libertà più di 5.000 dei ca. 85.000 ebrei - esclusi i 5.000 di cittadinanza italiana bene collegati con la comunità di Livorno - e creando ben 32 campi di lavoro

¹¹ Cit. da <http://www.ns-archiv.de/einsatzgruppen/gaswagen/rauff/rauff-santiago.php>: „Ob ich damals Bedenken gegen den Einsatz der Gaswagen hatte, kann ich nicht sagen. Für mich stand damals im Vordergrund, dass die Erschiessungen für drei Männer, die damit befasst wurden, eine erhebliche Belastung darstellten und dass diese Belastung durch den Einsatz der Gaswagen entfiel. Cfr.: M. CÜPPERS, *Immer davongekommen. Wie sich Wälther Rauff erfolgreich seinen Richtern entzog*, in K.-M. MALLMAND, A. ANGRICK (a cura di), *Die Gestapo nach 1945. Karrieren, Konflikte, Konstruktionen*, Ludwigsburg 2008, 71 ss; ID., *Walther Rauff – In deutschen Diensten: Vom Naziverbrecher zum BND-Spion*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2013; cfr.: anche il filmato su https://www.youtube.com/watch?v=yqc6vmx8_DA; E. COLLOTTI, *Documenti sull'attività del Sicherheitsdienst nell'Italia*, sl, 1966, http://www.italia-resistenza.it/wp-content/uploads/ic/RAV0068570_1966_82-85_10.pdf; H. SCHNEPPEN, *Walther Rauff. Organisator der Gaswagenmorde. Eine Biografie*, Metropol, Berlin, 2011.

¹² Cfr.: M. CÜPPERS, *Immer davongekommen*, cit. 76.

forzati attivi fino a maggio 1943.¹³ Dei ca. 400.000 ebrei nel Maghreb, il regime di Vichy aveva invece rinchiuso in vari campi di lavori forzati in Algeria (2.000) e Marocco (2.100), già nel 1942 liberati dagli alleati e dalle forze ebraiche della resistenza che liberarono ad es. Algier.¹⁴ Sui 30.000 ebrei della Libia, nel campo italiano di Giado furono rinchiusi altre 2.000 persone dei quali morirono fino al 1943 ca. 560. Gli ebrei di cittadinanza britannica furono deportati.¹⁵

L'azione genocida di Rauff si è arrestata con la capitolazione africana degli alleati, ma gli ha reso un nuovo commando di lotta contro i partigiani nell'Alta Italia e una nomina a capo della Gestapo a Milano. La citata scheda dei servizi segreti britannici annota: "*In both these postings Rauff rapidly gained reputation for utter ruthlessness. In Tunis he was responsible for the indiscriminate execution of both Jews and local partisans. His work in Italy involved imposing total German control on Milan, Turin and Genoa.*"¹⁶

Questa storia purtroppo non finisce né in Africa, né con la cattura da parte degli inglesi. Pur essendo più volte menzionato nei processi di Norimberga, Rauff riesce a fuggire dal campo di prigionia di guerra britannico di Rimini nel dicembre 1946. Fino al novembre 1948 vive con la famiglia ricongiunta a Genova o Roma, pare sotto pseudonimo e grazie ai supporti della cd. "ratline" organizzata per i criminali di guerra nazisti dal vescovo austriaco Alois Hudal, capo della congregazione Santa Maria dell'Anima. Durante la

¹³ K.-M. MALLMANN, M. CÜPPERS, *Halbmond und Hakenkreuz*, Buchgesellschaft, Darmstadt, 3^a ed. 2011, 183 ss.

¹⁴ M. ABITBOL, *The Jews of North Africa During the Second World War*, trans. Catherine Tihany Zentelis, Wayne State University Press, Detroit, 1989.

¹⁵ E. SALERNO, «Uccideteli tutti». *Libia 1943: gli ebrei nel campo di concentramento fascista di Giado*, Il Saggiatore, Milano 2008; S. OCHAYON, *Die Jüdinnen und Juden von Algerien, Marokko und Tunesien* (sd.), http://www.yadvashem.org/yv/de/education/articles/algeria_marocco.asp.

¹⁶File :<https://web.archive.org/web/20081012045624/https://www.mi5.gov.uk/textonly/Page265.html>

guerra di Palestina, egli inizia a collaborare con i servizi segreti siriani, reclutando altri compagni, e alla fine del 1948 ne assume funzioni direttive a Damasco.

Dopo la caduta del Presidente siriano, fugge con la famiglia e appoggi romani in Ecuador (1949) e Cile (1958) dove viene reclutato dai servizi segreti tedeschi. Nel 1959 la procura di Hannover apre un'istruttoria per concorso in omicidio in 90.000 casi. Nel 1961 viene spiccato un mandato di cattura, ma dopo alcuni viaggi in Germania viene arrestato solo in Cile nel 1962, dove la sentenza della Corte suprema del 26. 4. 1963 nega l'extradizione per sopravvenuta prescrizione del „derecho de castigar“ della Germania¹⁷.

In Italia era stato aperto un altro fascicolo: “portante nel registro il n.2167” che “vedeva come Ente denunziante la Sezione Investigativa del Comando Alleato” a carico di 13 tedeschi e 4 italiani, tra cui il “colonnello Walter Rauff responsabile SD delle SS per la Lombardia, il Piemonte e la Liguria, il capo delle SS per l'Italia”, rimasto nel tristemente famoso armadio “dimenticato” della Procura penale militare di Roma. La relazione di minoranza della commissione d'inchiesta parlamentare del 2006 sottolinea che solo il capitano Saevecke, non il superiore Rauff fu condannato: “si è assunto non solo la responsabilità dell'eccidio di piazzale Loreto, disposto in base agli ordini del magg. Rauff, ma anche la responsabilità di aver ordinato ai suoi uomini e a uomini della Legione Muti la fucilazione a Corbetta nell'estate del 1944, dopo aver partecipato personalmente al rastrellamento e alla scelta degli ostaggi, prima di tre civili, d'intesa con il maggiore Rauff e poi di altri cinque civili scelti a caso in risposta all'uccisione pochi giorni prima

¹⁷<https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihlnat.nsf/0/5642EF9A1047BB1EC12576DC005BD5D9>.

di un ufficiale tedesco nella zona.”¹⁸ A differenza di Kappler e Priebke, Walter Rauff ha guadagnato l’impunità.

3. *I genocidi coloniali come precedenti africani della Shoah*

Nella ricostruzione della storia dei genocidi offerta da Pierpaolo Portinaro¹⁹, si evidenziano quattro contesti e archetipi:

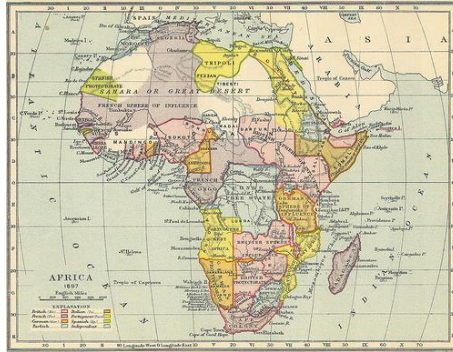
- (1) il genocidio imperiale antico sui modelli dello sterminio dei giudei impedito da Esther (Esther 3, 13), della distruzione del regno di Troia (Iliade) o di quella dell’africana Cartago,
- (2) il genocidio religioso, dal *Senatusconsultum de Bacchanalibus* (186 aC) alla persecuzione diocleziana dei cristiani (297 dC) fino alla presa di Gerusalemme nella prima crociata (1099),
- (3) il genocidio coloniale, da quello cinquecentesco dei conquistadores dell’America latina, proseguito anche in America del nord e Australia, fino a quelli otto- e novecenteschi nell’Africa otto- e novecentesca,
- (4) il genocidio (o “democidio”) rivoluzionario originato da guerre civili e ideologie nazionaliste, da quello della Vandea fino a quelli totalitari delle dittature del novecento.

Rientra in quest’ultima categoria il caso estremo della Shoah, di fatto (e normativamente) “unico” per pianificazione razionale e realizzazione transnazionale, storicità della consuetudine ideologica antisemita e tendenza distruttiva di ogni senso di umanità che ha reso necessarie nuove forme culturali e giuridiche di difesa dell’umanità.

¹⁸http://leg15.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/commissioni/allegati/02/02_all_relaznazif.pdf, 218

¹⁹ P. PORTINARO, *L’Imperativo di uccidere*, Laterza, Roma-Bari, 2017, 84 ss.

Per quanto riguarda in particolare i genocidi avvenuti in Africa, vanno messe in primo piano le esperienze di genocidio coloniale che hanno preceduto e quelle di genocidio postcoloniale che hanno seguito la Shoah²⁰.



http://farm8.staticflickr.com/7427/11406116185_552e8b0744_d.jpg

Lo stesso Portinaro si riferisce alla storia dell’Africa innanzitutto per “confutare la falsa credenza che, anteriormente al XX secolo, il genocidio sia stato una prerogativa dell’occidente.” Tuttavia, vista la carenza delle fonti scritte, potrebbe essere anche un’invenzione negazionista la tesi opposta, condivisa da Hannah Arendt, secondo la quale lo sterminio delle tribù avversarie sarebbe stata una sorta di legge naturale delle guerre tra indigeni africani.²¹ L’antico testamento parla solo di genocidi asiatici e l’esodo del popolo ebraico dall’Egitto non era semplice prevenzione di genocidio, piuttosto liberazione dalla schiavitù.

Mentre il primo genocidio europeo moderno in Africa - dopo quello antico di Cartago – potrebbe essere stato quello perpetrato nei confronti degli indigeni delle isole Canarie nel quattrocento²², l’esempio più importante ottocentesco di un genocidio autoctono africano - offerto da Hannah Arendt

²⁰ Cfr.: ora T. STAPLETON, *A History of Genocide in Africa*, Praeger, Santa Barbara (California), 2017.

²¹ H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism* (1951), trad. ted.: *Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft*, Piper, Hamburg, 1998, 427. Non sono riferiti genocidi africani premoderni in F. CHALK, K. JONASSON, *The History and Sociology of Genocide*, Yale University Press, New Haven, 1990.

²² M. ADHIKARI, *Europe’s First Settler Colonial Incursion into Africa: The Genocide of aboriginal Canary Islanders*, in *African Historical Review*, 49/ 2017, 1-26.

- è forse la *izwekufa* perpetrata alle etnie vicine dal Re Shaka degli Zulu con le successive migrazioni della *Mfecane* in Sudafrica (1810-18). Una parte degli storici ha obiettato tuttavia che questa narrazione ignora i contesti schiavisti, trattandosi forse solo della imitazione di un modello di genocidio coloniale di origine schiavista²³.

Nel dibattito politico africano prevale invece l'idea che all'inizio della storia dei genocidi africani starebbe il cd. "*black holocaust*", in lingua swahili la *Maafa* («disastro», o "avvenimento terribile", "grande tragedia"). Ora, si può certo rifiutare la traduzione di "Maafa" con olocausto, ma non vi è dubbio che nella storia mondiale la schiavizzazione del continente africano può essere considerato un trauma della modernità cristiana ancora insufficientemente elaborato e che la volontà di sfruttare il lavoro forzato includa il *dolus eventualis* che esso conduca alla morte dello schiavo, un dolo eventuale sostituito invece dal *dolus specialis* del reato di genocidio codificato nel 1948.

Dal punto di vista retrospettivo dell'odierna costruzione giuridica europea della dignità dell'uomo, la schiavitù è un diniego equivalente a tortura e pena di morte, ragione per la quale già il diritto ebraico antico (Deuteronomio Dt 15,12-18) la ammetteva solo se pattuita individualmente per un periodo massimo di sei anni e solo dietro garanzie di buonuscita. Il diniego della dignità personale può, in caso di schiavizzazione di un'intera etnia, comportare una violazione in massa del diritto alla dignità umana nella forma quanto meno di un "genocidio culturale". Quest'ultimo, vista la riluttanza del diritto internazionale pattizio di equiparare a tutti gli effetti agli altri genocidi²⁴, può essere solo condizione semplice ma non sufficiente dello sterminio fisico.

²³ P. PORTINARO, *L'Imperativo di uccidere*, cit., 111 ss. J. COBBIN, *The Mfecane as Alibi: Thoughts on Dithakong and Mbolompo*, in *The Journal of African History*, 29/1988, 487-519.

²⁴ Cfr., da ultimo: E. NOVIC, *The concept of cultural genocide: an international law perspective*, University Press, Oxford, 2016.

Anche se per l'antico diritto alla guerra, secondo una parte della dottrina, il diritto di ridurre in schiavitù derivava da quello dello Stato di uccidere in legittima autodifesa, almeno sin da Montesquieu il diritto internazionale della guerra concedeva un diritto di ridurre in schiavitù solo più "quando questa è necessaria per la conservazione della conquista",²⁵ un principio di moderazione che potrebbe spiegare ancora nel diritto umanitario odierno il mancato divieto di imporre obblighi di lavoro ai prigionieri di guerra.

Quel che Portinaro chiama il nesso tra schiavitù e genocidio, è quindi essenzialmente ideologico o culturale e riconducibile a una visione "sovranista" violenta dei rapporti tra popoli ed etnie. Questa ideologia sovranista, forse non necessariamente solo europea, potrebbe spiegare perché la schiavitù è stata praticata prima del quattrocento anche autonomamente in Africa. La stessa ideologia giustificava peraltro anche qualche deroga ai divieti di schiavitù desumibili dal corano nel diritto islamico²⁶.

Tornando invece al colonialismo, va ricordato che Raphael Lemkin annotava nella storia dei genocidi "moderni" al primo posto il "genocidio dei tedeschi sugli indigeni dell'Africa".²⁷ Al riguardo vanno segnalate le controversie odierne sul genocidio nei confronti degli Herero e Nama, nella maggior parte fuggiti e assiderati nel deserto della Namibia tra il 1904 e il 1908 o morti in campi di internamento dopo la loro capitolazione (ca. 40.000 Herrero e 10.000 Nama), sotto la responsabilità dell'ufficiale von Trotha, del generale von Schlieffen e dell'Imperatore Guglielmo II. Solo nel 2015, il governo tedesco ha accettato la qualificazione giuridica di genocidio,

²⁵ MONTESQUIEU, *Spirito delle leggi* (1743), trad. it., Milano 1989, Libro 10, cap. 3.

²⁶ Cfr.: T. N'DIAYE, *Le génocide voilé: Enquête historique*, Editions Gallimard, Paris, 2008; J. HEERS, *Les négriers en terres d'islam. VIIe-XVIe siècles*, Perrin Paris, 2007; P. LOVEJOY, *Transformations in Slavery: A History of Slavery in Africa*, UP, Cambridge, 1983.

²⁷ R. LEMKIN, *Description of the Project*, cit. da D. MOSES, *Weltgeschichte und Holocaust*, in Fritz Bauer Institut, S. STEINBACHER (a cura di), *Holocaust und Völkermorde: Die Reichweite des Vergleichs*, Frankfurt, Campus Verlag, 2012, 203.

ma continua a negare ogni forma di responsabilità nei confronti degli eredi. Un colloquio con i loro rappresentanti finì con un éclat perché la Germania si sentiva offesa da una comparazione tra il genocidio degli Herrero con l'Olocausto.²⁸ Attualmente pare sia ancora pendente una class action in un tribunale a New York.²⁹



<https://www.timesofisrael.com/in-germanys-extirpation-program-for-black-africans-a-template-for-the-holocaust/>

L'unicità della shoah e l'incommensurabilità dei due genocidi, tuttavia, non deve inibire la ricerca storica. Innanzitutto, va ricordato che tra il 1885 e il 1890, la colonia tedesca di Deutsch-Südwestafrika era stata governata da Heinrich Göring, padre dello stesso Göring che nel 1933 aveva fondato la Gestapo e creato i primi Lager fuori dalle prigioni ufficiali, nel 1940 aveva comunicato a Ciano che conveniva decimare certi popoli attraverso la fame³⁰ e nel 1941 aveva comandato l'avvio della soluzione finale. Il fratello Wilhelm aveva fatto carriera nella "Schutztruppe für Deutsch-Ostafrika", la truppa di protezione per la colonia tedesca nell'odierna Tanzania (1900-1911), la quale aveva represso la rivolta dei Maji-Maji (1905) con una strategia della "terra bruciata" che causò forse centinaia di migliaia di morti

²⁸ Non è più in Internet il comunicato stampa dell'ambasciata del 28.11.2016, confermato da fonti giornalistiche e citato da https://de.wikipedia.org/wiki/V%C3%B6lker_mord_an_den_Herero_und_Nama#cite_note-106.

²⁹<http://genocide-namibia.net/wp-content/uploads/2017/01/Class-ActionComplaint.pdf>

³⁰ Les Archives Secrètes du Comte Ciano 1936-1942. Paris 1948, 478; cit. da: G. ALY, S. HEIM, *Vordenker der Vernichtung*, Fischer, Frankfurt, 1993, 365.

di fame³¹. L'altro fratello, Karl-Ernst aveva poi partecipato nella stessa colonia alla prima guerra mondiale.



<https://newsspecialblog.files.wordpress.com/2016/06/battle-of-adowa-3600x416.jpg?w=700>

Le “atrocità” nei confronti degli Herero e Nama e dei Maji Maji erano più controllate militarmente che quelle di poco precedenti nella colonia del Congo di Leopoldo II di Belgio, per loro collegamento con la schiavitù e per le pratiche di mutilazione fortemente criticate nell’opinione pubblica mondiale come violazioni eclatanti dei diritti dell’uomo³². La loro qualificazione storica e/o giuridica (ex-post) come genocidio sembra avere

³¹ K.-M. SEEBERG, *Der Maji-Maji-Krieg gegen die deutsche Kolonialherrschaft. Historische Ursprünge nationaler Identität in Tansania*, Berlin, 1989; R. GELLATELY, B. KIERNAN, *The Specter of Genocide: Mass Murder in Historical Perspective*, University Press, Cambridge, 2003, 161; G. DE MARTIS, *Riconoscere un genocidio: il caso Maji Maji*, http://www.unive.it/media/allegato/centri/CESTUDIR/6-8_02_2014_il-genocidio/abstract-DeMartis-Giovanni.pdf Nel febbraio 2017, il governo della Tanzania ha annunciato una richiesta di riparazioni.

³² Cfr. oltre ai pamphlet di Conrad, Twain e Doyle, E. MOREL, *King Leopold's rule in Africa*, Heinemann, London, 1904, https://openlibrary.org/books/OL7118223M/King_Leopold's_rule_in_Africa La qualificazione di questi fatti come genocidio, tuttora controversa, fu sostenuta da Lemkin. Cfr. S. DE MUL, *The Holocaust as a Paradigm for the Congo Atrocities: Adam Hochschild's "King Leopold's Ghost"*, in *Criticism*, VIII, 4/2011, *Transcultural Negotiations of Holocaust Memory*, 587-606.

un consenso crescente.³³ Una parte degli storici ha insistito poi sulle continuità tra l'imperialismo guglielmino e quello nazionalsocialista per sostenere che in fondo tutti i genocidi sono in sostanza “coloniali”³⁴ o che esiste un nesso causale diretto “da Windhoek a Auschwitz”.³⁵ A questo è stato obiettato che la dissoluzione dell'idea di umanità nell'Africa del primo novecento non descriverebbe un *Sonderweg* tedesco quanto piuttosto degli *standards* comuni dell'Europa sul modello spagnolo, recepito nei massacri francesi in Algeria sin dal 1930, riprodotto anche nella guerra statunitense nelle Filippine (1898-1902) e, nel primo dopoguerra, da quelli italiani in Libia.³⁶

³³ T. VON TROTHA, *Genozidaler Pazifizierungskrieg. Soziologische Anmerkungen zum Konzept des Genozids am Beispiel des Kolonialkrieges in Deutsch-Südwestafrika 1904–1907*, in *Zeitschrift für Genozidforschung* 4.2.2003, 30–57; J. ZIMMERER, *Deutsche Herrschaft über Afrikaner: Staatlicher Machtanspruch und Wirklichkeit im kolonialen Namibia*, Münster, 2002; J.-B. GEWALD, *Herero Heroes. A Socio-Political History of the Herero of Namibia 1890–1923*, Oxford, 1999; J. ZIMMERER, J. ZELLER (a cura di), *Völkermord in Deutsch-Südwestafrika. Der Kolonialkrieg (1904–1908) in Namibia und seine Folgen*, Berlin, 2003. In precedenza fu lettura ufficiale della Germania orientale: H. DRECHSLER, *Südwestafrika unter deutscher Kolonialherrschaft: der Kampf der Herero und Nama gegen den deutschen Imperialismus 1884–1915*, Berlin, 1966. Da ultimo K. BACHMANN, *Germany's Colonial Policy in German South-West Africa in the Light of International Criminal Law*, in *Journal of Southern African Studies*, 2/2017, 331-347.

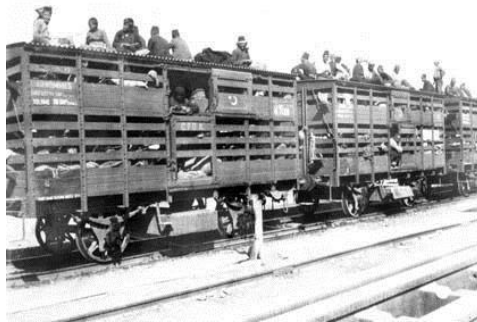
³⁴ J. ZIMMERER, *Kolonialer Genozid? Vom Nutzen und Nachteil einer historischen Kategorie für eine Globalgeschichte des Völkermordes*, in D. SCHALLER et al (a cura di), *Enteignet – Vertrieben – Ermordet. Beiträge zur Genozidforschung*, Zürich, 2004, 123.

³⁵ B. MADLEY, *From Africa to Auschwitz: How German South West Africa included ideas and methods adopted and developed by the Nazis in Eastern Europe*, in *European History Quarterly* 33, 2005. Ulteriori riferimenti bibliografici in R. GERWARTH, S. MALINOWSKI, *Der Holocaust als „kolonialer Genozid“? Europäische Kolonialgewalt und nationalsozialistischer Vernichtungskrieg*, in *Geschichte und Gesellschaft* 33, 2007, 439–466.

³⁶ R. GERWARTH, S. MALINOWSKI, *Der Holocaust als „kolonialer Genozid“? Europäische Kolonialgewalt und nationalsozialistischer Vernichtungskrieg*, cit., 444 ss.



Va tuttavia replicato che le esperienze tedesche dello sterminio di rappresaglia sproporzionata nelle proprie colonie, nonostante il colonialismo tedesco sia stato percepito solo come marginale rispetto a quello delle altre potenze, sembrano essere state un formidabile motore di avviamento di quella brutalizzazione della forza militare che ha caratterizzato la prima guerra mondiale e le cui esperienze traumatiche hanno condizionato non poco il successo delle ideologie totalitarie e la volontà di rivincita tra chi aveva perso la guerra o credeva, come l'Italia, di aver perso la pace. Non solo vi è stata continuità della politica estera e di difesa imperiale coloniale, ma anche un coinvolgimento dei militari tedeschi nelle operazioni militari di contrasto della resistenza armena e nella logistica delle deportazioni degli Armeni da parte dell'alleato Impero Ottomano (1915) e, successivamente, le rappresaglie genocidari italiane in Libia (1928) e Abissinia (1935) con l'uso di armi chimiche non efficacemente sanzionati dalla Lega delle Nazioni.³⁷

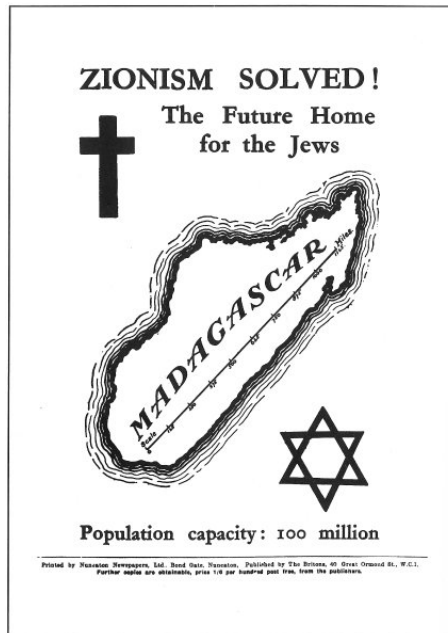


https://de.wikipedia.org/wiki/V%C3%B6lkermord_an_den_Armeniern#/media/File:Armenian_genocide3.jpg

Sotto questo profilo, non sembra del tutto infondata la tesi di una linea di sviluppo, certo non di tradizione, né mono-causale e nemmeno prevedibile

³⁷ Per le tesi del genocidio cfr. soltanto E. SALERNO, *Genocidio in Libia. Le atrocità nascoste dell'avventura coloniale 1911-31*, Mailand, 1979, 50 ss; L. DEL FRA, *Sciara Sciat. Genocidio nell'oasi. L'esercito italiano a Tripoli*, Manifestolibri, Roma, 1995, 59 ss.; L. CANFORA, *L'olocausto dimenticato*, in J. JACOBELLI (a cura di), *Il fascismo e gli storici oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1988, 36.

nel suo salto di disumanità, un ragionamento cinico che lega il genocidio coloniale a quello totalitario, non solo in Abissinia. Si recepisce e rafforza non solo il razzismo applicato all’Africa, si conserva anche l’esperienza della fattibilità di stermini geograficamente distanti e il modello amministrativo dei campi di concentramento che organizzano lavori forzati e producono la morte. Infine si riconoscono i limiti delle stesse colonie esterne e si rigetta il progetto di fare espatriare 4 milioni di ebrei a Madagascar, ideato per la prima volta nel 1885 da Paul Anton de Lagarde, progettato nel 1937 dal governo polacco, riciclato nel 1940 da Himmler che cercava una colonia francese o inglese in Africa, comunicato al governo italiano (consenziente?) il 18 giugno 1940, istruito da Eichmann e abbandonato dopo l’occupazione britannica dell’isola il 5.5.1942.³⁸ La soluzione finale avverrà in una nuova “colonia” ai confini orientali dell’impero, nel governatorato generale della Polonia occupata.



<http://cdn1.spiegel.de/images/image-1096734-galleryV9-pvir-1096734.jpg>

³⁸ Testo: <http://www.ns-archiv.de/imt/ps2401-ps2600/2586-ps.php>. Cfr.: H. JANSEN, *Der Madagaskar-Plan. Die beabsichtigte Deportation der europäischen Juden nach Madagaskar*, München, 1997.

4. I genocidi postcoloniali e le resistenze africane alla giustizia penale internazionale

La Shoah ha cambiato il mondo, anche il diritto internazionale. La comunità internazionale, ispirata da Lemkin, ha approvato nell'Assemblea generale dell'ONU la Convenzione del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, perché – come spiega una precedente risoluzione del 1946 - reca «Great losses to humanity in the form of cultural or other contributions» dei gruppi lesi. L'esperienza dei genocidi coloniali si è impressa in particolare nella definizione giuridica del reato da prevenire e reprimere, considerata oggi precisa: «Per genocidio si intende ciascuno degli atti seguenti, commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale: a) uccisione di membri del gruppo; b) lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo; c) il fatto di sottoporre deliberatamente il gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale; d) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo; e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro».³⁹

Le esperienze di genocidio e democidio, ad es. in Cambogia (1979), Guatemala (1981), Bosnia (1992) e Siria (2014), furono particolarmente numerose in Africa, ad es. in Zanzibar (1964), Nigeria (Biafra 1966), Burundi (1972), Etiopia (1977), Somalia (Isaaq 1988), Ruanda (1994), Rep. Dem. Del Congo (1998), Sudan (Darfur 2003)⁴⁰, peraltro tutti preceduti dall'ultimo massacro genocidiale coloniale commesso nei confronti dei ribelli Mau Mau in Kenya (1958-1960).

L'ambizione dichiarata di “liberare l'umanità da un flagello così odioso” (preambolo) non si è ancora avverata, vuoi per la riluttanza delle grandi potenze a farla rispettare e implementare con programmi d'azione

³⁹ Identico l'art. 6 dello Statuto del ICC.

⁴⁰ Per informazioni dettagliate cfr. <http://www.genocidewatch.org/africa.html>

preventiva o con interventi umanitari reattivi in modo efficace nell'ONU, vuoi per le difficoltà della decolonizzazione, particolarmente evidente nel continente africano flagellato da ben 30 guerre civili dal 1970, vuoi ancora per le difficoltà pratiche di provare l'intenzionalità e il *dolus specialis* del genocidio (come nel caso della Serbia assolta e le collusioni dei "bystanders"),⁴¹

I progressi della teoria della responsabilità di protezione e ricostruzione nel diritto internazionale hanno convinto ad ogni modo ben 123 stati, ma non gli Stati Uniti, Cina e India a firmare e la Russia (e Israele) a ratificare il trattato di Roma istitutivo della Corte penale internazionale (ICC) del 1998. I processi di Norimberga e Tokyo, il processo Eichmann, le esperienze dei tribunali criminali internazionali per l'ex Jugoslavia (ICTY 1993-2017) e per il Rwanda (ICTR 1995-2015) – cui nel 2002 si è aggiunta una Corte internazionale nel Sierra Leone - e la giurisprudenza delle altre corti internazionali e nazionali hanno tuttavia iniziato a trasformare il divieto di genocidio in *jus cogens* inderogabile⁴² e ad applicare le sanzioni previste per renderlo il più possibile efficace.

Particolare interesse ha suscitato l'elaborazione delle vicende genocidarie nel Rwanda. Il predominio dei Tutsi sugli Hutu era stato già sancito all'epoca in cui fu colonia dell'Impero tedesco (1885). La Lega delle nazioni incaricò poi il Belgio a garantire il governo del Rwanda-Burundi (1924), potere di governo fiduciario confermato dall'ONU (1946) e in virtù del quale era stato introdotto una carta d'identità con dati razziali. La rivolta degli Hutu del 1959 causò un primo esodo dei Tutsi e precedette l'indipendenza (1962) e i primi conflitti interetnici, sfociati nella guerra civile del 1988 terminata con gli Arusha accordi del 1993 negoziati dall'Unione Africana (UA). Il genocidio di ca. 1 milione di persone, in maggioranza Tutsi, si

⁴¹ P. PORTINARO, *L'Imperativo di uccidere*, cit., 222 ss.

⁴² International Court of Justice (ICJ), Case concerning Armed Activities on the Territory of Congo, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application (Democratic Republic of Congo v. Rwanda), Judgement of 3 February 2006, par. 64.

scatenò con l'abbattimento dell'aereo del presidente e l'assassinio del premier Hutsi e di 10 caschi blu che portano al ritiro di quasi tutte le truppe della missione UNAMIR (1994), terminando con la conquista militare del paese da parte del Rwanda Patriot Front i cui leader Tutsi sembrano ancora lontani dall'implementazione degli standards sudafricani di riconciliazione.⁴³



https://nails.newsela.com/s3/newsela-media/article_media/2017/05/lib-Rwanda-genocide-us-804f986a.jpg?crop=0,55,1366,823&height=497&width=885

L'elaborazione giudiziaria delle atrocità, ca. 1 milione di processi, non fu lasciata solo alla giustizia ruandese esistente, coinvolgendo anche i tribunali popolari Gacaca (it. pron.: Gaciacia) e il tribunale internazionale istituito dal Consiglio di sicurezza dell'ONU, entrambi considerati meno efficienti delle camere speciali istituite nella giurisdizione ordinaria da un'apposita legge organica.⁴⁴ Le sentenze del ICTR sono le prime su quello che il tribunale, accogliendo un'interpretazione inizialmente estensiva del *dolus*

⁴³ F. REYNTJENS, *(Re-)imagining a reluctant post-genocide society: the Rwandan Patriotic Front's ideology and practice*, in *Journal of Genocide Research*, 18:1, 2016, 61-81

⁴⁴ Organic Law (OL) 08/96 on the Organization of Prosecutions for Offences Constituting the Crime of Genocide or Crimes against Humanity Committed since October 1, 1990, adopted on August 30, 1996. Per un'analisi comparata accurata della giurisprudenza B. HOLA, H. NYSETH BREHM, *Punishing Genocide: A Comparative Empirical Analysis of Sentencing Laws and Practices at the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Rwandan Domestic Courts, and Gacaca Courts*, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 10/2016, 59-80.

specialis di quello che W. A Schabas, ha battezzato «Il crimine dei crimini».45



<http://unictr.unmict.org/en/tribunal>

Nel frattempo è stata anche avviata l'attività della Corte Internazionale di Giustizia, il cui statuto era stato ratificato – con l'eccezione significativa del Ruanda da 34 stati dei 54 membri dell'Unione africana cui andavano aggiunte le firme di altri 7 (Algeria, Egitto, Marocco, Guinea-Bissau, Mozambico, Camerun, Zimbabwe), il tutto a fronte di soli 26 stati che avevano ratificato lo statuto della Corte africana dei diritti.



https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/thumb/a/ae/International_Criminal_Court_logo.svg/150px-International_Criminal_Court_logo.svg.png

⁴⁵ Prosecutor v. Kambanda, Case No. ICTR 97-23-S, Judgment and Sentence, 4. 12. 1998, par. 16. Sugli sviluppi giurisprudenziali successivi cfr.: K. GOLDSMITH, *The Issue of Intent in the Genocide Convention and Its Effect on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Toward a Knowledge-Based Approach*, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*: 5/2010, 238 ss.

Tuttavia, il fatto che la Corte stava finora procedendo quasi esclusivamente nei confronti di indagati africani - in particolare contro il Presidente del Sudan Omar al-Bashir, quello di Kenya Uhuru Kenyatta, l'ex capo di Stato della Libya, Muammar Gaddafi, il presidente della Costa d'Ivorio, Laurent Gbagbo, e il vicepresidente del Congo, Jean-Pierre Bemba - ha provocato delle tensioni notevoli tra l'ICC e l'Unione africana⁴⁶, spingendo il Burundi (2017) a prevenire con la propria uscita un procedimento a carico di ufficiali di governo.⁴⁷ Non sorprende che la minaccia di un'uscita di massa degli stati africana dall'ICC fu sostenuto anche dal presidente del Rwanda che non aveva neanche firmato l'adesione. Il nuovo presidente della Gambia, invece, ha deciso di non dare seguito ad analoga scelta del predecessore. Il governo del Kenya dopo l'archiviazione dei procedimenti sembra intenzionato a non dare esecuzione a una delibera analoga e un giudice sudafricano ha dichiarato incostituzionale nel 2017 l'exit deciso dal governo sudafricano senza approvazione del parlamento.⁴⁸ La stessa ICC ha quindi potuto condannare l'Africa del Sud per mancata collaborazione all'esecuzione del mandato di cattura del presidente sudanese Al-Bashir, invitato al summit dell'UA nel 2015, ma ha preferito non avviare procedimenti sanzionatori (6. 7. 2017).⁴⁹

⁴⁶ Cfr. M. SSENYONJO, *The Rise of the African Union Opposition to the International Criminal Court's Investigations and Prosecutions of African Leaders*, in *Int'l Crim. L. Rev.* 13 (2013) , 385-428; O. IMOEDEMHE, *Unpacking the Tension between the African Union and the International Criminal Court: The Way Forward*, in *African Journal of International and Comparative Law* 23.1 (2015), 74-105, W. CHADWICK AUSTIN, M. Thieme, *Is the International Criminal Court Anti-African?*, *Peace Review*, 28:3, 2016, 342-350,

⁴⁷ Cfr.: Human Rights Watch, 'Burundi: ICC Withdrawal Major Loss to Victims' (27 October 2016), <https://www.hrw.org/news/2016/10/27/burundi-icc-withdrawal-major-loss-victims>.

⁴⁸ Sentenza della North Gauteng High Court of Pretoria del 23. 2. 2017, <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPPHC/2017/53.html>.

⁴⁹ ICC, Pre-Trial Chamber II, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-302, 06 July 2017, <https://www.icc->

Per disinnescare il conflitto, l'ICC ha trovato nel 2014 in Sidiki Kaba, Ministro della giustizia del Senegal, un Presidente africano della propria Assemblea degli Stati. Inoltre, ha avviato indagini su numerosi paesi non africani, in particolare Afghanistan, Colombia, Comoros, Georgia, Honduras, Iraq, Ucraina.

Tra gli avversari e i fautori africani della giustizia penale internazionale, anche l'Unione Africana ha cercato di mediare, approvando nel 2014 un protocollo ("Malabo Protocol") con un emendamento allo Statuto della nuova Corte Africana di Giustizia e dei diritti umani e dei popoli (African Court of Justice and Human and Peoples' Rights). All'interno della Corte verrebbe creato accanto a una sezione affari generali una sezione per i diritti umani e una sezione di diritto penale internazionale. Questo "African Criminal Court" giudicherebbe una serie di reati, a partire dal genocidio. Questo progetto non è semplicemente un'alternativa alla giurisdizione dello ICC, ma anche alla giurisdizione universale della African Chamber del Senegal che nel 2016 ha condannato l'ex presidente dello Chad⁵⁰.

Particolare attenzione meritano tuttavia alcune clausole che potrebbero provocare dei veti incrociati e rendere meno probabile la ratifica. Innanzitutto è piuttosto controversa una clausola che garantirebbe proprio ai maggiormente responsabili, presi di mira nella giurisprudenza delle pre-trial camere dell'ICC, una formidabile immunità e temporanea impunità anche per Warlords almeno per la durata delle loro cariche pubbliche.⁵¹

cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/09-302; I. Ingravallo, al-Bashir, il Sudafrica e il diritto internazionale penale: molto rumore per nulla, *aic. osservatorio costituzionale*, 3/2016, 26 settembre 2016.

⁵⁰ M. VORMBAUM, *The Search for Alternatives: The "African Criminal Court"*, 28 marzo 2017, <http://www.ispionline.it/it/pubblicazione/search-alternatives-african-criminal-court-16451>; G. WERLE, M. VORNBAUM (a cura di), *The African Criminal Court*, Springer, Berlin, 2017.

⁵¹ «Article 46Abis: No charges shall be commenced or continued before the Court against any serving AU Head of State or Government, or anybody acting or entitled to act in such

Inoltre è previsto un nuovo reato di cambio incostituzionale del governo che attuerebbe un mandato Article 25(5) della “African Charter on Democracy, Elections and Governance” ma rischierebbe di rendere tale Corte arbitro di ogni colpo di stato e di ogni rigetto elettorale di un governo, in concorrenza anche con le corti costituzionali esistenti.⁵²

A 25 anni dal genocidio Ruandese, l’Africa è ancora in una condizione postcoloniale di violenza diffusa⁵³ nella quale il rischio di nuovi genocidi e atrocità sarà difficilmente prevenibile solo da una morale comune di “panafricanismo”⁵⁴ che deve fare i conti con gli Stati di un’Unione africana solo apparentemente unita contro Trump.

Secondo Achille Mbembe, nella costellazione postcoloniale sono proprio gli autoctoni ad opporre un “riflesso nativista” agli alloctoni. Sono catturati dalla loro auto-percezione come vittime e dai risentimenti, da una cultura dell’odio generata da impulsi genocidali e di vendetta, alimentata da un nazionalismo degenerato da utopia forte a ideologia di Stati che derubano, ma contrastabile da alternative multiculturali di “afropolitanisme”.⁵⁵ I

capacity, or other senior state officials based on their functions, during their tenure of office». Cfr.: K. MILLS, A. BLOOMBERG, *African resistance to the International Criminal Court: Halting the advance of the anti-impunity norm*, in *Review of International Studies*, 44/2017, 101–127; Z. BESHAAH ABEBE, *The African Court with a Criminal Jurisdiction and the ICC: A Case for Overlapping Jurisdiction*, in *African Journal of International and Comparative Law*, 3/2017, 418-429.

⁵² Cfr.: H. VAN DER WILT, *Unconstitutional Change of Government: A New Crime within the Jurisdiction of the African Criminal Court*, in *Leiden Journal of International Law*, 4/2017, 967-986; C. CHERNOR JALLOH, *The Nature of the Crimes in the African Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, 15/2017, 799-826.

⁵³ Cfr. per il ventennale P. AHLUWALIA, T. MILLER, *Reflections on genocide in Africa*, in *Social Identities*, 19/2013, 143-144,

⁵⁴ In tal senso E. KISSI, *Obligation to prevent (O2P): Proposal for enhanced community approach to genocide prevention in Africa*, in *African Security Review*, 25/2016, 242-257.

⁵⁵ A. MBEMBE, *Afropolitanisme*, in *Africultures*, 66/2006, 9 ss, trad ted. *Afropolitanismus*, in F. DÜBGEN, S. SKUPIEN (a cura di), *Afrikanische politische Philosophie*, Suhrkamp, Berlin, 2015, 335.

genocidi africani dopo la Shoah sono ancora tutti da decifrare, ma devono essere letti nel suo contesto.⁵⁶ Sempre secondo Mbembe, solo il superamento del razzismo attraverso una “critica della ragione negra” impedirà il “divenire nero del mondo”, ma questo superamento richiede una nuova prospettiva non eurocentrica né afrocentrica dell’umanità in un mondo indivisibile, con una capacità di restituzione e riparazione degli altri.⁵⁷

5. Scoprire il pacifismo e il volto ebraico dell’Africa

Per concludere queste storie di Shoah e genocidi in Africa, si potrebbe dire innanzitutto che non sono solo biografie di vittime e rei a dimostrare che la Shoah seminò vittime africane e fu avviata, ma interrotta anche in terra africana, passaggio indispensabile per i progetti di occupazione della Palestina. Non abbiamo elementi che sostengono il pregiudizio diffuso che l’intera Africa sia stata da sempre terra di genocidi. Sappiamo oggi che le guerre e il rischio di rappresaglie contro civili si restringono ad aree toccate ancora dalle guerre mondiali del secolo scorso (cui si aggiunge la Subsahara) e che la violenza sulle donne resta pratica di guerra diffusa e che aumenta anche la violenza politica, cioè il rischio di terrorismo e democidi.

I genocidi coloniali che hanno preceduto la Shoah hanno sviluppato una logica di imbarbarimento e sono stati in qualche modo modelli, ma la Shoah è forse già il primo genocidio “postcoloniale” totalitario che marca una netta discontinuità. Senza la memoria dei genocidi coloniali studiati da Lemkin, non è detto che la Shoah da sola avrebbe prodotto un consenso mondiale sulla prevenzione e repressione dei genocidi nelle organizzazioni

⁵⁶ K. JAWORSKI, *The methodological crisis of theorising genocide in Africa: thinking with Agamben and Butler*, in *African Identities*, 10/2012, 349-365,

⁵⁷ Cfr.: l’epilogo di A. MBEMBE, *Critica della ragione negra*, Ibis, Pavia, 2016; ted. *Kritik der schwarzen vernunft*, Suhrkamp, Berlin, 2017, 325 ss.

internazionali. Ogni genocidio, proprio per la sua tendenza alla distruzione di cultura, è particolare e unico come il demos che colpisce, ma la Shoah è storicamente e normativamente “unica” sia per la sua dimensione religiosa taciuta da quella razziale, sia per il fatto di aver anche singolarmente attentato in modo radicale all’intera umanità nel suo significato morale più profondo.

I genocidi “postcoloniali”, cioè di un colonialismo che è difficile a considerare passato, dimostrano che i rimedi internazionali necessitano di essere resi più efficaci. Nel momento attuale della storia di un’umanità vulnerabile, che corre molteplici pericoli e avrebbe buoni motivi per disperare, sono soprattutto le esperienze africane a dimostrare come l’efficacia dell’imperativo di non uccidere i popoli dipende da presupposti culturali generali, innanzitutto dalla comune capacità a superare la violenza di un razzismo mutato che continua a contrapporre emotivamente un occidente e nord bianco e “chiaro”, sintetizzato nell’UE e nella NATO, a un oriente e sud nero o “scuro”, integrato in un’UA o altre organizzazioni regionali giudicate innanzitutto “più deboli” e condannata a “svilupparsi”.

I presupposti culturali richiedono innanzitutto dei progressi non solo unilaterali dell’Africa, ma anche dell’Europa (e dell’America del Nord) percepibili come progressi di umanità. Al di là dei contributi delle organizzazioni internazionali, questi progressi possono essere “sperati” sia nella cultura costituzionale, sia nella multiculturalità religiosa.

Dal punto di vista del giurista esiste innanzitutto una cultura comune degli stati costituzionali che hanno promosso la tutela delle loro nazioni come minoranze culturali del mondo che devono tollerarsi a vicenda. La tolleranza nei confronti delle altre etnie richiede una cultura della pace e il riconoscimento dei diritti culturali degli altri popoli.

A questo riguardo, l’Europa e l’Africa possono imparare l’una dall’altro. L’Europa non ancora pacificata nei Balcani non deve rinunciare all’individualismo dei diritti, ma deve comprendere il linguaggio africano della pace interetnica e dei diritti il quale cerca di superare quello della

sopraffazione coloniale, riconosce diritti di formazioni culturali e doveri di solidarietà.

Ad es., la controversa Carta africana dei diritti umani e dei diritti dei popoli (1982) si impegna nel proprio preambolo a “eliminare” il neocolonialismo, l’apartheid e tutte le forme di discriminazione, ma anche il “sionismo”! A fronte del divieto di espulsione collettiva di gruppi nazionali, razziali, etnici o religiosi (art. 12), quest’ultima evocazione deve essere intesa in un senso non promotore di odio antisemitico, riconducendola a un dovere di critica civica e di difesa culturale da un’ideologia politica giudicata intollerante ed esempio da non seguire in Africa. La Carta riconosce al riguardo non solo un diritto di ogni popolo alla pace nazionale ed internazionale (art. 23), ma anche un dovere individuale di preservare e rafforzare i «Valori culturali africani positivi, in uno spirito di tolleranza, di dialogo e di concertazione e, in via generale, di contribuire alla promozione della salute morale della società» (art. 29 n. 7).

Anche le costituzioni africane cercano di promuovere e rafforzare questa cultura della tolleranza e del rispetto dei diritti come una prevenzione genocidaria, a partire da quella della Gambia (1997) che si auto-presenta come «Beacon of hope of peace».⁵⁸

La costituzione della Tanzania (1977) trattava ancora la “pace pubblica” un limite generale dei diritti e delle libertà (art. 20). Quella di Guinea Bissau (1984) aveva ancora espresso gratitudine ai combattenti che si erano sacrificati per dignità e diritto del popolo e per la pace (art. 5), mentre la costituzione del Mozambico (1990) dichiara apprezzamento per «L’azione delle confessioni religiose che mira a un clima di intesa e di tolleranza sociale» (art. 9). In Namibia (1990), il popolo pretende «To achieve national reconciliation and to foster peace» (preambolo) e garantisce il diritto di «Partecipare tramite attività politica pacifica» (art. 17) riformulato nella

⁵⁸ Cfr.: P. HAEBERLE, *Die “Kultur des Friedens” – Thema einer universalen Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, 90 ss.

costituzione di Uganda (1995:) «Participate in peaceful activities to influence the policies».

La costituzione ruandese del 1991 riconosceva la pace addirittura come primo simbolo dello Stato (accanto al lavoro e alla difesa delle libertà democratiche (art. 3), ma quella successiva del 2003 ha dovuto inserire la lotta contro l'ideologia del genocidio come obiettivo particolare dello Stato (art. 9), destinando le forze di sicurezza anche a missioni internazionali di pace (art. 171).

La costituzione di Sierra Leone (1991) conferisce al presidente poteri eccezionali per il ripristino della pace (art. 10), ma riconosce la responsabilità anche del parlamento per «Pace, sicurezza, ordine e buon governo» (art. 73)».

Quella dell'Etiopia (1994) promette nel preambolo una “pace durevole” che resti “lasting legacy”, ma conferisce al governo poteri eccezionali per proteggere “pace e sovranità” del paese (art. 93). Quella del Senegal (2001) garantisce la libertà della “marcia pacifica” (art. 10). Quella del Congo di Brazzaville (2001) esclude dalla carica di giudice costituzionale chi ha commesso crimini di guerra o di genocidio (art. 145). La costituzione della Repubblica democratica del Congo di Kinshasa (2005) formula il motto “justice-peace-work” e garantisce un diritto dei congolesi alla pace e sicurezza (art. 52). Nello Zimbabwe è stata costituzionalizzata la “Reconciliation Commission” (2013), nella Costa d’Avorio (2017) una camera dei capitribù con il compito di promuovere “gli ideali della pace” (art. 175).

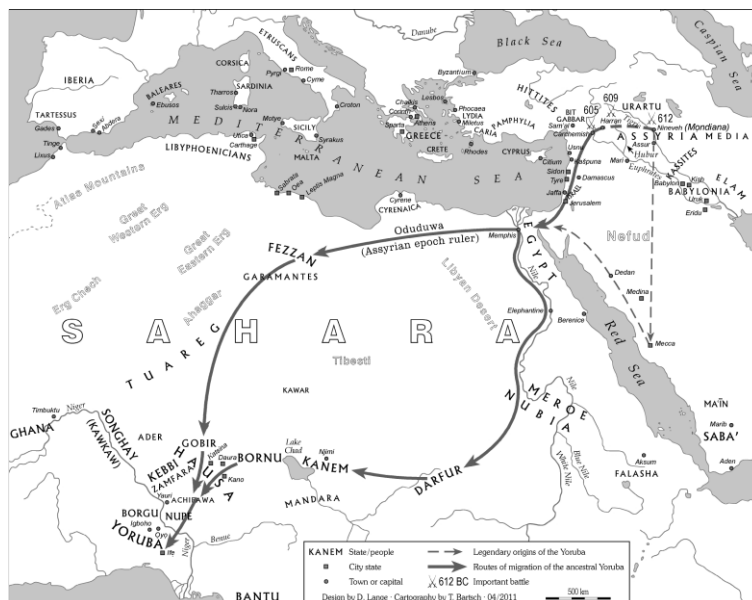
Molte costituzioni invocano infine la “coesistenza pacifica” (art. 12 Sao Tome e Principe (1990), lo spirito di «Friendship and peace with all peoples of the world» (Ghana 1991), «Rapporti pacifici e amichevoli con le altre nazioni» (Cameroun 1991), un «Clima di libertà, pace e giustizia» (Capo Verde 1992), una “culture of political tolerance» (Swaziland 2005).

Queste retoriche pacifiste delle costituzioni devono essere prese sul serio non solo dalle nazioni africane, ma possono indicare anche al resto del

mondo che cosa si può imparare dall’Africa, proprio in un momento in cui l’UE e l’UA devono affrontare il comune problema delle migrazioni di massa dalle ex-colonie.

Il lavoro culturale di prevenzione dei genocidi richiederà non solo il superamento degli stereotipi reciproci dell’Europa e dell’Africa, ma anche una prevenzione dell’antisemitismo in tutte le parti del mondo. Non solo l’Europa deve ricordare la propria cultura ebraica, anche dell’Africa si può riscoprire quello che si potrebbe chiamare il suo “volto ebraico” e renderlo oggetto di un dialogo sulla cultura costituzionale con i migranti da integrare nella società europea.

Lo stesso popolo ebraico ricorderà non solo l’esodo dall’Egitto, ma anche varie migrazioni ebraiche in Africa a partire dal 950 aC (Etiopia), passando per le deportazioni dall’impero degli Assiri verso l’Africa occidentale (cfr. il caso degli Yoruba infra) e quelle dall’Egitto verso la Cirenaica e la Tunisia (312 aC) fino alle rivolte e guerre di Kito (Quietus) nella Cirenaica e in Egitto (115 dC) e alla distruzione della comunità di Cartagine.



http://dierklange.com/pdf/LOST_TRIBES_OF_ISRAEL.pdf

Nel settimo secolo, molti ebrei europei fuggirono dai visigoti. Una ulteriore onda di migranti arrivò nel trecento fino a Ghana, Mali, e all'Impero Songhai (cd. comunità di Bilad as-Sudan). Alcune tribù come i Yibir in Somalia e Nyambo in Tanzania/Uganda rivendicano pertanto discendenze ebraiche antiche.

La massima preoccupazione e perplessità al riguardo destano tuttora le narrazioni e leggende secondo le quali gli stessi Tutsi del Burundi e del Ruanda potrebbero provenire da un regno ebraico noto sotto il nome di Kush e caduto nel 1270, fuggendo nella regione dei grandi laghi, si dice, con un diritto ebraico solo a tradizione orale. Sotto questo profilo, lo stesso genocidio del Ruanda si presenterebbe addirittura come una sorta di prosecuzione oggettiva della Shoah.⁵⁹

A partire dal 1391 (pogrom di Sevilla) e dopo il 1492 (caduta di Granada), l'Africa del Nord e i paesi del mediterraneo hanno accolto i migranti sefarditi espulsi dalla Spagna, mentre il re del Portogallo aveva fatto deportare invece ca. 2000 ebrei a Sao Tomé (1492). Nel contempo, il sultano Süleyman I. (1520–1566), aveva esteso l'impero ottomano alle province di Palestina (1516), Egitto (1517), Libia (1521), Tunisia (1534), Algeria (1536), Eritrea e Sudan.

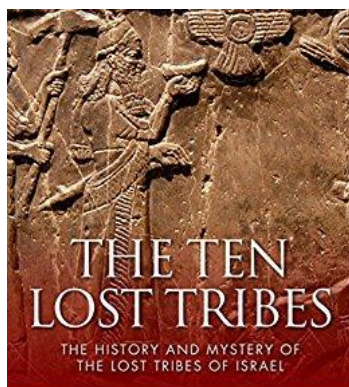
Si hanno notizie di un crescente antisemitismo con massacri in varie città dell'Africa del nord solo alla fine dell'ottocento.

Anche sotto questi profili, l'Africa ha ricevuto una serie di impronte di cultura ebraica. Molti degli ebrei del "maarav" come si chiamava tutto l'ovest guardato da Gerusalemme emigrarono in Palestina dove sono stati chiamati – e secondo alcuni anche discriminati - come "Mizrahi".

Le altre comunità sono invece rimaste in Africa ed alcune di loro si presentano come una delle dieci tribù perdute di Israele.⁶⁰

⁵⁹ E. BUTLER, *The Black Jews of Africa: History, Religion, Identity*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 153 ss.

⁶⁰ Cfr., oltre a Butler, *The Black Jews of Africa: History, Religion, Identity*, cit.; D. LANGE, *Yoruba origins and the "Lost Tribes of Israel"*, in *Anthropos* 106/2011, 579–595; E.



by
CHARLES RIVER EDITORS

https://images-na.ssl-images-amazon.com/images/I/61xWWeLcmrL._SX260_.jpg

Resta delicata, ad es., la posizione dei Lemba nell’Africa del Sud, un gruppo di lingua bantu che rivendicano una discendenza giudaica ed osservano riti, cultura e tradizioni semite, ma solo negli anni cinquanta si sono dichiarate una minoranza distinta dalle altre indigene.⁶¹

Questi pochi cenni alla ancora poco esplorata ricchezza della cultura ebraica africana possono forse bastare per intravedere il volto ebraico dell’Africa. Potrà forse anche servire a rinvenire qualche comunanza di sensibilità e idiosincrasia tra patriottismo ed esperienza migratoria. L’Europa potrà imparare insieme all’Africa che la memoria della Shoah e la prevenzione dei genocidi avranno successo solo, se si riesce a vincere la tentazione di omologazione cinica del razzismo odierno. L’odio razziale, infatti è sordo e cieco perché non riesce né ad ascoltare le storie delle migrazioni, né a vedere la differenziazione e circolazione multiculturale in atto.

BENICHOU GOTTFREICH, D. SCHROETER (a cura di), *Jewish Culture and Society in North Africa*, Indiana Univ. Press, 2011; T. PARFITT, *The Black Jews of Africa and the Americas*, Harvard University Press, Cambridge, 2012.

⁶¹ N. TAMARKIN, *Religion as Race, Recognition as Democracy: Lemba "Black Jews" in South Africa*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 637, *Race, Religion, and Late Democracy*, 2011, 148-164.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

GIUSEPPE MARTINICO

Populismo e democrazia costituzionale: l'attualità della lezione canadese

ABSTRACT- This essay offers a European perspective on the relationship between populism and constitutionalism. In order to do so it will consider the referendum as a case study. This work is divided into two parts. In the first part I shall explore the debate on how to proceduralise secession. In the second part I shall highlight some reasons for prudence in the use of referendums in contexts of representative democracy. In order to make my argument I will rely on the well-known Reference of the Canadian Supreme Court on the secession of Québec. Indeed, that Reference has an incredible potential which offers important counter-arguments to the rise of populisms.

KEYWORDS - Populism, Constitutionalism, Referendum, Canada, Secession.

Populismo e democrazia costituzionale: l'attualità della lezione canadese**

SOMMARIO: 1. *Populismo e costituzionalismo: un approccio non meramente oppositivo* – 2. *Il referendum: uno strumento nobile, camaleontico e “rischioso”* - 3. *L'importanza dell'esperienza canadese* – 4. *L'approccio seguito dalla Corte Suprema e il concetto di “condizionalità all'uscita” (“exit related conditionality”)* – 5. *I pilastri su cui fondare la “lotta costituzionale” contro il “riduzionismo” populista*

1. Populismo e costituzionalismo: un approccio non meramente oppositivo

Come può il costituzionalismo fronteggiare l'uso populista delle rivendicazioni identitarie (e secessioniste in particolare)? Prendendo le mosse da questa domanda di ricerca, in questo articolo si cercherà di offrire una riflessione sul complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo, utilizzando il referendum come caso di studio. Proprio per la sua natura “camaleontica”, infatti, questo strumento si presenta come particolarmente esposto alle strumentalizzazioni populiste.

* Professore associato di diritto pubblico comparato presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa. Research Fellow presso il Centro Studi sul Federalismo, Torino e Honorary Professor presso lo European Law Research Centre dell'Università di Henan, Kaifeng.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. L'Autore ringrazia Paolo Addis, Maverick Bar Cat, Pierluigi Cuccuru, Costanza Margiotta e Marta Simoncini per i preziosi commenti. Questo saggio è collegato ai temi del progetto Jean Monnet “Eur. Publ-IUS” European Public Law (Modulo Jean Monnet coordinato dall'autore del saggio), <https://www.santannapisa.it/it/ricerca/progetti/jean-monnet-module-european-public-law-ius-eurpublius>

Come ha rilevato Corrias¹, nell'Europa continentale solo recentemente costituzionalisti e comparatisti hanno affrontato il tema in maniera, per così dire, organica² e quando lo hanno fatto spesso hanno concepito il rapporto fra populismo e costituzionalismo in termini meramente oppositivi. Differente è il discorso per i politologi e i sociologi che hanno dato un contributo notevole, soprattutto in termini definitivi³, scontrandosi con le difficoltà riscontrate già da Berlin, che non a caso parlò di “paradosso di Cenerentola” per descrivere l'ambiguità del concetto⁴. Parzialmente diverso

¹ «Constitutional theorists have not devoted a lot of attention to the phenomenon of populism [...] There may be two interpretations of this silence. Either constitutional theory has nothing to say about populism, in which case the silence is justified, or constitutional theory does have something to say, in which case the silence is unjustified and (potentially) problematic», L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, 1/2016, 6 ss.

² Esistono, ovviamente, le eccezioni: C. PINELLI, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 1/2011, 5 ss.; L. CORRIAS, *Populism* op. cit., 6 ss. Si veda anche il XXXII convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC) svoltosi a Modena il 10 e 11 novembre 2017 e dedicato al tema “Democrazia, oggi”, in particolare la relazione di P. CIARLO poi pubblicata con il titolo *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2018, <http://www.rivistaaic.it/democrazia-partecipazione-popolare-e-populismo-altempo-della-rete.html>

³ Y. MÉNY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004; Y. MÉNY, Y- SUREL (eds), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave, 2002; J. W. MÜLLER, *What is populism?* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016. M. CANOVAN, *Populism*, Harcourt Brace Javonovich, New York, 1981; M. CANOVAN, *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in *Political Studies*, 1/1999, 2 ss.; E. LACLAU, *On Populist Reason*, Verso, London, 2005; K. ABTS, S. RUMMENS, *Populism versus Democracy*, in *Political Studies*, 2/2007, 407 ss.; N. URBINATI, *Democracy and Populism*, in *Constellations*, 1/1998, 110 ss.; C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, PIERRE OSTIGUY, *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

⁴ I. BERLIN scrisse: «That there exists a shoe – the word ‘populism’ – for which somewhere there must exist a foot. There are all kinds of feet which it nearly fits, but we must not be

è il discorso per i teorici e filosofi del diritto⁵ che hanno, anche di recente, evidenziato le differenze esistenti nell'approccio al tema nella letteratura anglo-americana e in quella europea continentale. Con riferimento al contesto anglo-americano⁶, è stato evidenziato come il dibattito su populismo e costituzionalismo sia stato analizzato con riferimento alla nota contrapposizione fra costituzionalismo "legal" e "political/popular"⁷. Se in questo contesto il filo conduttore del dibattito è stato indubbiamente la *vexata questio* della *judicial review*⁸, nell'Europa continentale la possibilità del controllo di costituzionalità è un dato non solo pacifico, ma addirittura costituzionalizzato in molti casi. Questo spiega la peculiarità del caso

trapped by these nearly-fitting feet. The prince is always wandering about with the shoe; and somewhere, we feel sure, there awaits it a limb called pure populism. This is the nucleus of populism, its essence» I. BERLIN, *To Define Populism*, 1967, <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>

⁵ *In primis* L. CORSO, *What does Populism have to do with Constitutional Law? Discussing Populist Constitutionalism and its Assumptions*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2014, 443 ss.

⁶ Per esempio J. BALKIN, *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, in *Yale Law Journal*, 1995, 1935 et seq. A. R. AMAR, *A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism and Populism*, in *Fordham Law Review*, 1997, 1657 ss.; J. BELL, *Populism and Elitism. Politics in the Age of Equality*, Regnery Gateway, Washington, 1992.

⁷ R. BELLAMY, *Political constitutionalism: a Republican Defence of Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; C. MAC AMHLAIGH, *Putting Political Constitutionalism in Its Place*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2016, 175 ss; P. MINKKINEN, *Political Constitutional Theory vs Political Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3/2013, 585 ss.; M. TOMKINS, *In Defence of the Political Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1/2002, 157 ss.

⁸ Su questo dibattito si veda almeno: M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away From The Court*, Princeton University Press, Princeton, 1981; M. TUSHNET, *Abolishing Judicial Review*, in *Constitutional Commentary*, 2011, 581 ss.; J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 2006, 1346 ss.

europeo rispetto alle categorie utilizzate nel contesto anglo-americano (soprattutto in quello statunitense)⁹.

Il referendum è uno strumento spesso evocato dai populismi, ideale per dare voce alla “volontà del popolo”. Ritornano qui le importanti riflessioni di Mény e Surel¹⁰ sulla “non-mediazione” come caratteristica dei populismi, per non parlare dell’opposizione fra la maggioranza “virtuosa” e le *élite* “corrotte”, a cui ricondurre – spesso – tutte le minoranze. Recentemente Voßkuhle ha riflettuto su questo aspetto, sottolineando la natura non pluralista del concetto di democrazia supportato dai populist¹¹ e, ancora prima, Müller aveva spiegato in termini schmittiani la contrapposizione (amico-nemico) fra maggioranza e minoranza nell’ottica dei movimenti populist¹². Andando contro una lettura meramente oppositiva del rapporto fra costituzionalismo e populismo è stato detto che, in fondo, anche il populismo “contains a (largely implicit) constitutional theory”¹³. Su questa scia, è stato suggerito che il populismo – entro certi limiti – si alimenta delle categorie e delle opportunità offerte dal costituzionalismo per alterare le gerarchie – valoriali e giuridiche – delle democrazie costituzionali. Ha spiegato bene questo concetto Fournier, ricorrendo alla “analogia del parassita”, secondo cui «the relation between populism and constitutional democracy is comparable to a process of parasitism where constitutional democracy would be the host and populism the parasite»¹⁴.

Questo si nota particolarmente bene analizzando il rapporto fra il principio democratico e gli altri principi delle democrazie costituzionali (protezione delle minoranze, *rule of law*, per citarne solo alcuni): per i populist la

⁹ L. CORSO, *What does Populism*, op. cit., 443 ss.

¹⁰ Y. MÉNY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004; Y. MÉNY, Y-SUREL (eds), *Democracies* op. cit.

¹¹ A. VOßKUHLE, *Demokratie und Populismus*, in *Der Staatt*, 2018, 119 ss.

¹² J. W. MÜLLER, *What is populism?* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016.

¹³ L. CORRIAS, *Populism*, op. cit., 6 ss.

¹⁴ T. FOURNIER, *From rhetoric to action: a constitutional analysis of populism*, in *EUI Working Paper*, 08/2018, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/51725>.

democrazia – ridotta a regola della maggioranza – è concepita come un asso vincente (“trump card”), che prevale sugli altri principi costituzionali. Nelle parole di Fournier: «Populist rhetoric can be defined as the political discourse aiming to convince a fictional majority that constitutional democracy gives rise to the tyranny of minorities. The choice of ‘rhetoric’ instead of ‘discourse’ is intentional»¹⁵.

In questo contesto, il referendum è uno strumento particolarmente esposto a rischi di strumentalizzazione, specie se non accompagnato dalle dovute garanzie. Non a caso i populismi tendono a contrapporlo spesso all’attività delle istituzioni rappresentative, scorgendo in esso e nella volontà popolare la fonte assoluta e non mediabile di verità politica. Queste considerazioni non stupiscono i comparatisti, che hanno sempre evidenziato la problematica compatibilità fra referendum e democrazia rappresentativa e la pericolosa ambiguità del concetto di maggioranza (*infra*).

Un’ulteriore premessa deve essere fatta quando si affronta il macro-tema dei populismi nazionalisti. Anche qui il referendum (indipendentemente dal *nomen iuris* scelto per la consultazione) viene visto come strumento ideale per legittimare il fenomeno della secessione. In fondo quelle (non moltissime) disposizioni costituzionali¹⁶ che prevedono la possibilità della secessione richiamano lo strumento referendario, collocandolo all’interno di complesse procedure. In questo contesto, il ricorso al referendum ha fornito un quadro procedurale¹⁷, quello che Tancredi ha efficacemente

¹⁵ T. FOURNIER, *From rhetoric*, op. cit.

¹⁶ Su questo si veda I. GÖKHAN ŞEN, *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law*, Springer, Heidelberg, 2015; M. QVONTRUP, *Referendums on Independence, 1860-2011*, in *Political Quarterly*, 1/2014, 57 ss.; L. FROSINA, *Profili giuridici e aspetti problematici del referendum di secessione. Un’analisi comparata*, in *Nomos*, 3/2017, 1 ss.

¹⁷ Sull’importanza degli elementi procedurali nel federalismo comparato si veda: F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

definito un “normative due process”¹⁸. Proprio nella definizione di questo quadro procedurale l’insegnamento canadese è stato essenziale e questo spiega l’attenzione che verrà dedicata alla *Reference* della Corte Suprema del 1998 da cui si cercherà di trarre alcuni importanti concetti utili a contrastare molti degli argomenti utilizzati dai populistici. Il presente contributo, però, non si pone come obiettivo quello di ripercorrere i contenuti di questa famosissima *Reference*, ma di far emergere il suo incredibile potenziale “anti-populista”. In tale ottica, allora, si ripercorreranno alcuni dei passaggi principali della *Reference* contestualizzandoli alla luce dei fenomeni attuali. Il lavoro si divide in due parti: dopo una prima parte in cui si ricorderanno le ambiguità dello strumento referendario, nella seconda si guarderà all’attualità della lezione canadese, di recente descritta come esemplare nella lotta ai populismi¹⁹.

2. *Il referendum: uno strumento nobile, camaleontico e “rischioso”*

Il referendum è stato spesso descritto come un “innesto”²⁰. In questo senso, la migliore dottrina²¹ ha sempre sottolineato le ambiguità del referendum e

¹⁸ A. TANCREDI, *A Normative "Due Process" in the Creation of States through Secession*, in M. KOHEN, *Secession: International Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 171 ss.

¹⁹ E. MENDES (ed.), *Canada's Constitutional Democracy: The 150th Anniversary Celebration*, Lexis Nexis, New York, 2017.

²⁰ M. LUCIANI, *Il referendum: questione teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, 2008, 157 ss., 161 ss. Lo stesso Luciani si rifà agli scritti di G. GRASSI, *Il referendum nel governo di Gabinetto*, Roma, Eredi Befani, 1913 e, nel secondo dopoguerra, di M. RUINI, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1953, 13 ss.

²¹ M. LUCIANI, *Il referendum* op. cit., 15 ss.; M. LUCIANI, *Commentario della Costituzione. Art. 75 Referendum*, Bologna, Zanichelli, 2005; M. LUCIANI, *Introduzione*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Laterza, Roma- Bari, 1992, 3 ss. Sul rapporto fra referendum e responsabilità politica si veda: A. DI GIOVINE, *Referendum e responsabilità*

i rischi legati a un suo uso improprio nei sistemi di democrazia rappresentativa. Si tratta di una discussione che parte da lontano: già Weber, ad esempio, aveva ricordato le ambiguità del referendum e come tale strumento potesse essere usato anche per deresponsabilizzare le forze politiche: «Ciò che appunto il referendum ignora è il compromesso, sul quale si fonda inevitabilmente la maggioranza di tutte le leggi in ogni stato di massa con forti contrasti regionali, sociali, confessionali e di altra specie [...] inoltre i principi plebiscitari diminuiscono il peso specifico dei capipartito e la responsabilità dei funzionari. Una disapprovazione dei funzionari dirigenti per effetto di una votazione popolare che rifiuti le loro proposte non ha per effetto- come negli stati parlamentari avviene con il voto di sfiducia- di provocare le loro dimissioni; e nemmeno può averlo. Infatti il voto negativo non permette di riconoscere i suoi motivi e non addossa alla massa che ha votato negativamente- come invece addosserebbe a una maggioranza parlamentare di partito votante contro il governo- il dovere di sostituire a sua volta i funzionari disapprovati con i propri capi responsabili»²².

Recentemente Morel ha individuato almeno due grandi filoni nel dibattito sul referendum, sostenendo che: «Theoretical accounts on referendums belong either to the constitutional debate or to democratic theory. What distinguishes the two debates in a rather precise way is the set of questions raised: while the classical, constitutional, debate questions the issue of the

politica, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2005, 1214 ss. Più recentemente si vedano: A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2010 e M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Franco Angeli, Milano, 2012. Si veda anche il "classico": T. PERASSI, *Il Referendum*, Armando di Fabio, Roma, 1911.

²² M. WEBER, *Economia e società*, II, Comunità, Milano, 1968, 751 ss. Per una panoramica delle diverse interpretazioni dell'Opera di Weber in questo ambito si veda: G. PASQUINO, *Plebiscitarismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1996, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/plebiscitarismo_\(Enciclopedia-delle-sciencesociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/plebiscitarismo_(Enciclopedia-delle-sciencesociali)/).

compatibility of the referendum with representative democracy and the extent and modalities of its use, the democratic debate rather focuses on the democratic quality of the referendum and whether its extension could help to improve the quality of contemporary democracies»²³.

Tuttavia, il dibattito sulla “qualità democratica del referendum”, come lo chiama Morel, altro non è se non una conseguenza dello sforzo fatto dalla dottrina per spiegare in termini di complementarietà il rapporto sussistente fra l’organo trapiantato e il contesto in cui esso si inserisce.

L’ideale punto di partenza del dibattito è, ovviamente, il noto scambio fra Carré de Malberg e Mirkine Guetzévitch. Se per il primo il referendum era compatibile con i sistemi parlamentari²⁴, soprattutto se concepito come modalità per risolvere i conflitti fra parlamento e governo e per limitare l’onnipotenza parlamentare²⁵, per il secondo questo strumento comportava una tensione difficilmente sanabile con l’idea di razionalizzazione del parlamentarismo²⁶. Conviene comunque ricordare che su questo punto Mirkine Guetzévitch in parte sembrò aver cambiato opinione, come nota

²³ L. MOREL, *Referendum* in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 502 ss.

²⁴ Su questo dibattito si veda anche G. GUARINO, *Il referendum e la sua applicazione al regime parlamentare*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1947, 30 ss.

²⁵ R. CARRE DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*, in *Annuaire de l’Institut international de droit public*, 1931, II, 256 ss., 262 ss.

²⁶ B. MIRKINE GUETZEVITCH, *Le référendum et le parlementarisme dans les nouvelles constitutions européennes*, in *Annuaire de l’Institut international de droit public*, 1931, II, 285 ss, 334 ss. «The discussion of the Russian constitutionalist focused in particular on a new variety of referendums and popular initiatives aimed at solving conflicts between the executive and the legislative, which could lead to the dissolution of parliament or the revocation of the head of the state. Mirkine-Guetzévitch regarded this as contradictory with the trend toward a ‘rationalization’ of parliamentarism, by means of a strengthening of executives, which he welcomed as the great novelty of these Constitutions», L. MOREL, *Referendum* op. cit., 504.

Morel²⁷. In realtà, come rileva Luciani, i due Autori partivano da una premessa comune, rappresentata dalla “coloritura antiparlamentare”²⁸ del referendum.

A questo dibattito è parzialmente collegato quello sulla qualificazione dell’istituto come strumento di democrazia diretta o meno. È nota la posizione di chi nega tale ricostruzione, qualificando il referendum come «istituto di partecipazione popolare, di tipo istituzionale»²⁹, e lo fa sulla base di un complesso quanto affascinante itinerario storico-filosofico volto a sottolineare la necessaria “compresenza fisica” come “connotato essenziale”³⁰ della democrazia diretta. A considerazioni analoghe sono giunti i politologi, nel sottolineare che «la “democrazia diretta”, in effetti, come forma moderna di governo non esiste e pertanto quella definizione in termini di teoria empirica è errata e fuorviante»³¹, anche alla luce delle continuità che esistono fra referendum e competizione politica.

Quest’ultima considerazione pone degli interrogativi importanti legati al rapporto fra governanti e governati, fra organi costituzionali e società civile e fa del referendum un istituto centrale nello studio delle dinamiche

²⁷ «The author had, however, expressed a rather different position one year earlier, in *Les Constitutions de l’Europe nouvelle* (1930), where he wrote that “the referendum is the logical conclusion of the process of rationalization of parliamentarism” (*ibid*, 28)», L. MOREL, *Referendum*, op. cit., 502 ss., nota n. 9.

²⁸ M. LUCIANI, *Commentario*, op. cit., 33.

²⁹ M. LUCIANI, *Il referendum*, op. cit., 163.

³⁰ M. LUCIANI, *Commentario*, op. cit., 11. «Ad essere precisi, anzi, si dovrebbe dire che l’espressione ‘democrazia diretta’ si risolve in un pleonasma e che l’espressione “democrazia rappresentativa” costituisce un ossimoro: dove c’è democrazia, infatti, c’è decisione popolare diretta (nel senso indicato nel testo); dove, invece, vi è rappresentanza non v’è democrazia. È solo la sedimentazione degli usi linguistici, pertanto, che ci fa parlare, oggi, di “democrazia rappresentativa”», M. LUCIANI, *Il referendum*, op. cit., 161.

³¹ P.V. ULERI, *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*, Il Mulino, Bologna, 2003, 17 ss. Secondo l’Autore: «Il referendum è prosecuzione della competizione politica con mezzi aggiuntivi rispetto a quelli delle elezioni per le assemblee rappresentative e legislative».

costituzionali. Se l'universo del diritto comparato offre diverse tipologie di referendum (referendum "costituzionale" "legislativo", "convenzionale", "preventivo", "successivo", "obbligatorio", "facoltativo", "decisionale", "consultivo"³²), tale diversità non impedisce di rinvenire preoccupazioni e tendenze comuni. Con questo non si vuole negare la validità analitica della distinzione fra esperienze in cui l'iniziativa referendaria è appannaggio esclusivo degli attori dell'organizzazione costituzionale ed esperienze in cui il referendum è concepito come radicato nella società civile, dotato di un carattere, per così dire, diffuso³³, come se fosse una sorta di "contropotere"³⁴ o espressione del "diritto di resistenza"³⁵.

Tuttavia, tutti gli ordinamenti conoscono delle forme di contenimento dei rischi politici legati al referendum, strategie emerse alla luce di preoccupazioni comuni. Per esempio, in un noto saggio dedicato all'esperienza referendaria in Svizzera e negli Stati Uniti, Auer sottolineava

³² M. VOLPI, *Referendum (dir. cost)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., XII, Torino, UTET, 1997, 434 ss. Più di recente si veda anche: M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare. Quale riforma*, 2/2016, in *Costituzionalismo.it*, http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201602_567.pdf.

³³ Vengono in mente le note considerazioni di Mortati sul referendum come "contropotere": «In realtà in referendum deve essere inteso come arma messa a disposizione della minoranza in parlamento, o di quei gruppi di elettori che ritengono non aderenti alla volontà del paese determinate misure prese dalla maggioranza al potere o intendano provvedere ad omissioni in cui questa sia incorsa, e perciò è rivolto a temperare l'arbitrio della maggioranza stessa», C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, CEDAM, Padova, 785. Sul Mortati costituente si veda anche: M. VOLPI, *Mortati costituente e teorico delle forme di governo e alcuni momenti dell'esperienza costituzionale Svizzera*, in M. GALIZIA (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 2007, 1151 ss. M. LUCIANI, *Commentario op. cit.*, 142 ss.

³⁴ S. FOIS, *Il referendum come «contropotere» e garanzia nel sistema costituzionale italiano*, in AA.VV., *Referendum, ordine pubblico, Costituzione*, Bompiani, Milano, 1978, 130 ss.

³⁵ G. VOLPE, *Referendum abrogativo e diritto di resistenza*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, Milano, 1998, 284 ss.

i timori dei “padri fondatori” americani nei confronti della “democrazia pura” che «costituirebbe una minaccia per le libertà individuali a causa soprattutto del gusto dell’oppressione che animerebbe la maggioranza del popolo»³⁶ e, alla luce di ciò, spiegava l’assenza del referendum nel diritto federale americano. Queste osservazioni non devono stupire più di tanto, se è vero, come ha spiegato magistralmente Elster, che la “paura” e la “violenza” hanno da sempre giocato un ruolo fondamentale nelle scelte dei costituenti³⁷. Del resto, non sono mancati studi che hanno sottolineato l’importanza delle emozioni nella storia del diritto costituzionale. Alla luce di quanto sommariamente ricordato si può, quindi, dire che: «Fear is part of social cognition in that it warns others of nearby danger and solicits help. Emotions function as ‘commitment devices’ in situations where the temptations of defection are high, which makes signaling to others credible. Because of the commitment signaled by intensive emotions, people can count on others in future cooperation»³⁸.

In questo senso, riprendendo - con qualche licenza - il noto saggio di Vermeule si potrebbe dire che le costituzioni fungono da “strumenti di gestione del rischio” politico³⁹.

E numerosi sono indubbiamente i rischi connessi a un uso “distorto” del referendum. Rinviando ad altra sede per i dettagli⁴⁰, basta qui ricordare brevemente ciò che è accaduto di recente nel contesto britannico. In questo senso il grande *caos* istituzionale creatosi all’indomani del voto del 23 giugno 2016 è la diretta conseguenza dell’approccio scelto dal governo May, che ha tentato di evitare la mediazione del voto popolare, derivandone

³⁶ A. AUER, *L’esperienza del referendum in Svizzera e negli Stati Uniti*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Laterza, Roma- Bari, 1992, 61 ss., 64.

³⁷ J. ELSTER, *Constitution-making and violence*, in *Journal of Legal Analysis*, 2012, 7 ss.

³⁸ A. SAJÓ, *Emotions in constitutional design*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 354- 384, 358.

³⁹ A. VERMEULE, *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

⁴⁰ G. MARTINICO, *Considerazioni comparatistiche sul referendum alla luce del caso britannico*, in *Diritto Pubblico*, 2/2017, 429 ss.

direttamente e automaticamente delle conseguenze politico-giuridiche. Questo tentativo di centralizzazione può evincersi su almeno due piani: uno riguardante la forma di governo (il tentativo di evitare il voto parlamentare, reso possibile solo a seguito delle sentenze *Miller*⁴¹) e l'altro riguardante la forma di Stato, con le tensioni in Scozia e Irlanda del Nord.

Certo, si potrebbe obiettare che l'esperienza britannica è indubbiamente particolarissima per la natura solo parzialmente scritta delle fonti costituzionali⁴² e per la prassi tutto sommato recente di un istituto che, tuttavia, ha conosciuto trattazioni esaustive anche oltremontane, a cominciare dai famosi scritti di Dicey,⁴³ che lo analizzò alla luce della nota distinzione fra "sovranità politica" e "sovranità giuridica"⁴⁴. Tutto questo ci conduce alla seconda caratteristica del referendum: la sua natura multiforme o "camaleontica". Se è vero che l'esperienza britannica è complessa va comunque ricordato che anche lì non sono mancati tentativi di estendere le considerazioni prodotte dalla dottrina europea continentale

⁴¹ High Court of Justice Queen's Bench Division Divisional Court, R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union, [2016] EWHC 2768, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/>; Miller and others (Appellants) v Ministry of Justice (Respondent), UKSC 2015/0246, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0246.html>. Sulla decisione della Corte Suprema si veda: A. BRADLEY, *Pressures on a Historical Constitution: the Brexit decision in the UK Supreme Court*, in *Diritto Pubblico.*, 1/2017, 3 ss.

⁴² Già sottolineate a suo tempo da V. BOGDANOR, *The People and the Party System: The Referendum and Electoral Reform in British Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, 75 ss.

⁴³ A cominciare da A.V. DICEY, *Ought the referendum to be introduced into England?*, in *Contemporary Review*, 1890, 508 ss.

⁴⁴ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, St. Martin's Press, New York, 1959. Per una rilettura della distinzione alla luce del tema della secessione si veda, di recente, M. NICOLINI, *La costruzione territoriale dell'identità costituzionale tra finzioni giuridiche e «trauma» della secessione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2013, 7 ss., 21.

al caso britannico⁴⁵ e che gli stessi costituzionalisti d'oltremania hanno sottolineato come la specificità britannica non escluda del tutto la comparabilità.⁴⁶ Di ciò si può avere conferma guardando alla riflessione della dottrina italiana sui *pro* e *contra* del referendum⁴⁷ e comparandone i risultati con quanto scritto dal *Select Committee on the Constitution* della *House of Lords*⁴⁸ qualche anno fa. Pur nella diversità di contesti e presupposti molti degli argomenti utilizzati sono comuni e non è, quindi, un caso che proprio la questione del referendum abbia riaperto il dibattito sulla necessità di una (ulteriore) codificazione del diritto costituzionale britannico.⁴⁹ Un altro elemento di comparabilità è dato dalla comune influenza esercitata dall'Unione europea. Non è un caso che la prima grande consultazione referendaria degli anni Settanta nel Regno Unito sia stata quella sulla permanenza nella (allora) Comunità economica europea e che oggi si riscopra il referendum dopo la vittoria del *Leave*. È anche noto che il referendum nella storia dell'integrazione *concede spesso il bis*: ciò è avvenuto in Irlanda e Danimarca, ad esempio, in occasione della ratifica di alcuni trattati europei.⁵⁰ Tuttavia, la natura "camaleontica" del referendum non è apprezzabile solo dal punto di vista sincronico, ma anche diacronico, avendo i referendum spesso svolto ruoli diversi nello stesso ordinamento a

⁴⁵ Ad esempio, in Italia, M. CALAMO SPECCHIA, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, in A. TORRE, J. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, Rimini, 2012, 146 ss.

⁴⁶ P. LEYLAND, *Referendums, Popular Sovereignty, and the Territorial Constitution*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A. YOUNG (eds), *Sovereignty and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 145 ss.

⁴⁷ Per tutti M. LUCIANI, *Commentario*, op. cit., 82 ss.

⁴⁸ HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION 12th Report of Session 2009–10, *Referendums in the United Kingdom. Report with Evidence*, 2010, <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldconst/99/99.pdf>

⁴⁹ Si veda, ad esempio, P. LEYLAND, *Referendums*, op. cit., 145 ss.

⁵⁰ E. ÖZLEM ATIKCAN, *The Puzzle of Double Referendums in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 5/2015, 937 ss.

seconda delle contingenze politiche del momento. Ancora una volta il caso britannico è emblematico.⁵¹ Tradizionalmente, nel Regno Unito il referendum è stato concepito come strumento a disposizione del governo, come ricordava Bogdanor:

«The referendum is generally seen as an instrument of popular sovereignty, an institutional expression of the doctrine that political authority derives from the people. Yet, as the history of the debate in Britain shows, the urge towards popular participation or self-government has not played a very important part in its advocacy. On the contrary, since first proposed by Dicey, the referendum has been suggested primarily as a means of checking disagreeable legislation [...] It has been, in the words of Beaverbrook, 'not a spear but a shield', an adjunct to representative government and not a replacement for it»⁵².

Ciò ha fatto sì che tradizionalmente il referendum nel Regno Unito «could serve to increase its [del governo] power»⁵³ e, non a caso, la discussione negli ultimi anni si è incentrata su come disciplinarlo, anche per evitare possibili abusi. Questa intuizione degli anni Ottanta è stata poi confermata dall'accelerazione avuta con il governo Blair. Da un lato, infatti, il referendum è stato interpretato «anche quale strumento di affrancamento della *leadership* dalle influenze interne del partito (*Trade Unions*, apparato dei quadri, comitati interni, *parliamentary party*, ecc.) e di raccordo diretto con il *people's veto*, e in tale curvatura potendosi cogliere qualche elemento che non sarebbe improprio definire plebiscitario»⁵⁴. Dall'altro, il

⁵¹ G. MARTINICO, *Considerazioni comparatistiche*, op. cit.

⁵² V. BOGDANOR, *The People*, op. cit., 69.

⁵³ V. BOGDANOR, *The People*, op. cit., 75.

⁵⁴ A. TORRE, *Il referendum nel Regno Unito: radici sparse, pianta rigogliosa*, in A. TORRE, J. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, Rimini, 2012, 11 ss., 73.

referendum- un istituto che Bogdanor aveva definito un “*conservative device*”⁵⁵- è diventato parte di una strategia riformista.⁵⁶

3. L'importanza dell'esperienza canadese

Il 2017 è stato l'anno del centocinquantenario dell'*British North America Act*. In questi centocinquanta anni la Confederazione canadese⁵⁷ è stata oggetto di numerosissimi studi e ciò si spiega per la natura di vero e proprio “laboratorio” dell'ordinamento canadese,⁵⁸ che, da sempre, ha “sperimentato” soluzioni innovative diventate poi oggetto d'indagine da

⁵⁵ V. BOGDANOR, *The People* op. cit., 69.

⁵⁶ Anche in negativo, il che conferma il margine del governo: «A un secolo di distanza, il fatto che il referendum sia divenuto ormai una convenzione costituzionalmente accettata, non significa che sia venuto meno il problema dei suoi effetti sul parlamentarismo. Non è un caso che solo i referendum nazionali (UE e sistema elettorale), che pure rientravano nel programma del Governo laburista, non siano stati promossi nella passata legislatura, benché ragioni di opportunità istituzionale e di coerenza politica suggerissero di mantenere l'impegno con gli elettori. Il Governo ha rinunciato ai referendum “europei” e al referendum sul sistema elettorale, per l'evidente ragione che essi potevano tradursi in un voto oppositivo alla sua politica», G.G. CARBONI, *I referendum mai realizzati e ancora da realizzare*, in A. TORRE, J. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Rimini, Maggioli, 2012, 399 ss., 401.

⁵⁷ Da ultimi: R. ALBERT, D. CAMERON (eds), *Canada in the World Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017. E. MENDES (ed.), *Canada's* op. cit. Si permetta anche il rinvio a: G. MARTINICO, R. ALBERT, A. BARAGGIA, C. FASONE (eds), *The Constitution of Canada: History, Evolution, Influence and Reform*”, special issue di *Perspectives on Federalism*, 3/2017, http://www.on-federalism.eu/attachments/004_Volume%209%20-%20issue%203%20-%202017.pdf; G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, L. PIERDOMINICI (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla confederazione*, Pisa University Press, Pisa, 2017.

⁵⁸ S. GAMBINO, C. AMIRANTE (a cura di), *Il Canada un laboratorio costituzionale*, Cedam, Padova, 2000. In italiano si veda anche T. GROPPI, *Canada*, Bologna, Il Mulino, 2006 e J. FRÉMONT, A. LAJOIE, G. OTIS, R. J. SHARPE, R. SIMEON, K. SWINTON, S. VOLTERRA (a cura di), *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Giappichelli, Torino, 1997.

parte della comunità dei comparatisti. Fra gli esempi più evidenti della straordinaria influenza del costituzionalismo canadese si deve ovviamente ricordare la giurisprudenza della Corte Suprema in tema di secessione.⁵⁹ Come è stato efficacemente detto, la secessione è stata per molti anni vista come un “tabù costituzionale”⁶⁰, qualcosa da non pronunciare nel vocabolario giuridico, un fatto caratterizzato da una natura squisitamente politica, non disciplinabile con gli strumenti del diritto perché intrinsecamente implicante la rottura con l’ordine costituito. Come ricordava efficacemente Tipton “secession failed the test of arms. The Civil War did in fact repudiate the principle of secession as a constitutional resort of sovereign states”⁶¹.

Del resto, si tratta di un fenomeno complesso, rivoluzionario ma, allo stesso tempo, conservatore, come giustamente hanno sottolineato Margiotta e Mancini⁶². Tuttavia, qualcosa è indubbiamente cambiato negli

⁵⁹ Tema di notevole interesse oggi e spesso oggetto di rivendicazione da parte dei populismi nazionalisti.

⁶⁰C. MARGIOTTA, *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, Il Mulino, Bologna, 2005, 37 ss. «A paramount consideration in any secession-related discussion is that, irrespective of the nature of secessionists claims, secessions are not prima facie desirable, because they jeopardize world stability. However, demonizing secession, turning it into a constitutional taboo, often adds fuel to secessionist claims», S. MANCINI, *Secession and Self-Determination*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 481 ss.,482. Su costituzione e secessione si veda anche T. E. FROSINI, *Costituzione, autodeterminazione, secessione*, in- *Rivista AIC*, 2015, http://www.rivistaaic.it/download/fPW5CN38dX5kO_mWuShtbMqcg94fmzSHf8GUqy-iLc/1-2015-frosini.pdf.

⁶¹ D. TIPTON, *Nullification and Interposition in American Political Thought*, University of New Mexico Press, Albuquerque, 1969, 50.

⁶² «La secessione ha una natura contraddittoria, in cui coesistono un’anima rivoluzionaria e un’altra profondamente conservatrice: rivoluzionaria è la sfida finale che la secessione pone alla sovranità statale, conservatrice la glorificazione al massimo grado delle virtù della sovranità, che è insita in ogni pretesa secessionist;», S. MANCINI, *Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione*, in *Osservatorio costituzionale*, AIC, 2015,

ultimi venti anni, proprio grazie alla famosa *Reference* canadese,⁶³ che ha rotto il tabù della secessione, aprendo la porta ad una lettura giuridica “per principi”.⁶⁴ Si tratta di uno spartiacque fondamentale che ha aperto una nuova stagione di riflessioni su un tema che oggi più che mai si pone come attualissimo. Effettivamente, da allora è iniziato un nuovo dibattito, tutto incentrato sul come “costituzionalizzare” il fenomeno secessione,⁶⁵ e basato sulla pretesa di addomesticare qualcosa che fino a pochi anni prima appariva come una belva indomabile.

4. *L'approccio seguito dalla Corte Suprema e il concetto di “condizionalità all'uscita” (“exit related conditionality”)*

Come noto, nella sua *Reference* la Corte Suprema non ha riconosciuto un vero e proprio diritto alla secessione in quanto tale. Piuttosto, ha tentato di offrire una lettura giuridica del concetto di secessione, contestualizzandolo in un mosaico più complesso alla luce dei principi strutturali dell'ordinamento canadese.

Valorizzando un approccio non formalista ha quindi ricostruito il “nucleo duro” del proprio ordinamento (corrispondente ai principi del federalismo, della democrazia, del costituzionalismo e *rule of law*, e della protezione delle minoranze). Tuttavia, il passaggio forse più interessante per la tesi qui proposta è incluso nel par. 90 della *Reference*, in cui la Corte Suprema ha fatto ricorso a una vera e propria forma di *condizionalità all'uscita* (“exit

<http://www.osservatorioaic.it/download/x9L6i7AQbWItSqtvLyBU3qtPZaDROoXmpgrXEzJxnYk/mancini-2015-bis.pdf>.

⁶³ Corte Suprema canadese, *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

⁶⁴ Ci si riferisce ai famosi principi individuati nella sua *Reference*: federalismo, democrazia, costituzionalismo e *rule of law*, protezione delle minoranze.

⁶⁵D. HALJAN, *Constitutionalising Secession*, Hart Publishing, Oxford, 2014.; D. WEINSTOCK, *Constitutionalizing the Right to Secede*, in *Journal of Political Philosophy*, 2/2001, 182 ss.

related conditionality”⁶⁶), volta a garantire una continuità assiologica fra l’ordinamento di distacco e il nuovo ordinamento indipendente che si va creando. Se sono note le varie forme in cui la “condizionalità all’entrata” si presenta (Art. 49 TUE⁶⁷ Art. IV, par. 3 della Costituzione statunitense⁶⁸), riferendosi con questa formula a quei requisiti di compatibilità strutturale richiesti al momento della valutazione di una richiesta di entrata, più difficile risulta comprendere le ragioni di una “condizionalità all’uscita”. Si tratterebbe di assoggettare la validità dell’atto di rottura per eccellenza (la secessione) al rispetto di una serie di principi fissati nella costituzione dell’ordinamento di distacco. Tuttavia, per quanto paradossale possa sembrare, siamo in presenza di un modo con cui l’ordinamento di distacco “accetta” l’uscita del nuovo sistema costituzionale condizionandola, però, all’ultima adesione ad alcuni dei suoi valori fondamentali, rendendo così il

⁶⁶ Su questo si permetta il rinvio a G. MARTINICO, *How can Constitutionalism deal with Secession in the Age of Populism? The case of Referendums*, in STALS Research Paper, 5/2018, <http://stals.sssup.it/files/martinico%205%202018%20stals.pdf>.

⁶⁷ Art. 49 TUE: «Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione. Il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali sono informati di tale domanda. Lo Stato richiedente trasmette la sua domanda al Consiglio, che si pronuncia all'unanimità, previa consultazione della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono. Si tiene conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo. Le condizioni per l'ammissione e gli adattamenti dei trattati su cui è fondata l'Unione, da essa determinati, formano l'oggetto di un accordo tra gli Stati membri e lo Stato richiedente. Tale accordo è sottoposto a ratifica da tutti gli Stati contraenti conformemente alle loro rispettive norme costituzionali».

⁶⁸ Art. IV.3 della Costituzione statunitense: «New states may be admitted by the Congress into this union; but no new states shall be formed or erected within the jurisdiction of any other state; nor any state be formed by the junction of two or more states, or parts of states, without the consent of the legislatures of the states concerned as well as of the Congress. The Congress shall have power to dispose of and make all needful rules and regulations respecting the territory or other property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to prejudice any claims of the United States, or of any particular state».

processo costituente in parte etero-indotto. In questo modo si cerca di “esorcizzare”, per così dire, il carattere rivoluzionario della secessione. Conviene soffermarsi su questo passaggio per poi sottolinearne il potenziale anti-populista. Per capire cosa si intenda con questa forma di condizionalità all’uscita conviene ricordare un passaggio della fondamentale *Reference* della Corte Suprema canadese, secondo cui, in caso di attivazione dei negoziati per l’eventuale uscita del Québec:

«The conduct of the parties in such negotiations would be governed by the same constitutional principles which give rise to the duty to negotiate: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and the protection of minorities⁶⁹».

Nel passaggio in questione si insiste molto su una sorta di continuità assiologica richiesta all’uscita. Tale continuità assiologica (sancita, cioè, dall’adesione a dei valori ritenuti fondamentali) garantirebbe innanzitutto i diritti di quella parte di popolazione residente nel territorio del nuovo Stato che non si fosse espressa a favore del distacco dal vecchio ordinamento. Allo stesso tempo, in questo modo la portata garantista del processo contribuirebbe alla creazione di un consenso -attorno alla nascita del nuovo ordinamento- nella Comunità internazionale, evitando che il ricorso all’effettività (pur menzionata nel testo della *Reference* canadese) e alla forza possano produrre pericolose torsioni autoritarie nei confronti delle minoranze dissidenti. Questo passaggio è di cruciale importanza perché mette in discussione una delle premesse dei populismi: la possibilità di contrapporre in termini netti i “diritti” della maggioranza ai “doveri” delle minoranze. Come già ricordava Norman richiamando le c.d. “democratic rule of law reasons”:

⁶⁹ Corte Suprema canadese, *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, par. 90.

«The perceived advantages of handling secessionist politics and secessionist contests within the rule of law rather than as ‘political’ issues that lie outside of, or are presumed (by the secessionists) to supersede the law⁷⁰».

In questo senso, il caso canadese dimostra come anche in assenza di disposizioni costituzionali esplicite sia possibile tentare di proceduralizzare, “addomesticare” il fenomeno in questione e in questo la Corte Suprema di Ottawa ha davvero lanciato un messaggio di speranza: il diritto – specie quello costituzionale – può e deve avere un ruolo nei processi di secessione, non delegando tutto alla politica o ai rapporti di forza.

Grazie a questa forma di condizionalità in uscita, in altre parole, l’ordinamento di distacco cerca di canalizzare, anche in uscita, l’omogeneità costituzionale⁷¹. Se concepita così la stessa nozione di omogeneità costituzionale riacquista un significato che sembrava perduto nel panorama del diritto costituzionale comparato. Infatti, gli ordinamenti, specie quelli federali, da sempre tentano di assicurare un virtuoso collegamento fra diversità e unità con una serie di meccanismi volti a garantire la fedeltà e l’adesione ai valori fondamentali del sistema giuridico. Tracce di tale omogeneità costituzionale possono riscontrarsi in disposizioni come l’art. 51 della Costituzione svizzera, che condiziona, ad esempio, i contenuti delle Costituzioni cantonali⁷². Sempre ragioni di omogeneità possono suggerire il

⁷⁰ W. NORMAN, *Negotiating Nationalism: Nation-Building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, 189.

⁷¹ Da ultimo e con grande profondità di analisi: G. DELLEDONNE, *L’omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017. Si veda anche F. PALERMO, *La forma di Stato dell’Unione Europea. Per una teoria costituzionale dell’integrazione sovranazionale*, Cedam, Padova, 2005.

⁷² «Ogni Cantone si dà una costituzione democratica. La costituzione cantonale richiede l’approvazione del Popolo e deve poter essere riveduta qualora la maggioranza del Popolo lo richieda».

controllo e la possibilità di attivare forme di intervento centripeto nel caso di “discostamento” dai valori fondanti del patto costituzionale: è questo il caso del noto art. 155 della Costituzione spagnola e soprattutto dell’art. 37 della Legge Fondamentale tedesca, la c.d. “coazione federale”⁷³. Si trovano esempi simili anche a livello sovranazionale. Basti pensare al riferimento ai “valori” richiamati dall’art. 2 TUE⁷⁴ - che sono a loro volta distinguibili dai principi a cui si riferisce l’art. 6 TUE⁷⁵ - o al celebre art. 7 TUE⁷⁶,

2 «Le costituzioni cantonali devono ottenere la garanzia federale. La Confederazione conferisce tale garanzia se la costituzione cantonale non contraddice al diritto federale».

⁷³ Art. 37 della Legge fondamentale tedesca: «(1) Se un Land non adempie agli obblighi federali che gli incombono in base alla presente Legge fondamentale o ad un'altra legge federale, il Governo federale, con l'assenso del Bundesrat, può prendere le misure necessarie per obbligare coattivamente il Land all'adempimento dei suoi doveri. (2) Per far valere la coazione il Governo federale o il suo incaricato ha il diritto d'inviare direttive a tutti i Länder e alle loro autorità».

⁷⁴ Art. 2 TUE: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

⁷⁵ Art. 6 TUE: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

⁷⁶ Su cui, di nuovo, si veda G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale*, op. cit., 215 e bibliografia ivi richiamata.

L'omogeneità, in altre parole, più che come uno "sleeping giant" dalla difficile attivazione⁷⁷ si presenta come una "funzione flusso" che attraversa tutta la vita dell'ordinamento.

Tornando al caso canadese, si può riassumere il potenziale anti-populista presente nella *Reference* del 1998 in tre importanti passaggi: 1) la "contestualizzazione" del referendum, non visto come fonte assoluta di volontà politica, ma come prezioso strumento che dà voce alla volontà popolare e che deve, però, essere innestato con attenzione nel contesto di democrazia rappresentativa. 2) La concezione non "riduttivistica" del concetto di democrazia, concepita non come mera regola della maggioranza, ma come principio da innestare in un mosaico più ampio di principi. 3) L'ambiguità del concetto di maggioranza. Su questi tre punti si svilupperanno le conclusioni di questo articolo.

5. I pilastri su cui fondare la "lotta costituzionale" contro il "riduzionismo" populista

In apertura si sono ricordati almeno quattro importanti ingredienti della retorica populista: 1) la concezione riduttiva (se non "riduzionistica"⁷⁸) del complesso concetto di democrazia,⁷⁹ intesa dai populistici come mera regola della maggioranza. 2) La tendenza a descrivere la volontà popolare come fonte assoluta della verità politica e giuridica e come concetto non

⁷⁷ Ci si riferisce alle celebri parole del senatore Charles Sumner: "It is a clause which is like a sleeping giant in the Constitution, never until this recent war awakened, but now it comes forward with a giant's power", ricordato, fra gli altri anche da F. O. SMITH JR., *Awakening the People's Giant: Sovereign Immunity and the Constitution's Republican Commitment*, in *Fordham Law Review*, 2012, 1941 ss.

⁷⁸ Si prende qui a prestito il linguaggio utilizzato nelle scienze naturali. Si veda, ad esempio, V. FANO, E. GIANNETTO, G. GIANNINI, P. GRAZIANI, *Complessità e riduzionismo*, in *Isonomia*, Vol. 2, 2012, <https://philarchive.org/archive/FANCER>.

⁷⁹ Per una recente e profonda analisi del concetto di democrazia si veda S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2017.

mediabile. 3) La contrapposizione fra la “maggioranza” e gli “altri” (le minoranze), spesso descritti in termini di *élite* corrotte.⁸⁰ 4) L’uso della democrazia come “trump card”, un “asso” che prevale sugli altri principi costituzionali (tutela delle minoranze, *rule of law*⁸¹). Partendo dall’esperienza canadese, in queste conclusioni si cercherà di ricordare alcuni contro-argomenti utili per fronteggiare l’avanzata populista.

Recentemente Steinbeis ha ricordato l’importante ruolo che le norme giuridiche (e le scelte politiche) hanno sulla determinazione della maggioranza:

«A majority is not something you will find in nature. It is an artifact of law. You need legal rules to determine who counts, and in which way. You need legal safeguards of liberty, equality and diversity of opinion. You also need legal rules to determine what the majority will be able to do, which necessarily implies that the majority gets told what she is not allowed to do. In short, you need constitutional law⁸²».

Si tratta di una considerazione che trova conferme nel diritto comparato. Si può innanzitutto ricordare come il concetto di maggioranza dipenda dalle norme che attribuiscono il diritto di voto o che escludono dal diritto di voto alcuni soggetti. È l’idea secondo cui dietro criteri in apparenza oggettivi e neutrali si possano talvolta celare discriminazioni travestite da ragionevoli distinzioni.

⁸⁰ J. W. MÜLLER, *What*, op. cit.

⁸¹ «Populist rhetoric argues that the rule-of-law is used for a specific agenda by non-elected (and so non-representative) bodies. Populism turns the original equilibrium of constitutional democracy into a balance of power in which the majority no longer sits alongside the rule of law, but rather is constrained by it»; T. FOURNIER, *From rhetoric*, op. cit.

⁸² M. STEINBEIS, *Majority is a Legal Concept*, 2017, <http://verfassungsblog.de/majority-is-a-legal-concept/>.

Più nello specifico, ci sono due esempi che dimostrano la natura non meramente neutrale e numerica del concetto di maggioranza, il *Clarity Act* canadese e lo *Schedule 1* del *Good Friday Agreement*. Si tratta di casi che, quantomeno, confermano il ruolo degli attori politici nell'interpretazione del concetto di maggioranza.

Proprio nel Preambolo del *Clarity Act*⁸³ si fa riferimento a uno dei passaggi più importanti della *Reference* canadese, quello in cui la Corte Suprema distinse fra regola della maggioranza e principio democratico, in una lettura che ha il pregio di evidenziare i rischi di collisione fra la nozione formale e quella sostanziale della democrazia⁸⁴:

«Democracy, however, means more than simple majority rule. Constitutional jurisprudence shows that democracy exists in the larger context of other constitutional values... Canadians have never accepted that ours is a system of simple majority rule. Our principle of democracy, taken in conjunction with the other constitutional principles discussed here, is richer [...] While it is true that some attempts at constitutional amendment in recent years have faltered, a clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize... However, it will be for the political actors to

⁸³ An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference, S.C. 2000, c. 26, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.8/page-1.html>

⁸⁴ Su questo dibattito, fra gli altri, si vedano almeno: J. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper & Brothers, New York, 1950; G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bologna, 1957; J. HABERMAS, *Between Facts and Norms Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, the MIT Press, Cambridge, 1996; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 2014. R. DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1956.

determine what constitutes 'a clear majority on a clear question' in the circumstances under which a future referendum vote may be taken⁸⁵».

Con queste parole, la Corte suprema canadese riconsegnò il concetto di democrazia alla sua complessità, rifiutando di farne idea assoluta e decontestualizzata dagli altri pilastri del costituzionalismo.

Nella stessa fondamentale pronuncia la Corte ricordò come «in this context, we refer to a “clear” majority as a qualitative evaluation. The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves⁸⁶».

Proprio la necessità di una valutazione non meramente quantitativa conferma quanto affermato da Steinbeis e rappresentò, a suo tempo, la premessa attraverso cui attribuire alla *House of Commons* la competenza di stabilire, a referendum avvenuto (elemento che ha causato non poche polemiche in Canada⁸⁷), l'esistenza o meno di una “chiara maggioranza” sulla base di una serie di fattori che vengono ricordati dal *Clarity Act*⁸⁸.

Un altro esempio, diverso ma che conferma l'importante ruolo giocato dagli organi politici, viene dallo *Schedule 1* del *Good Friday*

⁸⁵ Corte Suprema canadese, Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

⁸⁶ Corte Suprema canadese, Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217

⁸⁷ Come ricorda P. DUMBERRY, *The Secession Question in Quebec*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2015, 357 ss.

⁸⁸ Su questa base si può leggere nel *Clarity Act* che: «Factors for House of Commons to take into account (2) In considering whether there has been a clear expression of a will by a clear majority of the population of a province that the province cease to be part of Canada, the House of Commons shall take into account (a) the size of the majority of valid votes cast in favour of the secessionist option; (b) the percentage of eligible voters voting in the referendum; and (c) any other matters or circumstances it considers to be relevant», An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference S.C. 2000, c. 26, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.8/page-1.html>.

Agreement, con riferimento alla possibilità di convocare un referendum per un'Irlanda unita⁸⁹. La disposizione così recita:

«1. The Secretary of State may by order direct the holding of a poll for the purposes of section 1 on a date specified in the order.

2. Subject to paragraph 3, the Secretary of State shall exercise the power under paragraph 1 if at any time it appears likely to him that a majority of those voting would express a wish that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland.

3. The Secretary of State shall not make an order under paragraph 1 earlier than seven years after the holding of a previous poll under this Schedule».

Questi esempi dimostrano che il concetto di maggioranza non è qualcosa di facilmente evincibile in maniera chiara e neutra e confermano la necessità di “mediare” il risultato referendario e l'importante margine politico da riconoscere alle istituzioni anche nella fase precedente alla consultazione. La necessità di “mediare” i risultati referendari passando dalle aule delle istituzioni rappresentative rappresenta la seconda fondamentale lezione lasciata dalla Corte Suprema canadese. La Corte di Ottawa, infatti, prese indubbiamente in considerazione i rischi connessi a un uso distorto del

⁸⁹ «Annex A 1. (1) It is hereby declared that Northern Ireland in its entirety remains part of the United Kingdom and shall not cease to be so without the consent of a majority of the people of Northern Ireland voting in a poll held for the purposes of this section in accordance with Schedule 1. (2) But if the wish expressed by a majority in such a poll is that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland, the Secretary of State shall lay before Parliament such proposals to give effect to that wish as may be agreed between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Government of Ireland». The Northern Ireland Peace Agreement. The Agreement reached in the multi-party negotiations 10 April 1998, http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/IE%20GB_980410_Northern%20Ireland%20Agreement.pdf.

referendum, *in primis* quello legato alla contrapposizione fra democrazia rappresentativa e referendum, con la possibile creazione di canali alternativi di legittimazione democratica che finiscono, se non riportati in equilibrio con i meccanismi rappresentativi, per minare lo stesso ruolo dei parlamenti. Nelle parole di Luciani:

«Il referendum può servire a rimediare allo scollamento tra società politica e società civile...Che il referendum possa essere uno strumento di moltiplicazione garantista delle sedi decisionali appare strano, se si ritiene che la pronuncia referendaria sia la voce ‘vera’ della volontà popolare e che essa goda di un plusvalore di legittimazione, sconosciuto alla volontà mediata dai rappresentanti, tale da conferirle la capacità di travolgere ogni decisione o volontà contraria. Abbiamo già visto, però, che questa premessa è falsa: ogni votazione popolare conosce le mediazioni e ogni votazione popolare deve essere interpretata»⁹⁰.

Come stabilire se un referendum possa definirsi o meno democratico? Per provare a rispondere a tale questione non si può fare a meno, ancora una volta, dell’insegnamento della *Reference* della Corte Suprema canadese, in cui si ricordò la necessità di una “clear majority” e di una “clear question” per poter dedurre dal risultato di un referendum l’obbligo di negoziare l’eventuale uscita della provincia francofona dal Canada.⁹¹ Tutte queste considerazioni sono state richiamate subito dopo il referendum britannico del 23 giugno 2016. Difficilmente, ai sensi del *Clarity Act*, si potrebbe

⁹⁰ M. LUCIANI, *Il referendum*, op. cit., 157 ss.; M. LUCIANI, *Commentario*, op. cit.

⁹¹ «Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order», Corte Suprema canadese, *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

considerare il 51,9% come “clear majority”, tenendo conto anche di altri elementi già sottolineati dalla dottrina.⁹²

Altro fattore problematico nel caso britannico è stato quello dell'esclusione dal voto dei cittadini dell'UE residenti del Regno Unito (scelta che si contrappone a quella fatta, invece, in occasione del referendum per l'indipendenza scozzese nel 2014, in cui il voto dei cittadini dell'UE residenti fu essenziale per il risultato finale). Altra scelta discutibile- visto l'impatto che l'uscita del Regno Unito avrà su di essi- è quella che ha portato all'esclusione dal voto dei cittadini del Regno Unito residenti da più di quindici anni all'estero.⁹³ Non a caso questa scelta ha poi scatenato alcune

⁹² In effetti, come riporta Curti Gialdino, non sono mancate discussioni sulla possibilità di prevedere una super- maggioranza e un tasso di partecipazione minimo: «Una petizione parlamentare, presentata (in realtà fin dal 24 novembre 2015) da un cittadino che si è identificato con il nome di William Oliver Healey, chiede di ripetere il referendum sulla Brexit, in quanto il suo esito non sarebbe stato sufficientemente rappresentativo per via della bassa partecipazione al voto e di uno scarto inferiore ai 4 punti percentuali tra le due opzioni. I sostenitori del Remain chiedono quindi ai deputati britannici l'approvazione di una nuova regola secondo la quale, se il voto a favore dell'uscita o della permanenza nell'Unione europea è al di sotto del 60%, con partecipazione minore del 75%, dovrebbe essere convocato un nuovo referendum. Firmata telematicamente in pochi giorni da oltre 3 milioni di persone (sembra anche con l'intervento di hacker), la petizione sarà esaminata dall'apposita commissione della House of Commons, che potrà proporre la discussione in plenaria, come previsto per tutte le petizioni allorché le firme siano superiori a 100 mila», C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico, italiano, comparato, europeo*, 2016, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=32126>.

⁹³ O, meglio, come ricorda Gratteri, «La cui ultima iscrizione nel registro elettorale del luogo di residenza nel Regno Unito risale ad oltre 15 anni addietro». Cfr. A. GRATTERI, *Il diritto di voto dei cittadini britannici residenti all'estero nel referendum Brexit del 23 giugno*, *Diritticomparati*, 2016, <http://www.diritticomparati.it/il-diritto-di-voto-dei-cittadini-britannici-residenti-allestero-nel-referendum-brexit-del-23-giugno/>.

vicende giudiziarie, fra tutte conviene qui menzionare la discutibile decisione *Shindler*⁹⁴.

Qui torniamo alle considerazioni precedentemente fatte sulla maggioranza come creazione giuridico-politica e sul ruolo delle costituzioni come “strumenti di gestione del rischio”⁹⁵, inclusi i rischi derivanti dalla mera applicazione del principio di maggioranza.

Di nuovo sono emblematiche le parole pronunciate dalla Corte Suprema canadese nella *Reference* del 1998⁹⁶, che richiamarono la natura per certi

⁹⁴ Su cui si vedano: A. F. TATHAM, *The Legitimacy of Discriminatory Disenfranchisement? The Impact of the Rules on the Right to Vote in the Breain/Brexit Referendum*, in *Perspectives on Federalism*, 1/2016, <http://www.on-federalism.eu/index.php/component/content/article/234-thelegitimacyofdiscriminatory-disenfranchisement-the-impact-of-the-rules-on-the-right-to-vote-in-the-breain-brexit-referendum>; A. GRATTERI, *Il diritto di voto dei cittadini britannici residenti all'estero nel referendum Brexit del 23 giugno*, *Dirittocomparati*, 2016 <http://www.dirittocomparati.it/ildirittodivotodeicittadinibritanniciresidentiallesteronelreferendum-brexit-del-23-giugno/>; L. MONTANARI, *I limiti al diritto di voto per il referendum sulla Brexit alla luce della cittadinanza europea*, in *Eurojus.it rivista*, 2016, <http://rivista.eurojus.it/i-limiti-al-diritto-di-voto-per-il-referendum-sulla-brexit-alla-luce-della-cittadinanza-europea/>.

⁹⁵ A. VERMEULE, *The Constitution*, op. cit.

⁹⁶ Una decisione, conviene ricordarlo, che fece perno su principi costituzionali non scritti: «An understanding of the scope and importance of the principles of the rule of law and constitutionalism is aided by acknowledging explicitly why a constitution is entrenched beyond the reach of simple majority rule. There are three overlapping reasons. First, a constitution may provide an added safeguard for fundamental human rights and individual freedoms which might otherwise be susceptible to government interference. Although democratic government is generally solicitous of those rights, there are occasions when the majority will be tempted to ignore fundamental rights in order to accomplish collective goals more easily or effectively. Constitutional entrenchment ensures that those rights will be given due regard and protection. Second, a constitution may seek to ensure that vulnerable minority groups are endowed with the institutions and rights necessary to maintain and promote their identities against the assimilative pressures of the majority. And third, a constitution may provide for a division of political power that allocates political power amongst different levels of government. That purpose would be defeated if one of

versi “contro-maggioritaria”⁹⁷ del costituzionalismo stesso, natura che si manifesta nel momento in cui esso impedisce di decidere su alcuni “beni” che ritiene intoccabili (*in primis* i diritti fondamentali⁹⁸). Nella selezione delle “emozioni”⁹⁹ operata dalle costituzioni ha, indubbiamente, un ruolo fondamentale la storia di ogni ordinamento: gli orrori, i conflitti, il passato. Tutto ciò, insomma, che ha indotto alla rottura dell’ordinamento *che fu* e all’istaurazione di quello *che sarà*. In questo senso la grande sfida del costituzionalismo post-totalitario consiste nel respingere gli insidiosi attacchi del populismo alle gerarchie di valori che caratterizzano le democrazie costituzionali del secondo dopoguerra.

those democratically elected levels of government could usurp the powers of the other simply by exercising its legislative power to allocate additional political power to itself unilaterally. The argument that the Constitution may be legitimately circumvented by resort to a majority vote in a province-wide referendum is superficially persuasive, in large measure because it seems to appeal to some of the same principles that underlie the legitimacy of the Constitution itself, namely, democracy and self-government. In short, it is suggested that as the notion of popular sovereignty underlies the legitimacy of our existing constitutional arrangements, so the same popular sovereignty that originally led to the present Constitution must (it is argued) also permit "the people" in their exercise of popular sovereignty to secede by majority vote alone. However, closer analysis reveals that this argument is unsound, because it misunderstands the meaning of popular sovereignty and the essence of a constitutional democracy», Corte Suprema canadese, Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, 73- 75.

⁹⁷ In un senso solo in parte coincidente con la “counter-majoritarian difficulty” descritta, con riferimento al *judicial review*, da A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1986.

⁹⁸ G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Laterza, Bari- Roma, 2002.

⁹⁹ A. SAJÓ, *Emotions*, op. cit, 354- 355



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

n. 1/2018



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

MIKHAIL BORODACH

Rationale of contemporary Russian constitutionalism and its meaning in the context of *rule of law* development in Russia

ABSTRACT- The research contains the analysis of the existential traits of contemporary Russian constitutionalism as a complicated societal and cultural phenomenon providing for a fundamentals of the legal environment of constitutional governance in Russia. Author highlights a number of specific features and factors which have a significant impact on the figure of contemporary Russian constitutionalism as well he also underlines that the most severe obstacles in the way to legal modernization of Russia are the global challenges, the distortion of the mass legal consciousness, and the excessive bureaucracy within the public authority's institutions. The research provides for the analysis of different views and approaches formulated by contemporary legal academic writers and Russian thinkers of the past in the context of the peculiarities of Russian constitutionalism.

KEYWORDS – constitutionalism, global challenges, legal nihilism, legal consciousness, political and legal culture, civil society, democracy.

Rationale of contemporary Russian constitutionalism and its meaning in the context of *rule of law* development in Russia**

SOMMARIO: 1. *Introduction* – 2. *The general meaning of constitutionalism and its multiple-layer sense* – 3. *The modern challenges of Russian Constitutionalism* – 4. *Conclusion*.

1. Introduction

Current Russian Constitution, adopted by the all-people referendum 12 December of 1993, is rather “young” one in the scope of worldwide practice of constitutionalism. At the same time, it is true to say that current Russian Constitution overcame a very complicated period of its primal probation within the two-decade period of its existence and implementation.

Nowadays, the 1993 Constitution of Russia is serving its mission rather suitably and, what is also significant, being left in its nearly primordial edition is a reliable legal, ideological and political foundation of contemporary Russian statehood, and as a consequence it provides for a set of favorable conditions for an evolutionary course of formation, creative and uninterrupted development of those processes and phenomena in Russian society, which are being encompassed by the term of “constitutionalism”.

Nonetheless, 22 years of “life” had been overcome by current Russian Constitution and undoubtedly became a period of accumulation of a critical mass of different shortcomings as well as negative factors which are inevitably going along with the Constitution and its implementation being arisen as by the Constitution itself as by the different causes incompatible

* *PhD in Law, associate professor, CEO at the Non-governmental Center for legal expertise and support of civil society institutions ‘SOCIS’ (Russia, Siberia, city of Tyumen).*

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

with its provisions. Having no claims to specify an exhaustive list of such shortcomings and factors, it is worthy to try to highlight several of the most probable areas where they are could become apparent:

- the issues of making laws to comply with the Constitution as well as the issues of constitutional practice, including constitutional justice;
- the issues of efficiency of implementation and protection of human rights provided for by the Constitution as well as of the rights of NGOs and other civil-society institutions;
- processes and tendencies within the framework of political system in Russia, including the area of public administration in particular;
- level of societal tolerance, including mass legal consciousness and societal expectations connected with the Constitution and constitutional values;
- general condition of contemporary legal studies and constitutional doctrine in particular.

Becoming apparent in the course of day-to-day life of Russian society and government, these shortcomings and factors due to their assemblage, or, as it was said earlier, due to their critical mass, drive the Basic Law of Russia and as a consequence the country on the whole and its multinational people to the frontier, overcoming of which is strongly connected with fundamental conversion of legal bases, or at least with searching and catching a principally new qualities of legal reality complying with the global and internal challenges of the moment.

Regarding this mainstream, theorists and politicians are being increasingly interested of the issue of optimal choice for constitutional development of Russia, because it becomes one of primary, vital importance. This tendency, if it is taken in its connection with some other non-legal factors, underlines in the best way possible the rationale and “exigencies of the moment”

concerning contemporary Russian constitutionalism due to present situation.

Revelation of rationale of contemporary Russian constitutionalism as in connection with the general meaning of the term “constitutionalism” as on the point of relevant tendencies and underlying challenges and collisions is the main aim of all reflections which are following further.

2. The meaning of constitutionalism and its multiple-layer sense.

Tuning up the “shade” of forthcoming discussion, first of all, it is worthy to refer to the general meanings of constitutionalism as a political and legal phenomenon, then as a study and a doctrinal aggregate. The usage of the term “constitutionalism” in this very sense was founded in some progressive political writings in between XVII – XIX centuries – era of bourgeois-democratic revolutions in Europe and North America, which marked the transition of civilized nations from feudal system to industrial economic. Professor V.E. Chirkin highlights regarding this fact that “Constitutionalism in its meaning of socio-political activism was founded long before the primal constitutions were adopted and in this sense it implied the demands to adopt a basic law, restricting the absolute powers of a monarch and guaranteeing human rights by legal means”¹. Modern legal doctrines also use the term “constitutionalism” as having triple meaning. For instance, purely theoretical meaning of constitutionalism implies itself a system of political and legal studies, in the other words, a doctrine that is being based on the high sense and top values of democracy provides for certain limitations of public powers by law whereas the main significance within the framework of legal system is attributed from this perspective to the

¹ V.E. CHIRKIN, *Constitutional law: the course for lecturers, doctoral and master’s students*, Norma INFRA-M Publishers, Moscow, 2013, 46 – 47.

Constitution – the legal normative act (that is to say *statute*) empowered with legal supremacy and enclosing a concentrated, balanced and abstract set of basic rights, interests and duties of society, individuals and government. At the same time, the practical meaning of constitutionalism is being considered as the current political and legal regime in a certain State, which provides for relevant limitations of public powers by the Constitution based on appropriate ideas and values as well as on the designated institutions and relations. All these aforementioned could be characterized as *constitutional governance*.

From this view, professor V. E. Chirkin continues his idea, the beginning of which is mentioned before; he states, in particular, that «Nowadays this activism (constitutionalism – *by M. B.*) has another shape: demands for democratization and socialization of constitutions (and, consequently, of the societal being on the whole) to make them comply entirely with the challenges of XXI century»².

And, finally, the third meaning of constitutionalism, which seems to be encompassing the purely theoretical and practical senses of this term, is that the constitutionalism is notably complicated socio-political and legal category. In this meaning constitutionalism is the phenomenon based on the historical background of constitutional democracy, institutions of public administration and the political regime, which are in harmony with the Constitution. It is also maintained by existing and effective system of protection of the Constitution, constitutional order and top values of democracy and rights of a man and a citizen provided for by the Constitution.

From this perspective, constitutionalism has a set of key properties and substantive traits, which are the subject for further discussion.

The first one is focused on the constitutional ideas and values based on the achieved high level of democratic development: consciousness of

² *Ivi*, 47.

commonality and indissolubility of societal and governmental interests and, consequently, of necessity to maintain the relevant consensus with the matters of societal and governmental order as well as with the matters of public administration; admission of the priority of human life and human dignity within the framework of day-to-day governance; the idea of people's governance and democratic way of forming of crucial governmental institutions based on the former; supremacy of law; and some others.

It is of principal significance that these constitutional ideas and values shouldn't merely exist in the society: they should be accepted by the society, firmly entrenched in the mass legal consciousness and pass the so-called societal legitimation. In this aspect, it is worthy to pay the attention to some views expressed by notable Russian philosopher and legal theorist Ivan Il'in, who lived in the first half of XX century (he abandoned Russia after Bolsheviks' October Revolution of 1917). In particular, Ivan Il'in considered a "morally suitable", "normal" legal consciousness as a fundamental of his "State and Law" paradigm. He stated that «actually we have only "a demonstration" of Law (in its highest sense) within the borders of external societal reality whereas the sphere of pure "life" of Law is a human's heart, soul of a man, where Law becomes apparent fueled to the might of genuine value; a human's heart, soul of a man, is still the only environment where as societal being of an individual as entire "life" of the State on the whole are conceived, becoming mature and developing further»³.

It is also worthy to note that principally the idea of societal "acceptance" of the established governance and consequently its basic – constitutional – foundations were expressed much earlier, and what is a bit paradoxical it was alleged by some apologists of statist-totalitarian studies. For instance, Niccolò Machiavelli considered the need to capture hearts of people as the main challenge for a sovereign. In turn, Thomas Hobbes took a social contract as the basis of societal acceptance of the established governance.

³ I.A. IL'IN, *Nature of legal consciousness*, Rarog Publishers, Moscow, 1993, 21.

Charles Montesquieu who represented the liberal wing of political and legal studies stated in his discourse “On the Spirit of Laws” that «Legislator should comply with people’s mentality...as we do our best when we’re acting freely and due to our natural good genius»⁴

Famous Russian constitutionalist of the day – Chief Justice of Russian Constitutional Court Valeryi Zor’kin is precise in his notion that «It is possible to find a lot of statements of contemporary philosophers and sociologists underlining that Law is tend to be effective within the only scope of means which are socially accepted (Pierre Bourdieu), and that Law is ought to be in ability to prove its own legitimacy in hearts of people who have rather different views on all other matters (Jürgen Habermas), and so on. It is hard to believe that someone will dispute on that the legal system is effective if it maintains the legitimacy of law making and law execution...in hearts of the vast majority of people»⁵

The second substantive trait of constitutionalism in its contemporary complex meaning is the existence of well-developed system of statutes and sub-law legal acts based on the Constitution, in turn. The source of this characterization of constitutionalism is the democratic principle providing for the government’s obedience to Law. However, the adoption of laws manifesting with more or less consistency the commitment of Legislator to follow these ideas is not the end in itself; hence, the adoption of such laws does not imply the constitutionalism *per se*. Normative foundations of constitutionalism are strongly connected with apparent and hierarchical system of legal regulations and statutes, prescribing such regulations. From this perspective, the rules of positive law have their prior significance within the framework of this system but the same one is attributed to commonly

⁴ C.L. MONTESQUIEU, *On the Spirit of Laws*, Misl’ Publishers, Moscow, 1999, 261.

⁵ V.D. ZOR’KIN, *Civilization of Law and Development of Russia*, Norma INFRA-M Publishers, Moscow, 2015, 16.

recognized and constitutionally secured natural and inalienable human rights.

The Constitution is at the top of the pyramid of legal acts forming the environment of constitutionalism, and its provisions are the bases for all other normative rules regardless to their legal branches of origin. The supremacy of the Constitution is indispensable trait of genuine constitutionalism.

It is of vital significance for real existence of constitutionalism to have relevant political and legal regime, which is presented in fact, being agreeable to the constitutional standards. This is the core of the third substantive trait of constitutionalism. However, it is worthy to say that a regime, of course, could not be considered as the constitutional one if it is based on the constitution, which is not providing for democratic principles and ideas, and does not declare and protect the known vast of natural and inalienable human rights. Concerning this trait of constitutionalism, it might exist just in cases of compliance and compatibility of democratic political and legal regime with the democratic Constitution. From this perspective, professor V.E. Chirkin notes that «Nowadays genuine constitutionalism has democratic, social, legitimate and secular nature. Of course, one may say that there is a formal or a defective constitutionalism in some countries in the world, but it is certainly not a genuine constitutionalism»⁶.

The next and last one substantive trait of constitutionalism is connected with the existence of effective mechanisms supplying protection of the Constitution itself and the constitutional order based on it. Doubtlessly, these mechanisms have their own legal origins and foundations including those of constitutional provisions, as well as relevant system of political and social institutes designated to realize aforementioned mechanisms.

⁶ V.E. CHIRKIN, *op. cit.*, 47.

Discussing the substantive trait of constitutionalism that is described above, it is important to pay attention to the fact that protection of Constitution and constitutional order should not be based on the assemblage of protective legal regulations and punitive measures of the State apparatus only. Instead of it, protection of the Constitution and key principles of constitutional order requires firstly the actual existence of effective conditions, which are rather suitable for a comprehensive fulfillment of the rules of Constitutional law within the day-to-day social practice, implementation of basic democratic values and ideals, rational and righteous interpreting of constitutional provisions, including the maintenance of their integrity and stability (in particular, by providing for a designated legal means for adoption of constitutional amendments if those means meet current societal needs and expectations).

Professor N.V. Vitruk considers constitutionalism as a multiple-element phenomenon having several different levels and layers. He highlights and explains some additional edges of this phenomenon such as constitutionality and constitutional order operating simultaneously with the legality and legal order overall. In particular, professor N.V. Vitruk states that «On the basis of the Constitution the legal being of Russia was enriched with some new phenomena and processes, which had met their manifestation by the categories of *constitutionality* and *constitutional order* [...] The constitutionality means that the requirements connected with maintenance, implementation, securing and protection of constitutional provisions are addressed to the institutes of public administration directly, as well as to the associations of individuals and their officials, who exercise public duties based on the Constitution and laws. [...] The requirement to implement the Constitution and its provisions addressed to individuals and corporate entities acting within the borders of private law is demanding to comply with the general constitutional order. A distinction between the constitutionality and constitutional order might be pointed out with such criterion as legal scale of one and another.

Implementation of the Constitution itself is the core of constitutionality whereas the constitutional order is being formed within the framework of day-to-day realization of all the constitutional prescriptions»⁷.

Finalizing general reflections on the meaning of term “constitutionalism” it seems to be of high importance to note that this phenomenon through all its senses is not a static one but dynamically changing and developing. Due to this, it is fair to conclude that every state and every nation as well as each historical era in their development have their “own”, particular constitutionalism in its unique manifestations.

From this perspective, professor N.V. Vitruk, for instance, argues that «All components of the constitutionalism are developing under pressure of social practice, different factors and real life overall, being in a state of permanent interaction between each other»⁸. Developing this idea, it is worthy to base the conclusion on the opinion of professor V.E. Chirkin, who states that «*The constitutional doctrine* is concrete, and it cannot and usually haven't a universal meaning. It can be associated with a group of quite similar countries or with a single country as well»⁹. Views of the Chief Justice of the Constitutional Court of Russia professor V.D. Zor'kin conform to aforementioned opinion: he underlines in particular that « [...] as the Constitution itself as all possible amendments and interpretations of it cannot but base on the certain specificity of the historical doom and cultural peculiarities of that society and that country, the legal foundations of which are provided for by this Constitution»¹⁰.

⁷ N.V. VITRUK (a cura di), *Constitutional law of the Russian Federation*, Norma INFRA-M Publishers, Moscow, 2010, 153 – 155.

⁸ *Ivi*, 153.

⁹ V.E. CHIRKIN, *op. cit.*, 47.

¹⁰ V.D. ZOR'KIN, *Issues of constitutional legal development of Russia* (to 20th Anniversary of the Constitution of the Russian Federation), in *Contemporary constitutionalism: challenges and perspectives* (the digest of International conference, devoted to 20th Anniversary of the Constitution of the Russian Federation; Saint Petersburg, 14-15 November 2013), a cura di V.D. ZOR'KIN, Norma Publishers, Moscow, 2014, 8.

It is evidently to say that former, contemporary and future Russia was not, is not and will not an exclusion in this regard.

3. The modern challenges of Russian Constitutionalism

Now, after a short overview of the general approaches to understand constitutionalism in its complex and multiple-layer sense, it is possible to commence the revising of conditions and factors, or figuratively speaking, of modern challenges, which contemporary Russian constitutionalism faces with and due to which, consequently, it is developing with its new nature and new appearance.

The first one of those challenges, which is the most urgent on its significance and the scale of impact, the forming tendencies and existing processes there in a global dimension. Russia as an inevitable and traditional participant of global processes influences on them as well as is being exposed to their effects – directly or in a “turbulence”.

In this aspect, it seems to be rational to start a discussion from the point of globalization as well as accompanying efforts and aspirations of some countries or their coalitions to obtain a privilege to provide an unacceptable and dramatic impact upon events and decisions as worldwide as in a certain regions of world or even in an independent national states in some cases. From this perspective, professor V.D. Zor’kin, foreseeing the over-speeding spiral of global contest between some states, pointed out in 2013 very accurately that «[...] the current circle of globalization is being played out in its geo-economic meaning and, moreover, is becoming increasingly failing with its socio-cultural mission».

Globalization is getting traits of such a process, which was named by English sociologist R. Robertson as *glocalization*, implying the divergence between

key tendencies of development running to poles of global and local. « [...] it is being evidently seen as strengthening of global ties and interdependence as the reversal processes of “ring closure” of some countries to the local economic unions»¹¹.

Professor V.D. Zor'kin argues that due to aforementioned conditions the humankind is faced with the blurring and destruction of socio-cultural national identities; however, the latter trying to counteract these trends are often inspiring an aggressive or even criminal behavior. He finally states that, of course, this global mainstream has inevitable and immediate impact upon Russian society having an appearance of tendency to increase “centrifugal” social forces, which could be named in turn as a “socio-cultural cleavage”¹².

However, it is worthy to note for the truth that the causes of socio-cultural cleavage in contemporary Russian society are not connected with the external impact only. There are also internal factors presented which are increasing this tendency. These factors have their roots in Russian history and national mentality of Russia's people. The events and processes that were existing in this country in the near past and exist nowadays, as well as the results of those events and processes are maintaining aforementioned factors.

From this perspective, professor V.D. Zor'kin underlines that « [...] the issue of defining of the general line of Russian socio-cultural cleavage is waiting for its exploration yet. [...] However, it is already clear now that prerequisites of this cleavage are enclosed by the shortcomings of legislation, “sins” of law execution and justice, inequality before law and court, and glaring inequality in the social well-being [...] »¹³. He also specifies some other reasons connected with the cultural, economic and social backgrounds of Russian society.

¹¹ *Ivi*, 9-10.

¹² *Ivi*, 10.

¹³ *Ivi*, 13.

Nonetheless, it demands to pay a particular attention to, that one of the most urgent factors of this growing up socio-cultural cleavage according to the views of professor V.D. Zor'kin is «actually increasing contest between, on the one hand, the moral and ethical imperatives laid down in the basis of Law and massively rooted in the legal consciousness of Russia's people, and, on the other hand, the tendencies of visible changes in Russian societal reality, being popularized and advocated actively»¹⁴. In the other words, one of the key problem is being unzipped through the meaning of 'cultivation' and "acclimatization" of different political, economic, legal, technical and other novelties in contemporary Russian society, which are learned by people as from the worldwide practices as from the native space of Russia. And, one cannot but agree with this fact.

It is undoubted that aforementioned cleavage is devastating foundations of the current Russian constitutionalism, because it destroys simultaneously as the bases and means as the prerequisites of "bringing up" of all those values and ideas, which are forming, strengthening and developing constitutionalism in today's Russia. A societal integrity is the major reason of the Statehood "running healthy".

Here, it is worthy to refer to the views of Ivan Il'in, who argued that «A State is something of a spirit and something for a soul. It is a moral, spiritual unity of people, because the spiritual ties are laid down in the basis of Statehood; these ties are designated to "live" in souls and create motives there for righteous behavior of people. [...] Due to its core idea, a State is a union of people, spiritually belonging together, of tribes and nations united for a homogeneous execution of Law in its highest sense»¹⁵. Moreover, in connection with the federated territorial structure of Russia the following thought of I.A. Il'in seems to be of the same significance: «Federation is departing from a lot of units and moving to their unity and integrity... A

¹⁴ *Ivi*, 14.

¹⁵ I.A. IL'IN, *Nature of legal consciousness*, cit., 106, 110.

federation does not disjoint (differentiate, divide, or fragment) but does join (integrates, unites and grows together)¹⁶».

Thus, the issue of counteraction to the devastating effects of the so-called “centrifugal” social forces and processes in contemporary Russian society, and the task to restore and protect the integrity of the latter are of constitutional significance evidently. And these issues and tasks can be settled successfully at the fundamental stages of Russian constitutional model only.

From this perspective, it is worthy to refer again to the views of professor V.D. Zor’kin, who highlights that «The Constitution – is *formalized social contract*, providing for the principles of Statehood and social order. However, it should be necessary based on the *real social contract*, established by the main social strata and groups of our society. The key problem is that the fundamentals of real social contract are disappearing within the riven society, and consequently there is arising that, what is called as *factual Constitution*. Here, the relevant fundamental could be the only social concord [...] Moreover, the main thing for social concord to be, is not a formal “yes” of citizens and different social groups, but *social trust*, which is encouraging them to demonstrate their genuine and rational will, a trust between people, social groups and institutions, society and the government overall»¹⁷.

It should be noted in particular, that the issue of social trust to the government, which is in this meaning being as one of the major factors of social integrity, principally, is not a new one for the political and legal environment of Russia and for the Russian legal doctrine as well. It is truly evident that the role of social science and humanities on the whole, as the significance of legal studies particularly, are of crucial importance with settling aforementioned social distrust. And, that’s why responsibilities are

¹⁶ I.A. IL'IN, *What's the federation? (Our Tasks: pamphlets of 1948 – 1954, Vol. I)*, Iris-Press, Moscow, 2008, 228.

¹⁷ V.D. ZOR'KIN, *Issues of constitutional*, cit., 17-18.

beyond. Hence, referring to modern Russian legal writings, we may state some major tasks to restore the pure meaning of constitutionalism in Russia today; they are generalized as follows:

- to perform complex interdisciplinary investigations on *Russian civilizational and historical backgrounds* in comparison with worldwide practices of political and legal development;
- to elaborate *contemporary concept of Russian constitutionalism*, which is adequate to Russian civilizational and historical peculiarities;
- to develop *a modern dogma of Russian law* on these grounds, which would be able to emphasize the constitutional principles and provisions duly, making them real within the law-creation and law-execution practices in Russia.

Due to these aspects, the Chief Justice of the Constitutional Court of Russia professor V.D. Zor'kin, for instance, stresses especially that «Legal theorists, not only constitutionalists but all others, have no as an opportunity as a moral right to limit themselves to their single normative “split plot”. They should make their inventions taking into account all known risks and the necessity of persistent and well-weighed legal risk-management. This notion is equally applicable as to the issues of constitutional amendments as to the renewal of laws, and, of course, to the issues of law execution as well, and to the systemic legal evaluations of risks, which are arising inevitably in the context of elaboration and realization of strategic political decisions in any social area, whatever it is [...] »¹⁸

From this perspective, it seems to be necessary to refer also to the respectful opinion of professor S.A. Avakian (he is the Head of the Chair of Constitutional and Municipal Law at Lomonosov Moscow State University). Like professor V.D. Zor'kin, he pays his attention to that «During the last period the degree of social trust to the government is dramatically decreased

¹⁸ V.D. ZOR'KIN, *Issues of constitutional*, cit., 17-18.

amongst the vast of Russian people»¹⁹. As for the causes of that, widely known thinker marks tactfully a “not quite satisfactory” fulfilment by the government of its missions and tasks, an increase of bureaucratization of government institutions and an existing actual danger of the so-called “privatization” of the Statehood (when public powers are used to serve the personal interests of officials and their organized clans).

In his reflections, professor S.A. Avakian proposes some possible variants to restore social trust to the government; in particular, several of the ways are as follows:

- settling betweenness of society and the government;
- re-development of civil society institutions. Civil society in Russia should become truly self-organizing (or self-organized). In the other words, it has to have its own missions along with the common tasks of society and the government; it should also be co-organized within its different groups and should be self-governed by them; and, finally, it should be thought over the creation of some guiding center for the society on the whole;
- immediate and maximized increase of the role of an individual in the framework of constitutional order due to two aspects of his or her real life: as an employee, and as a habitant.

Professor S.A. Avakian also pays his specific attention to the aspect of constitutional background of a feedback, which should come from an individual to society and the government. In particular, academic writer alleges that «Our constitutional foundations do not reflect one yet important component at all – everyone’s duty to this country, society and environment»²⁰. In this context professor S.A. Avakian means, that category of a “duty” shall be deemed to be «An essence of not only legal but rather general civilizational requirements to an individual. Hence, the category of a “duty” is much broader (than a “responsibility” or an “obligation” in their

¹⁹ *Ivi*, 17.

²⁰ S.A. AVAKIAN, *Russian constitutionalism: several notes about immediate tasks*, in *Legal World journal*, 2/2015, 23.

legal meanings. – *M.B.*), and it presupposes, of course, a certain behavior of an individual, but (unlike “responsibilities” or “obligations”. – *M.B.*) it cannot be limited to a set of several precise rules»²¹.

As a consequence, professor S.A. Avakian concludes that «It was always of crucial importance and it is today – in these difficult times, – that *ideas of responsible individual's behavior and Russian patriotism* should run through the whole Russian society»²².

In connection with this statement, it is fair to note that there is one more challenge, which contemporary Russian constitutionalism is being faced to, – a crisis of civil consciousness overall and, particularly, legal mentality of Russian people.

Consistent devastation of Soviet ideology and the system of societal values based on the former, which was being performed through the era of “Perestroika” (it commenced in the Soviet Union about 30 years ago) as well as through the consequent periods of reforms, due to the absence of a worthy ideological alternative was resulted in a total disorientation of Russian society, in its inability to choose the way for further development and for the augment of existing achievements of former era as well as resulted in its failure to move consistently through the chosen path. In circumstances of such “vacuum” the current Constitution of Russia, adopted by the all-people referendum in 1993, including all the democratic and humanistic values and ideals enclosed in it, has the only perspective to be devalued due to the mere absence of an adequate grounds for fruitful cultivation of aforementioned values and ideals in modern Russian society. It is true to say, that legal mentality and legal consciousness in today's Russia practically in any of their dimensions – from common to professional, and from an ordinary man to a representative of the “governing elite” – are suffering the urgent extremums of their distortion

²¹ *Ivi*, 28-29.

²² S.A. AVAKIAN, *Constitutional Law of Russia*, II, amended, Norma INFRA-M Publishers, Moscow, 2014, 659.

such as legal idealism and legal nihilism. From this perspective, professor N.I. Matuzov absolutely fairly notes that «Both these phenomena (legal idealism and legal nihilism. – *M.B.*) seem to be different and incompatible but “live peacefully” along with each other, forming a common dismal picture of uncultured legality»²³.

It is worthy to underline specifically that mentioned phenomena of legal nihilism and legal idealism have their deep roots in Russian history, and due to this, they seem to be a specific curve of our legal being, an inherent element of Russian people’s mentality. Ideas and values of Law were not true effective for the mass people’s mentality through the Tsarist era, then were maltreated by Soviet leadership, and finally, were distorted excessively through the era of “Perestroika” (before the dissolution of USSR). Namely, it is worthy to remember one ancient Russian proverb here, which sounds precisely as follows: «A law is like a pole of wagon – it points wherever you turn it to» (Italian analog is «*Fatta la legge, trovato l’inganno*»). This proverb depending on its semantic inflection could express equally as nihilistic, as idealistic edges of one’s distorted legal consciousness. That’s why there was said a very long time ago that Russia has never been governed by Law but by the persons always.

In discussing different issues of contemporary Russian constitutionalism, it is appropriate to refer to some thoughts of professor V.D. Zor’kin again, which are, in particular, as follows: «Here, in Russia [...] the process of “life under law”, if we talk about the historical scales, has yet been commenced»²⁴. That’s why the significance of social regulations (not only legal rules) is increasing permanently due to the reflection of those within the social consciousness. The Constitution of Russia, being highly abstract with its provisions unlike the prescriptions of certain branches of Law, is much more absorbing and, consequently, manifesting the established

²³ S.A. AVAKIAN, *Russian constitutionalism*, cit., 29.

²⁴ N.I. MATUZOV, *Legal nihilism and legal idealism*, in *General Theory of State and Law: Legal Theory, An academic study*, II, Zertsalo Publishers, Moscow, 1998, 400 ss.

societal system of moral values. Hence, namely the Constitution of Russia should be an inevitable legal mean, which is tightening the whole system of axiological-enriched normative regulation of social relations. In turn, this approach creates the opportunity to make Law and mass people's consciousness bound naturally.

It seems to be the most danger thing, that those defects of mass legal consciousness – legal nihilism and/or legal idealism, – are deeply rooted in views of public officials and other representatives of State apparatus in Russia. However, it was yet stated by Alexander Herzen in XIX century that «A Russian, whoever he is – an ordinary man or a nobleman, – breaks a law always when he feels it to be unpunished; the government does the same»²⁵. In turn, our contemporary philosopher L.M. Belkin argues, that legal nihilism is «Naturally belonging to the bearers of public powers and duties, it arises from the State apparatus core and is objectively generated by the bureaucratic nature of public administration, because a negation of Law is the way of its existence»²⁶.

Underlined by different thinkers and academic writers during the last two centuries, the neglect to Law as well as to its principles and values, arising from public authorities in Russia, which is the true meaning of legal nihilism associated with governing elites, is being aggravated now by such tendencies as lobbyism and complication of laws with their legal technique and structure; as a result, laws are being deprived of their direct implementation intentionally, and, consequently, they could be realized through the vast of sub-laws only. Moreover, there are rather often cases of adoption “laws for show”. In the other words, some laws had never been planned to regulate the relevant social relations really, but these were adopted to pursue some other purposes, for instance, like creation of mass feeling that political

²⁵ V.D. ZOR'KIN, *Issues of constitutional*, cit., 8.

²⁶ A.I. HERZEN, *Collected Works*, VII, Moscow, 1956, 251.

promises alleged through election process are being fulfilled. In these cases, one can talk about the legal idealism.

As a dramatic result, legal nihilism and legal idealism being deeply rooted in Russian society due to their mutual influence of one to another, – from the government to people, and from people to the government, – attain a trait of self-reproducing phenomenon, that is highlighted by M.O. Khazamov quite precisely: «The government through the names of governing elites is neglecting the interests and rights of individuals and their associations in a purely nihilistic manner, whereas individuals and their associations attain the skills to ignore the legal demands of the government in the same nihilistic manner»²⁷.

Trying to reflect aforementioned situation in Russia, the inevitable conclusion is that the distorted legal consciousness of ordinary people is a kind of survival for the Russian bureaucracy. The lack of mass legal culture amongst Russian people and negation of legal rules by one part of populace as well as making legal provisions a fetish by others devalue the necessity of effective implementation of laws, and it consequently gives to elites much more opportunities to enjoy their own interests, which could be rather distant from real needs of ordinary people. Considering this aspect, professor N.I. Matuzov expressed the following: «Now, we are witnesses of *legal cynicism* of governmental institutions as well as of legal nihilism of those dependent on governance»²⁸.

Due to the aforementioned background, the vital requirement is to perform some extraordinary measures to revive the mass legal consciousness of Russian people, including the measures designated to minimize the

²⁷ L.M. BELKIN, *Genesis of legal nihilism in the context of bureaucracy doctrine*, in *State and Law journal*, 10/2013, 19.

²⁸ M.O. KHAZAMOV, *Legal nihilism as a danger for social security in Russia. Dissertation of the PhD in Legal Philosophy*, Krasnodar, 2006, available at URL: <http://www.lib/ua-ru/net/diss/cont/218007.html>.

manifestations of legal nihilism and legal idealism. Otherwise, the ideas and values defining the nature of Russian constitutionalism will remain unachievable ideals in the near future and, consequently, will lose their meaning after a time and become devaluated in their majority, or will be completely rejected by the society.

The issues of establishing of an optimal balance of triple helix “individual – society – government”, highlighted above, as well as the issues of creation of the atmosphere of mutual trust between the government and people, and of overcoming the crisis of mass legal consciousness in Russia – all these encourage to pay a focused attention to one more process, which exists in the framework of Russian political system and has an immediate impact upon the real traits of constitutionalism: we should talk about permanent bureaucratization of public powers in Russia.

The bureaucratic system and people, as professor S.A. Avakian states, are immediate participants of the “competition” between formally recognized constitutional principles and ideas, on the one hand, and the effects of their real implementation on the “sub-constitutional level of legislation”, on the other hand. He also argues that «What would be great are constitutional ideas, the MPs and officials came to power will establish their own “constitutionalism”. Its general manifestations would be intended to fill in the parliament with MPs, who may become obedient after a short time [...] and the State apparatus to be reinforced with the individuals, who are like those in office already, and a candidacy for an office (yet in a stage of hiring) to be ready to become a part of corporate bureaucratic community, whose interests are in priority instead of the needs of ordinary people [...] then, finally, for both these groups – MPs and officials, – would be quite nice, if the judges to be weak with their proficiency»²⁹.

Of course, the officialdom and bureaucratism are inalienable characteristics of any State. The dialectical relations of these phenomena with the

²⁹ N.I. MATUZOV, *Legal nihilism as a life-style*, in *Law and Politics journal*, 12/2012, 2086.

Statehood and, finally, with the society excludes an opportunity of their separate existence or of eradication of one by another. Hence, in today's Russia the key constitutional task is to save the State apparatus from extremal forms of bureaucratism, which have just commenced to become real.

At the beginning of this discussion, it was highlighted that legal means providing for and maintaining the efficacy of constitutional provisions, protection of the Constitution and its stability are an important component of the nature of constitutionalism. Due to this, it is worthy to pay the attention to the current increase of revisionist claims in Russian political and legal writings. One can hear from academic writers and politicians various calls to change the Constitution of Russia more and more often, and what is significant, they call to change it dramatically, by *tabula rasa* principle.

Apologists of this idea argue that constitutional changes are the only way to modernize Russia comprehensively. However, at the same time, it is evident that the dramatic and comprehensive change of the Constitution of Russia is unable itself to settle the issues of modernization and development of society and the government. For that, a complex of political, economic, socio-cultural and, finally, namely legal means is needed. A try to replace the "bad" Constitution by a "good" one is nothing but the manifestation of the same legal idealism in a gross way, when we could talk about the distortion of fundamentals of Russian societal public order by the idealistic legal consciousness. That's why those calls to change the Constitution of Russia dramatically do not deserve even to be considered as a half measure indeed.

A very often and almost ubiquitous lack of intentions and actual measures to implement into real life the current Constitution is the reason of evident distinctions between the constitutional provisions and actual legal reality in Russia today. From this perspective, one cannot but agrees with the opinion of professor V.D. Zor'kin, who criticizing revisionist views upon the current

Constitution argues that « [...] Having no experience to live with a “bad” Constitution, you can't learn to live under any Constitution at all»³⁰. Furthermore, he underlines also that «Sooner or later we ought to restore the Rule-of-Law. And namely, in a common civilizational sense. Hence, when we will return to the idea of Law as a vital foundation of pure human being, we ought to raise a necessary question of whether the “*tabula rasa*” principle is or not a cornerstone of the current lawlessness and whether it is based or not on a horrible doctrinal fake, which resulted in the degeneration of contemporary societies? Or, at least, was it helpful for this degeneration?»³¹.

Sustainability and stability of a constitution, which is the foundation of a national legal system of a country as well as of social and governmental institutions existing there, is, in turn, a reliable guarantee of the stability of all these mentioned above, and a significant factor of social integrity and progressive development on the whole.

Due to this aspect, it is worthy to refer to one more expression of professor V.D. Zor'kin, who stresses that «A sustainable Basic Law of a country, to which lawyers as well as politicians and ordinary people are addressed permanently, become step-by-step one of the key symbols of legal identity of this nation [...] Namely due to this reason, nations exercise an overall changes of their constitutions in those cases only, when such changes are being dictated urgently by a new social reality. In all other cases nations make minimal “local” amendments only or merely clarify the interpretations of some relevant basic constitutional provisions to adapt them to the changing social needs. [...] The Constitution of Russia contains a set of provisions, which provide for quite enough potential to maintain the progressive legal development in this country. The Constitution provides for several simultaneous opportunities as to make certain clarifications of the

³⁰ S.A. AVAKIAN, *Constitutionalism and bureaucratization of public authority*, in *Lomonosov Moscow State University's Herald*, Series 11 Law, 1/2014, 64.

³¹ V.D. ZOR'KIN, *Civilization of Law and Development of Russia*, cit., 55.

“clauses” of social contract as to realize appropriate amendments, which develop our society and the government to become closer to the highest worldwide achievements attained in the fields of politics and Law»³².

That’s why a comprehensive implementation of legal potential of the current «Constitution mostly depends on whether *the balance between stabilizing and renovating functions of it* would be found in right or wrong proportions. Finally, it is a question of reasonable and effective limitations, manifestations and legal means of adaptation of commonly recognized patterns of contemporary constitutionalism to highly complicated reality of our Russian day-to-day life»³³.

Thus, it is impossible to see any other way for legal renovation of today’s Russia, then the way of evolutionary and scrupulous reasonable development of society and the government on the basis of the current 1993 Constitution.

4. Conclusion

In conclusion, it should be noted that picture of today’s Russian constitutionalism, which was “painted” above, has inevitable and natural impact upon the legal system of Russia overall. It is a doubtless fact, that Russian laws being based upon the constitutional fundamentals and thus forming a natural monolithic integrity should overcome the contemporary challenges, mentioned above, on their sub-constitutional level as well. In this context, the frontier task is to provide more comprehensive implementation of constitutional provisions within the different branches of Russian Law and to decrease a break between the Constitution of Russia and statutes, sub-law acts and acts of law execution, because this distance became recently too oppressive and dramatic in many cases.

³² *Ivi*, 188.

³³ V.D. ZOR’KIN, *Issues of constitutional*, cit., 6-8.

It is also undoubted that the leading role in these processes is on the institutions of constitutional justice. Moreover, this role is not limited to adoption of judgments on the issues of constitutional compliance only; it implies also the powers to elaborate the constitutional interpretations of laws in question. Besides, there is almost inexhaustible potential to make branches of Russian Law and law execution practices closer to each other, by widening the opportunities for direct use of the constitutional provisions in day-to-day legal practice. It would undoubtedly reflect the urgently needed positive effects as on the level of mass legal consciousness in Russia, as upon other current tendencies in our society.

However, we, Russians, should do yet the great steps in this direction. And these steps should be done by not only lawyers, theorists or politicians but also the institutions of civil society as well as ordinary citizens, because it is a frontier challenge of legal modernization of Russia, and today, this constitutional civil duty is laid upon each Russian citizen – without any exceptions.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

PERSIO TINCANI

Bēowulf e Grendel: il nemico e il suo doppio

ABSTRACT - The *Bēowulf*, one of the most important Anglo-Saxon poems, shows a very peculiar kind of enemy: the terrible ogre Grendel. Grendel is the father of all the enemies of the humankind, the brood of Cain, and the poet describes him as the Evil itself. In this article, I propose a new interpretation of this poem as a political-juridical poem, focusing on the figure of this character: in my opinion, Grendel is the reification of the disorder, and so is more properly described as an enemy of society and of civilization. The problem with Grendel is that he can't be fought with the rules of the law, because the law is that who Grendel denies and refuses. But the king is the lord of the law, and he can't fight ignoring the law. The only way to succeed in this struggle against the disorder and to save the society and the civilization is to accept to set the rules apart, and this can be done only by a foreign warrior, the Swedish hero Bēowulf. Bēowulf is exceptional, and so he is the only one who can face Grendel, as well exceptional, in a battle field where the struggle runs without any rules, and where the eye of the king can't see.

KEYWORDS - Bēowulf, rule of law, society, civilization, juridical poem.

Bēowulf e Grendel: il nemico e il suo doppio**

SOMMARIO: 1. *Il poema*; 2. *Il rifiuto delle regole*; 3. *Il Bēowulf come poema cristiano e come documento storico*; 4. *Grendel, il nemico*; 5. *Senza regola, per la regola*; 6. *Gli abitanti dell'Altrove*.

1. *Il poema.*

Il *Bēowulf* è uno dei più antichi poemetti inglesi, il più lungo che si conosca scritto in Alto Inglese (in una variante dell'Alto Inglese, per la precisione). Il manoscritto più vecchio che lo contiene è un codice datato intorno all'anno Mille che comprende anche altri testi, ma il poema è stato scritto alcuni secoli prima¹.

La vicenda è ambientata in Danimarca verso la metà del sesto secolo, ed è improbabile che il *Bēowulf* sia stato composto molto più tardi, dato che i

* Professore associato di Filosofia del diritto presso l'Università di Bergamo (persio.tincani@unibg.it).

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Molte le ipotesi sull'autore del *Bēowulf* e sulla data della sua composizione. Per queste si veda, per es., R. NORTH, *The Origins of Beowulf. From Vergil to Wiglaf*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2006. La tesi sostenuta da North è che sia stato composto da Eanmund, abate di Breedon on the Hill, nell'inverno tra l'826 e l'827. Tra le ipotesi sull'identità dell'autore, anche quella che ciascuna delle tre battaglie di *Bēowulf* descritte nel poema (contro Grendel, contro la madre di Grendel, contro il drago) sia stata composta da una persona diversa. Gli episodi sarebbero poi stati collegati l'uno all'altro da altri autori, con l'aggiunta delle necessarie digressioni narrative. Su questo v. H. BLOOM, *Bloom's Guides: Beowulf*, Infobase, New York, 2008, 9 ss. Secondo altre ipotesi, la data della composizione del *Bēowulf* sarebbe da collocare prima della fine dell'Ottavo secolo; così, per es., P. BOITANI, *La letteratura del medioevo inglese*, Carocci, Roma, 2001, 17.

riferimenti ad altre storie che sono stati individuati dalla critica non rimandano mai a poemi o a racconti più recenti del quinto secolo².

La storia, in breve, è questa. Un re, Hroðgar³, fa costruire un bellissimo palazzo, una reggia che chiama Il Cervo. Nella reggia si fanno delle grandi feste, che a volte durano per più giorni di fila, e i suoni dei divertimenti vengono sentiti dall'orco Grendel, un essere malvagio e mostruoso che vive in una palude lontana e desolata⁴. Grendel non è un orco qualsiasi, ma è la personificazione del Male, un "Nemico Infernale", un discendente di Caino che ha generato tutti i mostri che muovono guerra a Dio⁵.

Grendel si apposta nell'ombra e aspetta che nella reggia tutti dormano. Poi entra, rapisce trenta vassalli nel sonno e «trionfante del suo furto [...] se ne tornò a casa sua, carico di cadaveri»⁶. Le incursioni si ripetono una notte

² B.S. PHILLPOTTS, *Wyrd and Providence in Anglo-Saxon Thought*, in R.D. FULK, *Interpretations of Beowulf. A Critical Anthology*, Indiana University Press, Bloomington - Indianapolis, 1991, 2-3.

³ Le trascrizioni del nome del re sono almeno due: Hrothgar e Hroðgar. In questo testo ho adottato la seconda, perché è quella scelta da Ludovica Koch, autrice dell'edizione critica del *Bēowulf* che ho utilizzato. Hroðgar è il nome di un re danese leggendario che sarebbe vissuto tra il V e il VI secolo, e che compare, oltre che nel *Bēowulf*, in molti altri poemi e saghe.

⁴ La descrizione delle sale e delle feste che lì si svolgono è più diffusa nella prima parte del *Bēowulf* (quella "danese") e appena accennata nella seconda parte (la "svedese", dopo il rientro di *Bēowulf* in patria), dove della sala nella reggia dei Geati vien detto soltanto che è "splendida" (Bold waes betlic, «costruita in modo eccellente»), v. H. MAGENNIS, *Images of community in Old English poetry*, Cambridge University Press, New York, 1996, 61. Il riferimento è a L. KOCH, *Beowulf*, Einaudi, Torino, 1987, 168. [1925].

⁵ L. KOCH, *Beowulf*, cit., 13 [100-115].

⁶ *Ivi*, p. 16 [124-25]. Nello schema di Propp, questo è il momento in cui comincia la narrazione vera e propria che viene avviata da un'azione dell'antagonista (Grendel) dell'eroe. La prima incursione di Grendel assomma molte delle figure narrative con questa funzione individuate da Propp: il rapimento, il saccheggio e la devastazione, l'assassinio, il pasto cannibalesco, il tormento durante la notte, la dichiarazione di guerra (intesa, questa, in senso molto ampio, come fa lo stesso Propp che considera per questo scopo equivalenti

dopo l'altra, finché il re e i suoi si rassegnano ad abbandonare ogni sera il palazzo, e ogni notte Grendel vi si stabilisce⁷. I danesi non tentano nemmeno di affrontare l'orco per riconquistare la reggia, ma dalla Svezia arriva per nave un guerriero fortissimo, Bēowulf appunto, che viene incaricato della missione. Bēowulf affronta Grendel e lo uccide, riconsegnando la reggia a Hroðgar. La vicenda prosegue con la madre di Grendel che tenta di vendicare il figlio, ma viene uccisa da Bēowulf in una battaglia condotta dentro la tana del mostro, in fondo alle acque. Passano gli anni e Bēowulf, che nel frattempo è tornato a casa ed è diventato re, parte per andare a sconfiggere un drago, ci riesce ma perisce anch'egli nell'impresa.

2. *Il rifiuto delle regole.*

Già dalle prime pagine del poemetto emerge un aspetto che appare contraddittorio. Grendel abita in una landa lontana, collocata addirittura oltre i confini della civiltà umana, assieme a tutti gli altri mostri che costituiscono la sua progenie. Eppure, da questa terra lontanissima, l'orco sente i rumori delle feste che si svolgono nella reggia del Cervo. Compie le sue incursioni di notte, e prima che il sole sorga è già tornato a casa sua, carico di cadaveri. Questa lontananza, la distanza che separa la reggia dalla laguna di Grendel, non può quindi essere davvero così ampia: Grendel, insomma, non è lontano, ma è dietro l'angolo.

La contraddizione, però, è soltanto apparente, perché la distanza non è da intendere in senso fisico ma in senso simbolico o, meglio ancora, concettuale. Da un lato ci sono la reggia e la civiltà degli uomini, con il loro ordine e con le loro regole; dall'altro lato c'è Grendel, che incarna la

l'invasione di un esercito nemico e l'assalto di un drago). Si veda V.J. PROPP, *Morfologia della fiaba*, trad. di G.L. BRAVO, Einaudi, Torino, 2000, 37-40.

⁷ Il punto, in realtà, non è chiarissimo: verso l'inizio del poemetto si legge che il palazzo fu abbandonato, ma all'arrivo di Bēowulf il re lo riceve nella reggia. La maggior parte dei passaggi che tratta di questo attesta che Hroðgard e la sua corte abbandonassero ogni sera la reggia per farvi ritorno con la luce del sole, ma qualche contraddizione rimane.

negazione dell'ordine della civiltà umana e che le regole le viola tutte, perché semplicemente non le considera. Si pensi ai versi, in questo senso molto espliciti, che descrivono la vittoria di Grendel su re Hroðgar.

«Così spadroneggiava, calpestando il diritto,
lui solo contro tutti: finché restò deserta
la fabbrica più splendida. E passò molto tempo:
dodici lunghi inverni rimasticò la rabbia,
l'amico degli Scyldingas⁸. Patì tutte le pene,
l'estremo dell'angoscia: perché corse la voce
fra i figli degli uomini, in canzoni luttuose,
pubblica, ovunque: Grendel minacciava da tempo
Hroðgar, portava odiose violenze, faide e crimini
Da molti anni: una guerra interminabile.
E non veniva a patti con nessun uomo
Delle forze danesi: smettere quello scempio,
compensare le perdite. (Certo, nessun consigliere
avrebbe mai sperato l'indennizzo più splendido,
da quelle mani assassine). Ma l'Orco seguiva
la sua persecuzione: ombra buia di morte,
tendeva agguati e trappole ai giovani e agli esperti.
Teneva a notte eterna gli acquitrini nebbiosi:
nessuno si figura dove volgano i passi,
gli intimi dell'Inferno⁹».

Gli "acquitrini nebbiosi", la palude dove Grendel vive, è da lui tenuta sempre nascosta, al buio, perché nessuno possa sapere dove si trovino "gli intimi dell'Inferno", cioè i nemici della convivenza umana. Questi, così, in qualsiasi

⁸ Hroðgar, re degli Scyldingas (i Danesi).

⁹ L. KOCH, *Beowulf*, cit., p. 17 [143-64].

momento possono venire allo scoperto e attuare il loro progetto, che è sempre uno solo, e cioè quello di compiere la distruzione che avviene mediante il totale rifiuto delle regole, o meglio mediante il totale disinteresse per esse.

Nel passo citato si legge che Grendel non compensa le perdite, ma che nessuno si sarebbe aspettato che da quelle mani potesse mai arrivare un indennizzo. Il riferimento è a uno degli istituti centrali degli antichi diritti germanici, il guidrigildo (*Wergild*), che costituisce un freno alla catena di violenza che segue un torto, in quanto il torto innesca la vendetta. L'altro freno è rappresentato dalla *faida*, che sebbene abbia finito per indicare una vendetta infinita (spesso tra due gruppi famigliari) nasce e si organizza in ambiente germanico come complesso di regole che consentono a determinati soggetti di vendicarsi dei torti su soggetti altrettanto determinati e che, soprattutto, stabiliscono quando la vendetta legittima deve considerarsi compiuta. Va da sé che un sistema di punizione affidato per intero alle parti lese sia di difficile controllo: nella *faida*, la reazione del danneggiato (o della sua famiglia) può essere considerata eccessiva da parte del gruppo al quale appartiene il colpevole, che quindi può ritenere (a torto o a ragione) di aver diritto a sua volta di vendicarsi, innescando un crescendo di violenza che è proprio quello che la regolamentazione della vendetta vuole impedire.

Sotto questo aspetto – interrompere la violenza e mantenere l'ordine sociale – il guidrigildo è uno strumento molto più efficace. Se è stabilito che per un certo danno deve essere pagata una certa somma, non c'è molto spazio per le valutazioni soggettive: se la somma viene pagata, la questione è conclusa e nessuno dei soggetti coinvolti ha più titolo per pretendere dagli altri alcunché.

«Questo *Wer-gild*, o prezzo del sangue, non si può dire in alcun modo che fosse una multa inflitta come punizione per il delitto commesso; esso non era altro che una compensazione data per indurre la parte lesa a rinunciare ai suoi diritti di vendetta, e l'interesse che in esso la società sentiva di avere

consisteva non nella repressione del delitto, ma nel mantenimento della pace, che si otteneva coll'evitare lotte interminabili di famiglie fra di loro ostili»¹⁰. Il *Wergild* mostra di funzionare piuttosto bene e si riscontra in tutta l'area del Nord Europa. Tutti conoscono l'Editto di Rotari del 643 e la sua codificazione del *Wergild* come strumento sostitutivo della faida (che nell'editto viene proibita), ma l'istituto è presente in tutte le legislazioni barbariche medievali, spesso codificato in molto molto minuzioso: «ogni attentato alle persone ed alle proprietà ha una tariffa sua propria, dal furto di un maialetto di latte all'occupazione armata di un podere, e dalla ferita inferta al dito mignolo al più atroce dei parricidi. Nei vari codici del paese di Galles, dove ogni pelo strappato alle ciglia viene valutato un penny, si può scorgere fino a qual punto questa compensazione veniva applicata»¹¹.

Non pagare il guidrigildo, dunque, non è una colpa secondaria rispetto a quella del delitto, perché produce un danno sociale molto più profondo di quello che può derivare da un delitto, anche da un delitto molto grave. Il guidrigildo, infatti, è il centro del sistema giuridico germanico, nel senso molto importante di essere un elemento necessario della concezione della persona adottata in quel sistema. Il concetto di persona, almeno in Occidente, si deve al diritto romano, e deve essere intesa come una finzione giuridica, un artefatto sul quale si strutturano tanto il diritto quanto il sistema di relazioni che sono interessate dal diritto o che interessano il diritto¹². Mentre, però, il diritto romano aveva nettamente escluso *in homine libero* la *corporis aestimatio*, «nella concezione barbarica il corpo dell'uomo libero ha una propria valutazione economica, *guidrigildo*, che varia secondo la classe sociale cui egli appartiene»¹³. Se il *wergild* è un

¹⁰ H.C. LEA, *Storia dell'intolleranza e della violenza legale. Duelli, ordalie e torture nei tribunali d'Europa*, trad. di P. CREMONINI, I Dioscuri, Genova, 1989, 7.

¹¹ *Ibidem*.

¹² P.A. FRENCH, *Status*, in C.B. GRAY, *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*, Routledge, London - New York, 2012, 840.

¹³ F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, 26.

istituto giuridico che viene concepito per la riparazione delle lesioni corporali o delle uccisioni mediante l'imposizione al colpevole del pagamento di una contropartita in denaro¹⁴, il suo sviluppo, come si è visto, finisce per renderlo una sorta di regola aurea alla quale ricorrere ogni volta che viene compiuto un torto.

Chi non paga il guidrigildo quando è tenuto a farlo, dunque, commette un altro illecito. Ma Grendel fa di più, perché, come ci dice l'autore del *Bēowulf*, «calpesta il diritto» e non considera il guidrigildo una regola da rispettare. Il suo comportamento, quindi, è più grave e ben diverso da quello del più efferato dei delinquenti, perché è un atto che rappresenta la non accettazione dell'ordine sociale. Questa, insomma, è la distruzione che Grendel produce: la distruzione dell'ordine, non solo la distruzione delle vite e delle cose. E questa distruzione egli la porta con sé ovunque vada, perché egli stesso è non-ordine, nemico assoluto che rifiuta la costruzione giuridica dell'istituzione; una costruzione artificiale, certo, ma indispensabile e fondamentale.

3. *Il Bēowulf come poema cristiano e come documento storico.*

Nel suo celebre saggio del 1936, *The Monster and the Critics*, John R.R. Tolkien osserva che il *Bēowulf* è stato studiato poco come un poema in sé, perché gli studiosi si sono concentrati per lo più sul suo valore come documento storico e hanno trascurato l'analisi letteraria vera e propria. Questo non significa che i critici abbiano creduto che in passato in Danimarca siano esistiti orchi e draghi, ma che hanno individuato nella lettura del *Bēowulf* uno strumento importante per conoscere la struttura sociale e politica della civiltà danese – e in generale della civiltà germanica – dell'epoca. Come esempio di questo atteggiamento, Tolkien riferisce le

¹⁴ V. per es. M. SCOVAZZI, *Il diritto islandese nella Landnámabók*, Giuffrè, Milano, 1961, 181, che distingue tra il Wergeld e la Busse (il risarcimento dovuto per delitti diversi dall'assassinio) nel diritto islandese altomedievale.

parole di Archibald Strong, autore di una traduzione del *Bēowulf* in versi, che scrive che «il *Bēowulf* è il ritratto di un'intera civiltà, della Germania descritta da Tacito. La principale ragione di interesse che il poema ha per noi, così, non è di tipo puramente letterario. Il *Bēowulf* è un importante documento storico»¹⁵. La critica di Tolkien è chiara, ma altrettanto chiaro è che essa non intende affatto negare il valore di documento storico del poema, valore che del resto egli stesso riconosce esplicitamente¹⁶.

È ovvio che ciò non significhi che il *Bēowulf* possa essere usato come una fonte. Nel poema non ci sono riferimenti ad avvenimenti o a personaggi storici, anche se è stato ipotizzato che la figura dell'eroe – Bēowulf, appunto – sia ispirata a quella del figlio di un re vichingo, che aveva un debito verso un re danese che lo aveva protetto. Di fatto, però, nel *Bēowulf* non compaiono nomi di personaggi storici, con l'eccezione di Hygelac (zio di Bēowulf, nel poema), un re dei Geati morto nel 521¹⁷. Il valore del *Bēowulf* come documento storico, come abbiamo appena visto, sta però nel suo descrivere la civiltà dell'epoca sia sotto il profilo istituzionale che sotto il profilo culturale.

Il *Bēowulf* è un poema cristiano? In parte sì, sebbene in un senso molto diverso dai poemi germanici cristiani composti in un periodo successivo. Il poema «evita ogni menzione di Gesù Cristo, e tutte le sue citazioni bibliche sono dell'Antico Testamento [...] Grendel e la sua perfino più perversa madre sono discendenti di Caino, ma non sono descritti come nemici di Cristo. Nemmeno il drago della conclusione del poema può essere in alcun modo identificato con il drago del Libro dell'Apocalisse»¹⁸. Tuttavia, l'Antico Testamento si diffonde nel nord attraverso il cristianesimo, che lo considera un testo sacro al pari del Nuovo, e perciò possiamo senza dubbio annoverare

¹⁵ J.R.R. TOLKIEN, *The Monster and the Critics*, in D.K. FRY, *Beowulf Poet. A Collection of Critical Essays*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs NJ, 1968, 10.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ H. BLOOM, *Bloom's Guides: Beowulf*, cit., 9.

¹⁸ *Ivi*, 7.

il *Bēowulf* tra i poemi cristiani, nonostante il suo autore non citi mai Cristo né il Vangelo.

Certo, si tratta di un poema cristiano intriso di religiosità e di mitologia pagana, ma anche in questo sta il suo valore di documento storico perché la penetrazione del cristianesimo tra i germani avvenne in modo molto graduale, convivendo a lungo con i culti e con le credenze diffuse in precedenza presso quelle popolazioni¹⁹. Se il poema è cristiano (sia pur di un cristianesimo spurio) non è però cristiana la società che descrive, come si evince da molti passaggi narrativi. Per esempio, nel finale del capitolo II (secondo la divisione di Koch) si legge che per far cessare la minaccia di Grendel, i notabili studiarono molti progetti e

«a volte, organizzavano
Sacrifici idolatri nei templi degli dei:
pregavano a gran voce che l'Assassino di anime
gli venisse in soccorso contro il Flagello pubblico.
Queste erano le usanze, le chimere pagane;
nell'umore della mente rievocare l'Inferno.
Non conoscevano l'Arbitro, il Giudice dei fatti:
ignoravano Dio, non sapevano adorare
l'Elmo dei Cieli, il Padrone della Vittoria²⁰».

¹⁹ Molti i passaggi che mostrano una mescolanza (non un sincretismo) tra le credenze cristiane e le credenze germaniche nella religiosità dell'autore. Si pensi, per esempio, alla compresenza in uno stesso passaggio o addirittura in una stessa frase del richiamo a Dio e del culto delle rune. Quasi in conclusione del cap. IV, la sentinella si congeda da Bēowulf e dai suoi dicendo «il Padre onnipotente vi protegga e vi salvi con rune favorevoli», L. KOCH, *Beowulf*, cit., 31 [316-17]. E ancora, in apertura del cap. VII, Hroðgar accoglie l'eroe dicendo «con rune favorevoli sei venuto a trovarci» e subito dopo, mentre gli racconta della crisi causata da Grendel, dice che «Dio può mettere fine facilmente alle gesta di quel Flagello folle», *ivi*, 43 [458, 478-9].

²⁰ *Ivi*, 19 [174-183].

I notabili pregano un dio sbagliato (l'Assassino di anime, una denominazione che potrebbe far pensare al demonio, è forse Odino) perché non conoscono il dio dei cristiani, che evidentemente l'autore invece conosce. Inseguendo "le chimere pagane", i danesi non ottengono nessun risultato; ma "queste erano le usanze" di quel popolo non ancora cristianizzato, e perciò non ancora al riparo dalle astuzie e dai piani distruttori dell'Avversario con il quale, non dimentichiamolo, Grendel viene spesso identificato²¹.

4. *Grendel, il nemico.*

Che Grendel sia malvagio non vi è dubbio, e nemmeno vi è dubbio sul fatto che sia un nemico forte e pericoloso. Tuttavia, la sua estrema pericolosità non sta nell'essere un nemico più potente di altri, ma nell'essere un nemico *di tipo diverso* da ogni altro. Un primo indizio in questo senso è l'apparente contraddizione della descrizione della distanza che separa la civiltà dal luogo abitato da Grendel con la descrizione della prossimità fisica tra i due luoghi, che addirittura sembrano condividere lo stesso spazio, della quale si è già detto. Un altro indizio è il fatto che nessuna difesa possa essere possibile contro il mostro: i danesi, anzi, neppure provano a contrastarlo. I sapienti studiano un piano dopo l'altro ma, a parte pregare gli dei, non ne attuano nessuno. L'arrivo di Grendel, infatti, viene descritto come una sconfitta, non come una minaccia da affrontare: una volta arrivato Grendel sembra che i guerrieri danesi possano solo sperare che se ne vada, oppure escogitare un piano per farlo ritornare nelle sue terre. Colpisce che guerrieri presentati come forti e vittoriosi (la costruzione della reggia celebra una vittoria militare) appaiano impotenti di fronte a un avversario che, per

²¹ Esiste anche l'ipotesi che il poema, in origine non cristiano, sia stato cristianizzato in seguito dai copisti. V. per es. S.M. CARLSON, *The Monsters of Beowulf: Creations of Literary Scholars*, in *The Journal of American Folklore*, 80, 318, 1967.

quanto forte possa essere, è in definitiva uno soltanto. Mai nel poema lo fronteggiano, neppure si trovano mai nello stesso posto, loro e lui. L'impossibilità di combatterlo, così, è assoluta: i mezzi consueti non servono, perché Grendel non è un nemico consueto.

La teorizzazione di Carl Schmitt può essere di aiuto per tentare di chiarire che cosa rappresenti Grendel nel poema. Schmitt, come noto, incentra il "politico" attorno alla distinzione amico/nemico; il confine che definisce il politico è la linea che separa i due termini, dove per "nemico" si deve intendere il nemico pubblico, cioè il soggetto nemico di tutti i componenti della società e di tutta la società intesa come un soggetto unitario. Secondo Schmitt, «il significato della distinzione di amico e nemico è di indicare l'estremo grado di intensità di un'unione o di una separazione, di un'associazione o di una dissociazione»²². Secondo questa prospettiva, la società non si fonda sull'amicizia, direttamente, ma sull'inimicizia, in modo indiretto: ciascuno dei membri della società ha rapporti di amicizia e rapporti di inimicizia *privati* con gli altri membri, ma la società si definisce proprio per il fatto che tutti i membri hanno gli stessi nemici *pubblici*, indipendentemente da quali nemici privati ciascuno di essi abbia. La formazione sociale, anzi, può essere definita proprio in questo modo: un gruppo costituito sul fatto che ogni individuo che lo compone ha uno stesso nemico (o gli stessi nemici), indipendentemente dal fatto che ciascuno dei componenti del gruppo abbia altre inimicizie. Schmitt, infatti, mostra che il concetto di "nemico" come non-amico è in realtà un concetto complesso, che ne ricomprende due. Non-amico, infatti, indica tanto il nemico privato (*inimicus*) che il nemico pubblico (*hostis*). Per la contrapposizione che, secondo Schmitt, fonda il politico non conta il primo ma il secondo – l'*hostis* –, che quindi è il solo che può essere definito, per questi fini, "nemico":

²² C. SCHMITT, *Il concetto di "politico" (1932)*, in C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972, 109.

«Nemico non è il concorrente o l'avversario in generale. Nemico non è neppure l'avversario privato che ci odia in base a sentimenti di antipatia. Nemico è solo un insieme di uomini *che combatte* almeno virtualmente, cioè in base a una possibilità reale, e che si contrappone ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere. Nemico è solo il nemico *pubblico*, poiché tutto ciò che si riferisce ad un simile raggruppamento, e in particolare a un intero popolo, diventa per ciò stesso pubblico. Il nemico è l'*hostis*, non l'*inimicus* in senso ampio [...]. La lingua tedesca, come altre, non distingue tra “nemico” privato e politico, cosicché sono possibili, in tal campo, molti fraintendimenti ed aberrazioni. Il citatissimo passo che dice «amate i vostri nemici» (Mt 5, 44; Lc 6, 27) recita «diligite *inimicos* vestros» [...], e non «diligite *hostes* vestros»: non si parla qui del nemico politico. Nella lotta millenaria fra Cristianità ed Islam, mai un cristiano ha pensato che si dovesse cedere l'Europa, invece che difenderla per amore verso i Saraceni o i Turchi. Non è necessario odiare personalmente il nemico in senso politico, e solo nella sfera privata ha senso amare il proprio “nemico”, cioè il proprio avversario»²³.

È chiaro che Grendel non è *inimicus*, ma *hostis*. La sua inimicizia è pubblica, e inoltre egli viene “da fuori”: Bēowulf, quando parte per cercare la madre di Grendel nella palude dove questi viveva, «perlustrava il paese delle Creature di Fuori»²⁴ – e i riferimenti al fatto che Grendel viva oltre i confini sono molto numerosi nel poema – e ciò rafforza la sua descrizione come straniero (e straniero nemico) rispetto alla società dei danesi. Tuttavia, proprio il fatto che egli viva “fuori”, in una “landa lontana” e che questo “fuori” sia in realtà ben all'interno dei confini fisici, lo descrive come un nemico di tipo molto particolare, che rientra a fatica nella classificazione che colloca l'*inimicus* all'interno dei confini e l'*hostis* al di fuori di essi.

²³ *Ivi*, 111-112.

²⁴ L. KOCH, *Beowulf*, cit., 133 [1500-01].

È ancora l'analisi schmittiana che può aiutare a fare chiarezza:

«Il compito di uno Stato normale consiste [...] soprattutto nell'assicurare all'interno dello Stato e del suo territorio una pace stabile, nello stabilire "tranquillità, sicurezza e ordine" e di procurare in tal modo la situazione *normale* che funge da presupposto perché le norme giuridiche possano aver vigore, poiché ogni norma presuppone una situazione normale e non vi è alcuna norma che possa aver valore per una situazione completamente abnorme nei suoi confronti.

Questa necessità di pacificazione interna porta, in situazioni critiche, al fatto che lo Stato, in quanto unità politica, determina da sé, finché esiste, anche il "nemico interno". In tutti gli Stati esiste perciò in qualche in qualche forma ciò che il diritto statale delle repubbliche greche conosceva come dichiarazione di πολέμιος e il diritto statale romano come dichiarazione di *hostis*: forme cioè più o meno acute [...] di bando, di proscrizione, di estromissione dalla comunità di pace, di collocazione *hors la loi*, in una parola di *dichiarazione di ostilità* interna allo Stato»²⁵.

Grendel rientra in questa categoria, quella del "nemico interno"; per la precisione, in quella del "nemico *pubblico* interno" perché con l'*hostis* condivide l'essere nemico di tutto il popolo e con l'*inimicus* lo stare nel medesimo spazio nel quale il popolo risiede. La presenza di Grendel fa uscire la società dalla normalità perché esso stesso, Grendel, è anormale, nel senso che la sua diversità consiste nel suo essere fuori-norma, e per questo la sua esistenza si traduce nella riaffermazione del conflitto all'interno della civiltà, che è ciò che sorge quando il conflitto è stato abbandonato perché disciplinato in un sistema di regole che lo ha trasformato in qualcosa d'altro. Il diritto è lo stato, nel senso che lo stato nasce quando nasce un sistema di regole che «definisce lo spazio del conflitto, lo separa dal mondo ordinario

²⁵ C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, cit., 129-130.

delle relazioni sociali, ne delimita la forza e la violenza»²⁶. Il conflitto è nella sua essenza guerra, possibilità concreta di combattimento, e le regole del diritto possono maneggiare il conflitto solo dopo che questo è stato reso domestico e trasformato in controversia. «Il trattamento del conflitto equivale al suo inserimento in uno schema normativo prefissato: una volta che il fenomeno viene ricondotto all'interno della cornice delle norme giuridiche [...], avviene la trasformazione del conflitto in controversia. Nella stessa definizione di controversia giuridica è implicata la sua risoluzione»²⁷, mentre niente del genere può essere detto del conflitto, che può espandersi e protrarsi all'infinito. Questo, si ricorderà, il motivo che ha condotto all'introduzione del *wergild*: sostituire la vendetta, potenzialmente infinita, con la compensazione, cioè trasformare il conflitto in controversia, addomesticandolo in una procedura.

Quando Bēowulf arriva nella reggia di Hroðgar, nel salutare il re dice di aver sentito parlare nella sua terra del “problema di Grendel”, “Grendles *þing*”, dove la parola “þing” (come la sua grafia alternativa “ðing”, pure presente nel poema) ha anche il significato di “controversia”²⁸; e poco dopo dichiara: «ond nú wið Grendel sceal, wið þám ágláeca ána gehégan *ðing* wið þyrse»²⁹, e adesso sono obbligato (*sceal*) a chiudere da solo la controversia (*ðing*) con la bestia.

Grendel non ha nessuna intenzione, e neppure nessuna capacità, di adempiere al proprio obbligo giuridico perché l'orco, come abbiamo visto, è eccessivo, fuori-norma. Fuori-norma è però anche Bēowulf, l'eroe che lo combatte. *Ēacen*, eccessivo, portentoso, smisurato: «in tal modo l'autore anonimo del poema definisce Bēowulf [...], con un aggettivo che ha in sé un

²⁶ M.A. FODDAI, *Dalla decisione alla partecipazione. Giustizia, conflitti, diritti*, Jovene, Napoli, 2017, 32.

²⁷ *Ivi*, 33.

²⁸ L. KOCH, *Beowulf*, cit., 39 [410].

²⁹ *Ibidem*, [424-26].

senso di prodigio, ma anche di sospetto»³⁰. Bēowulf è *æbele ond ēacen*, nobile e straordinario, dove la parola *ēacen* indica anche l'accrescimento continuo di qualcosa, senza freni e senza regole. Insomma, da Grendel sembra che lo distingua il solo fatto di essere anche "nobile" nella sua anormalità, ma l'anormalità, appunto, rimane. I due personaggi hanno dunque una natura molto simile rispetto alla loro estraneità dai parametri della civiltà normalizzata, ma in questa similitudine essa presenta anche dei tratti divergenti. Bēowulf è sregolato, ma la sua sregolatezza dipende, oltre che da tratti fisici straordinari, dalla sua volontà di esser sregolato³¹. Bēowulf è straniero per i danesi, ma non è una creatura del Fuori per la civiltà umana e per la società politica: è svedese, infatti, membro della nazione dei Geati e, per di più, di stirpe regale; sebbene, come si vedrà più avanti, la sua madornale eccedenza rispetto alla misura umana fa sì che la sua appartenenza alla civiltà sia in certo senso precaria, sempre sul limite. Grendel, diversamente da Bēowulf, è espulso dall'ordine civile perché rappresenta quel disordine che deve essere rimosso affinché la società possa sorgere e possa mantenersi: «il Signore eterno [...] lo bandì, allontanandolo dalla specie degli uomini»³², e la sua estraneità rispetto alla civiltà e alla società è assoluta. Assoluta rispetto a *ogni* società e a *ogni* gruppo, tanto è

³⁰ R. ESCOBAR, *Eroi della politica. Storie di re, capi e fondatori*, Il Mulino, Bologna, 2012, 31.

³¹ In realtà le cose sono un po' più complesse di così. Bēowulf compie sì una scelta, ma affermare che si tratti di una scelta libera nel senso moderno del termine è scorretto. Egli, come tutti del resto, agisce all'interno del "wyrð", un termine che può essere con fatica tradotto nei termini di "fato", "destino", che costituisce il centro delle credenze nordiche sulle azioni compiute dagli uomini, sui comportamenti degli animali e sulle evoluzioni di ogni altra cosa, anche inanimata o immateriale. Tutto è legato assieme nel "wyrð" e tutto riceve un senso da esso, in una catena di eventi che può ricordare l'orientale karma, ma che rispetto a questo mostra di essere indifferente perfino alla scansione del tempo. Perciò, la libertà di scelta di Bēowulf sarebbe molto più simile a quella di un eroe tragico, ampiamente determinato a compiere le azioni che "deve" compiere. Sul punto v. per es. A. GALLOWAY, *Beowulf and the Varieties of Choice*, in PMLA, 105, 2/1990, 197-208.

³² L. KOCH, *Beowulf*, cit., 13 [108-10].

vero che nonostante il poeta scriva che l'orco vive nelle lande dove vivono tutti gli altri mostri (che per di più sono la sua progenie) Grendel è «il guerriero escluso dai piaceri»³³, e anche se abita con gli altri mostri è sempre «il Solitario»³⁴, perché per lui è ontologicamente impossibile essere membro di una società. Anzi, quel gruppo di demoni non può neppure essere chiamato “società”, perché in esso manca la regola, la legge, il legame con un territorio (come abbiamo visto, il “luogo” di Grendel è una figura concettuale, non uno spazio geografico)³⁵.

Bēowulf, si diceva, è straniero perché svedese. Quando approda con i suoi compagni sulle coste danesi, la sentinella lo interroga dicendogli di non aver notizia di «nessun lasciapassare» e di «nessun permesso»³⁶ rilasciato dal re, e gli intima di presentarsi. A quel punto, egli racconta le ragioni del suo viaggio (uccidere il mostro) e solo dopo aver ricevuto il permesso della sentinella, convinta dalle sue riposte, entra in Danimarca³⁷. Grendel è straniero perché è «l'Orco dell'Altrove»³⁸, quando entra lo fa senza riguardo per alcuna regola, sconfinando e «si ruba il suo pedaggio»³⁹.

Per chiarire che tipo di nemico sia Grendel e in che cosa consista la sua estraneità alla civiltà e alla società – e il pericolo per entrambe che questa sua estraneità rappresenta – è utile ricordare che, sebbene descriva una società pagana, il *Bēowulf* è un poema cristiano (sia pur nel modo di cui si è detto). Non sappiamo con certezza se l'autore cristiano del *Bēowulf* fosse un monaco, ma di certo è persona che mostra di aver dimestichezza con le Scritture, una dimestichezza testimoniata dagli abbondanti riferimenti che

³³ *Ivi*, 63 [721].

³⁴ *Ivi*, 17 [165].

³⁵ Sul legame tra territorialità e regola v. C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra. Nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, trad. di E. CASTRUCCI, Adelphi, Milano, 1991, 72.

³⁶ L. KOCH, *Beowulf*, cit., 25 [246-7].

³⁷ *Ivi*, 27-31 [258-319].

³⁸ *Ivi*, 69 [807].

³⁹ *Ivi*, 53 [597].

inserisce nell'opera; e non si tratta solo di riferimenti ai testi sacri, ma anche a testi apocrifi e a scritti teologici, ai quali il poeta spesso si appoggia e dai quali trae perfino interi episodi o intere descrizioni. Come nota Ludovica Koch, per esempio, «l'intera descrizione del lugubre paesaggio abitato da Grendel e da sua madre riprende *topoi* infernali illustri (in particolare dalla *Visio Pauli*, che a sua volta dipende dal libro VI dell'*Eneide*). Inoltre gli elementi settentrionali e gelidi, e numerosi paralleli anche verbali, rimandano a una diffusa descrizione dell'inferno nella XVII delle *Blicking Homilies* anglosassoni (che risale, a quanto pare, all'VIII secolo)»⁴⁰.

Un autore cristiano non del tutto ortodosso, ma un autore colto, dunque, che (questa è una mia ipotesi) potrebbe conoscere gli scritti di Agostino e in particolare *La città di Dio* dove, affrontando il problema del mantenimento dell'ordine sociale (nel Libro V), viene tradotta in termini politici una tesi teologica espressa nella *Prima Epistola di Giovanni*. L'argomento di Giovanni è la presenza degli anticristi all'interno della comunità cristiana: questa presenza impedisce che la comunità possa durare, è addirittura un segno del fatto che i tempi della fine sono vicini⁴¹. Agostino, come dicevo, trasforma questa tesi escatologica in una tesi politica: le società nelle quali esistono degli anticristi sono destinate alla distruzione, perché se Cristo è la regola l'Anticristo è la negazione della regola. Questi i nemici più pericolosi, quindi, e non per forza sono stranieri in senso politico, persone che varcano i confini geografici: essi possono essere *nemici interni* che vivono in mezzo a noi, nelle stesse nostre città e nelle stesse nostre case. Addirittura, come scrive Agostino nel *Terzo trattato sull'Epistola di Giovanni*, noi stessi

⁴⁰ *Ivi*, 119, n. 4. In generale, sebbene il *Bēowulf* sia il poema anglosassone che più si sofferma sulla descrizione dei paesaggi e dei luoghi fisici (negli altri, essa è per lo più accennata), si deve notare che l'autore si sofferma assai poco sulla descrizione della terra prospera degli uomini mentre si diffonde nella descrizione delle terre inospitali, infernali, dove vivono i mostri. Sul punto v. MAGENNIS, *Images of community in Old English poetry*, cit., 128.

⁴¹ *I Gv*, 2, 17-18.

possiamo essere anticristi e possiamo esserlo anche senza saperlo: gli anticristi più pericolosi, quelli davvero nocivi per le comunità sono coloro che forse non sanno neppure di esserlo e, per questo, «ciascuno deve interrogare la propria coscienza per capire se sia un anticristo»⁴². La società si presenta come un'alternativa netta al disordine e ai nemici dell'ordine, ma in realtà «la barriera tra noi e loro è spesso porosa»⁴³, e l'ordine è pertanto sempre in pericolo perché noi stessi possiamo esserne i nemici.

Nel poema, Grendel viene spesso associato con il diavolo, da Ireneo in avanti chiamato l'Anticristo. Appellativi come il Nemico, l'Avversario, il Flagello e molti altri termini con i quali nella letteratura cristiana ci si riferisce a Satana vengono spesso usati per identificare Grendel. Ma non è in questo senso che la sua figura può essere considerata un anticristo, bensì nel senso diverso – quello suggerito da Giovanni e, soprattutto, dalla trasposizione politica di Agostino – di portatore di disordine radicale, anzi di reificazione del disordine radicale. Osservata in questa prospettiva, la figura di Grendel assume un aspetto molto diverso da quello di un mostro come gli altri che affollano l'epica del Nord. Mostri disumani, certo, ma con i quali gli umani possono combattere e che quasi sempre umani molto forti o molto scaltri possono vincere, in battaglie che si svolgono con gli strumenti consueti della guerra tra gli uomini e tra gli eserciti. Grendel non è un mostro come questi, e infatti, come ho ricordato più sopra, i Danesi neppure provano ad affrontarlo. Un re, Hroðgar, figlio di un principe guerriero «feroce in guerra»⁴⁴, e a sua volta grande guerriero al quale «arrisero [...] grandi successi militari, segni di prestigio in guerra, tanto che amici e parenti gli ubbidivano lieti, mentre i giovani si facevano un seguito, grande e forte»⁴⁵, il capo di un esercito indomito, non manda contro l'Orco le sue truppe ma

⁴² Agostino, *In Iohannis Epistulam tractatus 3*, in G.L. POTESTÀ, M. RIZZI, *L'Anticristo*, Mondadori, Milano, 2012, 71.

⁴³ D. HERZOG, *Cunning*, Princeton University Press, Princeton - Oxford, 2006, 179.

⁴⁴ L. KOCH, *Beowulf*, cit., 9 [58].

⁴⁵ *Ibidem* [63-6].

soltanto si rivolge ai “consiglieri”, sapienti e sacerdoti che studiano un piano dopo l’altro ma che, alla fine, non riescono a consigliare niente di più che offrire preghiere agli dei perché l’Orco se ne vada.

Il punto è che Grendel non è un nemico che possa essere combattuto in modo *normale*, perché è la reificazione dell’anormalità. In un mondo nel quale l’ordine si fonda e si protegge con le armi, Grendel non ne fa uso. Anzi, come dice Bēowulf, «il Mostro, irriflessivo, si ride di ogni arma»⁴⁶, e ciò sia nel senso che le armi su di lui non hanno effetto sia in quello che le armi a lui non servono per causare distruzione. La normalità della società è anche la normalità del diritto e la normalità del combattimento, quando serve per respingere l’aggressore; ma l’Orco dell’Altrove è, appunto, *altrove* rispetto a tutto questo. Non viene afferrato dall’ordine costituito, nonostante viva nello stesso spazio fisico con esso: come gli anticristi di Giovanni e di Agostino, mette in pericolo l’ordine con la sua mera esistenza. E ancora, come spesso succede con quegli anticristi, può essere sfuggente anche perché può nascondersi dentro noi stessi, che in maniera inconsapevole possiamo essere in qualche modo sia Hroðgar che Grendel, sia abitanti dell’ordine che portatori del disordine che distrugge la società nella quale viviamo⁴⁷. Così come gli anticristi devono essere espulsi, compresi gli anticristi che in ciascuno di noi si possono nascondere (anche a noi stessi, avverte Agostino), il disordine deve essere eliminato dal paesaggio della società. Quando si tratta di un disordine addomesticato da un sistema di regole, lo fanno. I ladri vengono puniti, il prezzo dei criminali viene pagato, le

⁴⁶ *Ivi*, 41 [434-35].

⁴⁷ Sulla sfuggevolezza di Grendel, anche l’ipotesi che si tratti di un incubo (nel senso di *incubus*), un mostro notturno che si materializza dal nulla. Ciò è stato sostenuto sulla base di un’analisi dei significati dell’aggettivo *māere* (“famoso”) che spesso l’autore associa a Grendel e che tra i suoi significati più tardi ha anche, appunto, quello di “incubo”, che finisce per sostituirsi al precedente. Tuttavia, questo significato del termine si attesta a partire dall’ottavo secolo, perciò questa lettura perde di consistenza se il Bēowulf è, come pare, più antico. Per l’interpretazione di Grendel – *incubus*, v. N.K. KIESSLING, *Grendel: A New Aspect*, in *Modern Philology*, 65, 3/1968, 194 ss.

rivolte vengono sedate (o se risultano vittoriose instaurano un nuovo ordine), le guerre vengono vinte o vengono perse: tutte queste violazioni dell'ordine hanno un posto in una procedura, perché sono violazioni normali, appunto, previste e disciplinate da regole di vario tipo. Il disordine degli anticristi però, come il disordine di Grendel, non è un disordine normale. Non può ricevere risposta in un sistema di regole per il motivo che le regole sorgono proprio come alternativa a esso. L'espulsione, necessaria perché la società e la civiltà sopravvivano, può solo essere compiuta con mezzi nello stesso senso disordinati, anormali; ed è una risposta che non può essere data dall'ordine costituito perché facendolo esso negherebbe la propria natura e la propria legittimità.

5. *Senza regola, per la regola*

Il combattimento tra Bēowulf e Grendel, si diceva, avviene senza armi. Lo aveva anticipato, Bēowulf: «affronterò il Nemico a mani nude»⁴⁸, e nel chiuso della sala, mentre si apposta per attenderlo e per combatterlo, dichiara: «stanotte, io e lui rinunceremo alle spade»⁴⁹, e prima di appostarsi fingendo di dormire consegna ai suoi ogni sua arma, l'elmo e la corazza.

La decisione di Bēowulf di affrontare l'orco disarmato può essere presa come uno sfoggio di forza da parte dell'eroe, oppure come l'obbedienza a una sorta di regola di correttezza che impone di combattere i nemici ad armi pari (siccome Grendel non sa usare le armi, sarebbe scorretto affrontarlo armati). Le cose, però, non stanno così: Grendel è invulnerabile alle armi, perciò va combattuto in altro modo; e nessuna regola di correttezza anima Bēowulf, che infatti tende un agguato al mostro. Il punto è che questa vicenda anormale – l'avvento di Grendel – non può essere risolta con un combattimento normale. Per recuperare ancora dei termini schmittiani, la

⁴⁸ L. KOCH, *Beowulf*, cit., 41 [439].

⁴⁹ *Ivi*, 59 [683-84].

lotta tra l'eroe e il mostro avviene nello stato di eccezione, nel quale le regole (il diritto, dunque) vengono sospese. Ciò è ulteriormente sottolineato dalle parole che Hroðgar, il re, rivolge a Bēowulf nel momento in cui abbandona la sala della reggia per l'ultima volta, lasciandolo con i suoi ad attendere il mostro:

«Si salutarono, allora, fra di loro i due uomini;
a Bēowulf Hroðgar augurò la salvezza
e il dominio sopra la casa del vino. Gli rivolse
queste parole: «Mai, da quando so alzare
il braccio e lo scudo, ho consegnato la casa
della potenza danese prima di adesso, e a te.
Oggi prenditi e tieniti la fabbrica più splendida,
pensa al tuo nome, mostra coraggio e forza,
veglia, contro i nemici! Non ci saranno risparmi
sulle tue voglie, se solo superi, e resti in vita
questa grandiosa impresa»⁵⁰.

Il passaggio è chiarissimo: Hroðgar abbandona la sala, cede a Bēowulf, lo sregolato, il dominio sulla reggia (“la casa del vino”). Ed è chiaro che questo abbandono abbia un significato ben più ampio del semplice lasciare un luogo fisico, perché Hroðgar dice che non ha mai lasciato quella splendida reggia “da quando sa alzare il braccio e lo scudo”, cioè da tutta la vita adulta. Quella reggia, non dimentichiamolo, è stata fatta costruire da re Hroðgar solo poco tempo prima che cominciassero le incursioni di Grendel, quando il re era già adulto e, anzi, ben avanti con gli anni, e perciò non avrebbe nessun senso la sua affermazione se dovesse essere intesa in senso letterale. Il senso, infatti, è tutto simbolico: la reggia simboleggia la sovranità sui

⁵⁰ *Ivi*, 55-57 [652-62].

danesi, una cosa che – quella sì – Hroðgar non ha mai sospeso prima di quel momento. Con quel gesto, ancora in termini schmittiani, Hroðgar decreta lo stato di eccezione, cioè il momento a partire dal quale le regole di diritto non valgono più. Si tratta però di un abbandono della sovranità? Tutt'altro, almeno se continuiamo a seguire Schmitt per il quale, infatti, «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione»⁵¹. Questo modo di identificare il sovrano colloca il luogo della sovranità esattamente sul confine – o meglio: sul limite – tra l'ordine sociale e il disordine che, prima di essere privo di regole, è privo di quella normalità che rappresenta la condizione perché le regole possano essere fissate e perché possano funzionare. Questa stringata definizione del “sovrano” è molto nota, ed «è diventata un luogo comune, prima ancora che si fosse compreso che cosa, in essa, era veramente in questione, cioè nulla di meno che il concetto-limite della dottrina dello Stato e del diritto»⁵². Oltre il limite della civiltà, che qui possiamo intendere come il presupposto della società, le regole e le leggi non possono nulla. In termini schmittiani (attualizzati),

«dal punto di vista dello Stato di diritto non sussiste qui nessuna competenza. La costituzione può al più indicare chi deve agire in un caso siffatto. Se quest'azione non è sottoposta a nessun controllo, se essa non è ripartita in qualche modo, secondo la prassi della costituzione dello Stato di diritto [...], allora diventa automaticamente chiaro chi è il sovrano. Egli decide tanto sul fatto che sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad

⁵¹ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 33.

⁵² G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, 15.

esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa»⁵³.

Così, consegnando la reggia a Bēowulf, Hroðgar non rinuncia alla sovranità. Al contrario, ribadisce di essere il sovrano perché detiene il potere di decidere la sospensione delle regole e del diritto; in altre parole, perché detiene il potere di decidere lo stato di eccezione. Come chiarisce lo stesso Schmitt immediatamente dopo aver definito il sovrano nei termini che abbiamo visto, «con stato d'eccezione va inteso un concetto generale della dottrina dello Stato, e non qualsiasi ordinanza d'emergenza o stato d'assedio»⁵⁴, situazioni che, sebbene non quotidiane, sono però normali, in quanto per la loro gestione vengono stabilite regole. «Lo stato di eccezione non è un diritto speciale (come il diritto di guerra), ma, in quanto sospensione dello stesso ordine giuridico, ne definisce la soglia o il concetto-limite»⁵⁵, e il potere di definire questa soglia appartiene soltanto al sovrano. Nel diritto di guerra e in generale nelle legislazioni di emergenza le regole esistono eccome, e si tratta per di più di regole molto più rigide di quelle che vigono nel quotidiano (la legge marziale è proverbialmente una legislazione che non ammette deroghe, che non scusa le disobbedienze e che prevede pene molto severe che, in certi casi, possono essere irrogate mediante procedure semplificate rispetto a quelle della legislazione ordinaria), mentre lo stato di eccezione è uno spazio anomico, in cui la posta in gioco è una «forza-di-legge senza legge»⁵⁶: “forza di legge” perché il potere di decidere lo stato d'eccezione spetta al sovrano, una figura interna all'ordinamento giuridico; “senza legge” perché dove c'è il diritto non c'è lo stato d'eccezione, i due concetti si escludono a vicenda.

⁵³ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 34.

⁵⁴ *Ivi*, 33.

⁵⁵ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, i*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 13.

⁵⁶ *Ivi*, 52.

Quando scende la notte, Grendel entra nel Cervo. Subito gli uomini di Bēowulf lo attaccano con furia, ma le loro spade non riescono nemmeno a scalfire la pelle del mostro, che procede inarrestabile e divora uno dei soldati⁵⁷. Scorge Bēowulf disteso sul giaciglio dove finge di dormire e cerca di ghermirlo, ma Bēowulf lo anticipa e lo afferra.

«Capì, allora, d'un tratto, il pastore dei crimini
di non avere mai visto nelle regioni terrestri
del Mondo di Mezzo un altro uomo
con mani più forti e più dure. Gli nacque nella mente
paura per la sua vita [...].
Infuriavano in due, i guardiani rabbiosi
del luogo. Echeggiava la casa: fu una gran meraviglia
che la sala del vino reggesse i combattenti,
che non crollasse al suolo, la bella struttura terrestre.
(Ma era rinforzata di dentro e di fuori
da spranghe di ferro, forgiate da arti sagaci)»⁵⁸.

Il mostro capisce che non potrà vincere e tenta la fuga, ma invano: Bēowulf gli tiene stretta la mano artigliata e tira con tutta la forza che ha, finché

«si aprì una piaga, sul corpo del Mostro spaventoso:
gli apparve sulla spalla una vasta ferita.
I tendini saltarono, scoppiarono le casse

⁵⁷ Una celebre analisi secondo le prospettive classiche dell'ingresso di Grendel e delle ragioni della sua invulnerabilità alle armi (una robustezza straordinaria? Una magia?) in E.D. LABORDE, *Grendel's Glove and His Immunity from Weapons*, in *The Modern Language Review*, 18, 2/1923, 202-204.

⁵⁸ L. KOCH, *Beowulf*, cit., 65-67 [750-74].

delle ossa. A Bēowulf fu concesso il trionfo
in quel duello. Grendel sarebbe scappato di lì,
malato di morte, per paludi e pendici,
a ritrovare il covo senza gioia. Sapeva
più che certamente che era arrivata la fine
della sua vita, e il computo dei giorni dei suoi giorni»⁵⁹.

Bēowulf ha vinto: l'orco va a morire nelle sue terre, e i Danesi possono festeggiare la liberazione dal flagello che stava distruggendo la loro società. In questo racconto riemergono con evidenza alcuni degli elementi notevoli che ho cercato di evidenziare. Grendel può essere combattuto soltanto sul suo terreno, è su di lui che si stabiliscono le modalità del combattimento. Il mostro non riesce a usare le armi, e per questo Bēowulf rinuncia a usarle. Che la sua non sia una decisione sciocca si vede subito: i suoi guerrieri furiosi armati non riescono neppure a graffiare la pelle di Grendel, nemmeno riescono ad afferrarlo: tra gli uni e l'altro non c'è combattimento. Invece Bēowulf, disarmato, lo afferra, i due corpi si avvinghiano e la lotta con il mostro ha luogo. È la prima volta in tutto il poema che un uomo combatte con l'orco (e sarà anche l'ultima, dato che Grendel fugge e muore): come si è visto più sopra, l'esercito danese non lo affronta mai. I sapienti consiglieri ragionano su un piano per cacciare il mostro, ma non si tratta mai di un piano militare (sacrificano agli dèi, come si ricorderà), probabilmente perché essi, i saggi, sanno che non è con la forza delle armi – neppure con la forza delle armi di un esercito potente come quello danese – che l'Orco può essere affrontato. Solo qualche uomo ubriaco di birra si era vantato e aveva affrontato il mostro nella sala

«[...] con la furia delle spade.

⁵⁹ *Ivi*, 69-71 [815-23].

Ma la corte dell'idromele, quando veniva il mattino,
 questa sala regale, rosseggiava di sangue
 alla luce del giorno. Le assi delle panche
 fumavano tutte di sangue, la corte bagnata e cruenta.
 Mi restavano meno fedeli compagni
 Nella scorta a me cara, se li coglieva la morte»⁶⁰.

Grendel non può essere combattuto con le regole, ma senza le regole sì. La spada rappresenta qui forse un motivo d'ordine, la ragione ultima che conduce all'obbedienza e al rispetto del diritto, e nel mondo sregolato, anomico, di Grendel non ha alcuna efficacia.

Un altro elemento notevole che riemerge è ancora la distanza, e come vedremo subito è strettamente connesso al primo. La ritirata di Grendel ferito a morte si svolge per paludi e montagne, fino a quando raggiunge il suo covo «senza gioia»⁶¹. Ora che il mostro è stato sconfitto, il suo luogo è tornato a essere un luogo lontano: il disordine è stato espulso e il limite che lo separa dalla civiltà ordinata è ritornato a essere, come dev'essere, impermeabile.

Si noti qui una cosa: Grendel viene combattuto entro i confini fisici del regno, sebbene al di fuori di ogni regola. Tuttavia, sebbene sia lì che viene sconfitto, non è lì che muore: torna a casa, nei luoghi del disordine. Il secondo combattimento che Bēowulf svolge per i danesi – quello con la madre del mostro, al quale ho prima accennato – si svolge addirittura completamente nell'Altrove, nella terra abitata dai mostri, ed è ancora lì che la terribile madre di Grendel viene sconfitta da Bēowulf. Questa volta l'eroe uccide il nemico con un'arma, ma si tratta di un'arma molto particolare: una

⁶⁰ *Ivi*, 45 [483-89].

⁶¹ *Ivi*, 71 [821]. Qui «senza gioia» vale a indicare, soprattutto, che in quel luogo non vi è società. Il *Drēam*, un concetto nordico assimilabile alla *joie de la court*, significa insieme sia la festa che le persone che vi prendono parte, e viene usato (anche nel *Bēowulf*) per indicare la felicità di esser parte di un gruppo sociale, che porta vantaggi e piaceri.

spada magica che Bēowulf trova nella caverna subacquea dove Grendel viveva, «una spada antica di giganti [...] più grande di quante mai nessuno avrebbe potuto portarne nei giochi della battaglia»⁶². Non si tratta di un'arma normale, quindi, e soprattutto non è un'arma che Bēowulf ha portato con sé: è un'arma che appartiene a quell'Altrove e che nel mondo degli uomini non può esistere (è una «spada antica di giganti»). E che, infatti, nel mondo degli uomini non può entrare: sconfitta la madre di Grendel, Bēowulf non può portare l'arma con sé. Poco prima che Bēowulf faccia finalmente ritorno, «quella spada prese a causa del sudore della battaglia, a sciogliersi in ghiaccioli di guerra, la lama bellicosa. Che prodigio fu quello: si fuse interamente, proprio come fa il ghiaccio»⁶³. In entrambi i casi, la rimozione del disordine avviene al di fuori del terreno dell'ordine. Nel primo – il combattimento con Grendel – Hroðgar decide lo stato di eccezione, il mostro viene espulso in assenza di regole, abbandona il territorio geografico e muore nel Fuori. Nel secondo – il combattimento con la madre – l'ordine e la normalità vengono difesi uscendo dall'ordine in modo ancora più esplicito, e mediante una lotta che si conclude con un'arma che non appartiene alla normalità e che, infatti, in questo mondo non può essere introdotta. I mezzi, gli strumenti con i quali il nemico radicale viene affrontato sono estranei alla società, alla civiltà. Quando Bēowulf ha terminato il suo compito la spada si distrugge e il guerriero rientra a mani vuote, e forse si potrebbe suggerire che il poeta voglia dirci che anche questo è un modo per difendere la società e la civiltà. Introdurre quella spada è nella società è impossibile, perché la società si fonda sulla normalità e quell'arma è invece eccezionale (una spada di giganti, non di uomini). Essa può essere usata soltanto nello stato d'eccezione, nel quale non valgono le regole; è un mezzo che la società non può usare e nemmeno può prevedere di usare. È un rimedio contro avversari che non possono essere affrontati secondo le regole ed essa stessa, infatti, è sregolata: introdurla nella società

⁶² *Ivi*, 139 [1558-62].

⁶³ *Ivi*, 141-143 [1605-08].

significherebbe includere nella dimensione dell'ordine un elemento di disordine inaccettabile proprio perché eccezionale, contrario alla regola. Armi del genere si possono usare soltanto quando la società è sospesa oppure al di fuori di essa, perché diversamente il concetto stesso di normalità verrebbe negato e la società che su di esso si fonda ne verrebbe distrutta. Se la spada con la quale Bēowulf non affronta Grendel è uno strumento d'ordine, la spada con la quale Bēowulf uccide la madre di Grendel, creatura del disordine, è uno strumento del disordine; o c'è questa o c'è la società delle leggi e delle regole e perciò, quando Bēowulf sta per varcare di nuovo il confine, si dissolve come il ghiaccio al sole. L'azione di Bēowulf, il ricorso a strumenti inaccettabili, diviene accettabile soltanto perché si è svolta "al di là della linea"⁶⁴, e anche se i suoi risultati producono nell' "al di qua" gli effetti auspicati ciò che avviene al di là deve rimanere fuori.

6. *Gli abitatori dell'Altrove*

Come abbiamo visto, tanto Grendel quanto Bēowulf non appartengono alla civiltà dei danesi. Grendel perché non appartiene a nessuna civiltà (quella dei mostri con i quali vive, infatti, non è una civiltà ma è la negazione della civiltà), Bēowulf perché viene da lontano, dalla Svezia. Tuttavia, questa apparente diversità nel loro essere stranieri (Grendel è straniero ovunque, Bēowulf non è straniero in Svezia, tra i suoi Geati) è meno netta di quanto potrebbe parere a prima vista. Si è già visto che i due personaggi presentano un tratto in comune: entrambi sono smisurati, privi di regola. Durante il combattimento, i due avversari danneggiano la sala della reggia distruggendo molte panche e facendo saltare via le decorazioni. Questo fatto viene descritto come eccezionale, perché la reggia era talmente robusta che

⁶⁴ Cfr. C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra*, cit., 91.

«i consiglieri degli Scyldingas non avrebbero mai creduto, prima di allora, che un uomo riuscisse, *a sua misura*, a farla a pezzi, bellissima, luccicante d'avorio, sapesse l'arte di romperla»⁶⁵.

Il tratto che unisce i due è proprio questo, l'impossibilità di rientrare nella misura. Come nota Ludovica Koch, «la "misura" degli uomini comuni e la "dismisura di Bēowulf e dei suoi avversari (che sono, l'uno e gli altri, definiti *ēacen*, "eccessivi", "straordinari") è uno dei motivi guida del poema e sarà più tardi un grande tema della letteratura cavalleresca»⁶⁶. Tutti gli eroi sono eccessivi, ma Bēowulf è il più eccessivo di tutti gli eroi. I danesi hanno sentito parlare delle sue gesta e le reputano inventate, o perlomeno ingigantite: Unferð, uno dei soldati di Hroðgar, aveva sentito di una sua sfida a nuoto, compiuta da ragazzo, e la ricorda per scherno a Bēowulf per accusarlo di essere un fanfarone. Ma Bēowulf risponde e corregge il racconto di Unferð, perché la vicenda era andata in modo ancora più eccessivo: sei giorni e sei notti nel mare gelido, e giù fino alla profondità dell'Oceano a combattere contro le orche, per poi uscire dalla sfida – una gara di resistenza a nuoto, vestito con la corazza di guerra e con le pesanti armi – vittorioso⁶⁷. Nessuno a quel punto lo accusa di mentire, nessuno crede che Bēowulf abbia infiorato con la fantasia alcunché. L'eroe è straordinario e Bēowulf è il più straordinario di tutti gli eroi, il solo che può *misurarsi* con Grendel, il più straordinario di tutti i Nemici, perché da esso viene la progenie del Male. Grendel non è di questo mondo, ma nemmeno Bēowulf, dunque, lo è. Qui non c'è nulla e non c'è nessuno che possa confrontarsi con lui, e se in questo mondo non c'è posto per Grendel, il posto

⁶⁵ L. KOCH, *Beowulf*, cit., 67 [778-80] (corsivo mio).

⁶⁶ *Ivi*, 67 n. 12. In realtà, l'aggettivo "ēacen" viene usato per il solo Bēowulf, e il poeta descrive la straordinarietà e la dismisura di Grendel con dei sinonimi. Il senso però rimane il medesimo individuato da Koch; sul punto della "misura" e della "dismisura" con valore etico sociale v. D.G. CALDER, *Setting and Ethos: The Pattern of Measure and Limit in "Beowulf"*, in *Studies in Philology*, 69, 1/1972, 21-37.

⁶⁷ L. KOCH, *Beowulf*, cit., 47-49 (cap. VIII).

per Bēowulf c'è soltanto a fatica, come quell'elemento scomodo e potenzialmente dirompente che egli è. Quando racconta della sua decisione di venire in soccorso dei danesi, Bēowulf dice di essere stato così consigliato dalla sua gente, «dai migliori, i più esperti»⁶⁸ tra i Geati, e dal racconto sembra che siano stati proprio loro, i più esperti tra gli svedesi, a mettere al corrente Bēowulf del problema del mostro di Danimarca, e così si fa strada il sospetto che «in patria i suoi volentieri» lo mettano «su una nave, perché se ne vada lontano»⁶⁹. Il suo essere fuori-norma è troppo eccessivo, troppo pericoloso per la conservazione dell'ordine. Meglio che vada in Danimarca, Bēowulf, perché la Svezia con lui è in pericolo.

Lo scontro tra Bēowulf e Grendel – ancor più dello scontro tra Bēowulf e la madre di Grendel – è la rappresentazione di una terribile simmetria: i due avversari sono sullo stesso piano, sono uguali. Due creature del Fuori (-norma) che si affrontano sul terreno della pura violenza, quella rimossa dalla società con il *wergild*, e se Bēowulf vince è soltanto perché è stato in grado di dispiegare una violenza maggiore di quella del suo avversario. Nemici della società entrambi, Bēowulf viene assoldato da re Hroðgar per far ciò che la società non può fare: rispondere alla violenza essenziale con la violenza essenziale in uno scontro che si svolge tutto al di fuori della società e delle leggi. Il re autorizza (cede la reggia a Bēowulf, evento eccezionale che non si era mai verificato prima) ma non assiste, men che mai partecipa. Bēowulf vince lo scontro e uccide il mostro ma, come quest'ultimo, non paga il *wergild* perché qui, su questo terreno, non c'è nessun *wergild* da pagare. Affronterà perciò la vendetta della madre di Grendel, in un altro combattimento che, come ho prima ricordato, si svolge addirittura nel terreno del disordine, fuori dal limite della civiltà e con strumenti che la società non può tollerare.

Bēowulf ha vinto, ma prima di tutto ha vinto Hroðgar che riprende il controllo della reggia (nel secondo combattimento, nemmeno la

⁶⁸ *Ivi*, p. 39 [415-16].

⁶⁹ R. ESCOBAR, *Eroi della politica*, cit., 190.

abbandona: autorizza Bēowulf a compiere per suo conto un'incursione). Lo stato d'eccezione è terminato, nessuno ha visto quel che è successo nella sala della birra. Il palazzo trema sotto i colpi dei due guerrieri smisurati, ma non crolla perché è stato ben costruito, ci informa il poeta. La sovranità di Hroðgar ha vacillato, la società dei danesi è stata scossa durante lo stato d'eccezione. Ma siccome era stata ben costruita e ben rinforzata, ha retto, ha superato la crisi ricorrendo a strumenti che, dato che sono proprio ciò che le regole hanno eliminato e che distinguono la civiltà dalla non-civiltà, non possono essere usati dal re e dal suo esercito. Pericoloso Grendel, quindi, ma altrettanto pericoloso Bēowulf, che infatti una volta terminato il suo compito viene ricompensato con generosità e rispedito a casa, lontano. In Svezia, tra i Geati, Bēowulf diventerà poi re, un buon re. Però forse «l'*ēacen*, il più eccessivo degli eroi, è diventato re solo dopo aver cercato e trovato misura fronte a fronte con Grendel, il suo terribile doppio, spaesante come un'ombra che affiori inattesa nello specchio. Solo così, tenuta a bada la propria mostruosità, ha potuto governare con giustizia»⁷⁰. Quella giustizia che Hroðgar aveva sospeso affidandogli la sala del trono, le mani libere dalle armi e dalle leggi, perché Bēowulf, lo straniero, salvasse il regno, facendo quello che i re e i difensori della pace e dell'ordine non possono fare a meno di negarsi in quanto tali.

⁷⁰ *Ivi*, 64.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

FEDERICA NANCI

Recesso e abuso nei contratti tra imprese

ABSTRACT – The paper analyzes the category of abuse of rights in the field of business to business contracts, with particular reference to the termination, starting from the historic ruling of 2009 on so called «Renault case». The sentence represents an important moment in the reflection on abuse. By means of it a general principle prohibiting the abuse of rights was affirmed. It was intended as a criterion for assessing the conformity of the behavior of the parties, with respect to the general clause of good faith and fair dealing. This control must be more extensive and rigorous, according to the indications of the Supreme Court, in the presence of a disparity of contractual force. In relations between companies, this disparity can integrate a situation of economic dependence, whose abuse is prohibited by a specific provision, namely art. 9 l. 192/1998. This legal rule has assumed a central role in relations between companies, also thanks to the enhancement of the principle of abuse resulting from the Renault case. Through an examination of the most recent case law, the work aims to demonstrate, therefore, how the 2009 judgment has initiated an interpretative approach, in the matter of business to business contracts, aimed at attenuating the clear distinction between rules of validity and rules of conduct.

KEYWORDS –Business to business contracts, termination, abuse, good faith, economic dependence.



Recesso e abuso nei contratti tra imprese**

SOMMARIO: 1. *Il tema dell'abuso* – 2. *La categoria nella giurisprudenza della Cassazione, a partire dalla sentenza n. 20106 del 2009 (c.d. «caso Renault»): la configurabilità di un generale principio che vieta l'abuso del diritto. Suo rapporto con la buona fede* – 3. *L'interruzione dei rapporti commerciali tra imprese, tra principio di non abuso e divieto di cui all' art. 9 l. subfornitura* – 4. *Dipendenza economica e abuso del diritto in una recente decisione* – 5. *Considerazioni conclusive.*

1. Il tema dell'abuso

La categoria dell'abuso è da tempo oggetto di un dibattito¹,

* Dottore di ricerca in “Teoria del diritto ed ordine giuridico ed economico europeo”, Università Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ La produzione scientifica sull'argomento è vasta. Senza pretese di esaustività: M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105-128, 209-352, 417-457; ID, *L'abuso del diritto. «Aemulatio»*, Cedam, Padova, 1979; M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Novissimo dig. it.*, I (1957), 95 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I (1958), 166 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1965, 205 ss.; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano 1963; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I (1987), 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I (1988), 1 ss.; A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, I (1988), 1 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993; G. FURGIUELE (a cura di), *Diritto privato*, 1997, 3, *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg., II (1998), 1 ss.; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto dal medesimo, Utet, Torino, 2001, 317 ss.; M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2003; M. ATIENZA, J.R. MANERO, *Illeciti tipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Il Mulino, Bologna, 2004; G. MERUZZI,

talvolta vivo altre volte affievolito, mai, però, del tutto sopito².

V'è chi tende a negarne la configurabilità, postulando un'inconciliabilità logica tra diritto e abuso³, relegando il fenomeno al di fuori del giuridicamente rilevante⁴, paventando il rischio di un'invasione del giudice nei poteri privati⁵.

L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale, Cedam, Padova, 2005; PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, 115-175; C. RESTIVO, *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2010, 139 ss.; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2012, 2097 ss.; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2013, 75 ss.; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2/2011, 311 ss.; V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, ETS, Pisa, 2012; G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016; N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2017, 1 ss.

² In questo senso, significative le considerazioni di G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 26. A proposito dell'abuso, parla di araba fenice G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, 76. Attribuisce tale fenomeno alle tensioni tra giurisprudenza e legislazione, G. FRANSONI, *Abuso ed elusione del diritto*, in AA.VV., *Libro dell'anno del diritto 2015*, Treccani, Roma, 2015, 407.

³ V. SCIALOJA, *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, in *Foro it.*, 1/1878, 481.

⁴ Rappresentativa è la posizione espressa da M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. «Aemulatio»*, cit., 24; ID, *L'abuso del diritto*, cit., 116. Ad avviso dell'autore, l'abuso sarebbe uno stato d'animo, la valutazione etica di un periodo di transizione. Pur riconoscendo che l'abuso del diritto sia un fenomeno sociale, egli nega in maniera ferma che possa parlarsi di una categoria giuridica. In questo senso, già L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le Fonti*, Giuffrè, Milano, 1946, 695 ss.

⁵ P.G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà*, in *Diritto privato*, 1997, cit., 108 ss., pone l'accento sul carattere ideologico della teorica dell'abuso e ritiene che essa sia in realtà uno strumento di regolazione dei conflitti privati, il quale consente di adottare soluzioni non predeterminate dal dato normativo.

Il legislatore non ha formalizzato la nozione⁶; questo rilievo non sembra essere stato, però, decisivo⁷. Si continua a parlare di abuso e si pone l'accento sulla sua funzione correttiva, rispetto a problematiche che si riscontrano, in sede di applicazione del diritto⁸.

⁶ Si registra un tentativo di codificazione del principio all'interno del codice del 1942. In particolare, l'art. 7 del progetto ministeriale stabiliva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo è riconosciuto». La disposizione, tuttavia, non è stata riprodotta nella stesura definitiva (una ricostruzione storica della vicenda in V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963, 5 ss). In altri ordinamenti, invece, il divieto di abuso è stato positivizzato. Il codice civile Svizzero, per esempio, all'art. 2 prevede che il manifesto abuso del proprio diritto non sia protetto dalla legge (critico verso la formulazione della norma, S. PATTI, *op. cit.*, 2). Il divieto è contemplato, altresì, nell'ordinamento tedesco (in una disposizione contenuta nella parte generale del BGB, ossia nel libro 1, sezione 6, § 226), portoghese (art. 334 cod. civ.), greco (art. 281 cod. civ.; art. 25, § 3, Costituzione del 1975), olandese (art. 13 cod. civ.), spagnolo (art. 7 disp. prel. cod. civ.). Il legislatore europeo ha formalizzato espressamente il principio. L'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, infatti, è rubricato «divieto di abuso del diritto» e prevede che nessuna disposizione della Carta stessa debba essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto diretto a distruggere diritti o libertà in essa riconosciuti o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle ivi previste. Il valore di tale riconoscimento del principio in sede europea è enfatizzato da F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., 319, ora anche in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, cit., 31-40. Ritene che la formulazione di questa disposizione implichi, invece, soltanto la necessità di effettuare un bilanciamento fra i diritti enumerati dalla Carta, G. PINO, *L'abuso del diritto*, cit., 119.

⁷ Per affermare la vigenza del principio non sarebbe comunque necessario un intervento del legislatore ad avviso di R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., 317; nello stesso senso, più recentemente, N. LIPARI, *op. cit.*, 4, nota 15.

⁸ S. PATTI, *op. cit.*, 1, iscrive il problema dell'abuso nell'alternativa tra un sistema che rimane fedele alle scelte effettuate e uno che ammette dei correttivi in base alle circostanze del caso, sacrificando un certo grado di certezza per soddisfare esigenze di giustizia. In questo senso, l'a. definisce l'abuso come uno dei correttivi più noti. Riferisce la questione dell'abuso al fallimento della programmazione normativa, A. GAMBARO, *op. cit.*, 1. Secondo l'a., quando la programmazione normativa fallisce, la reazione consiste nel riconoscere

Il termine abuso non viaggia da solo, se non di rado. Si abusa di qualcosa, e ciò, il più delle volte, è costituito da un diritto soggettivo o da una libertà⁹; ma di esso può parlarsi anche rispetto a poteri giuridici o di fatto, processo, interpretazione del diritto oggettivo e forme giuridiche¹⁰.

La storia dell'istituto si contraddistingue per un avvicinarsi di criteri di rilevazione, aventi carattere soggettivo oppure oggettivo. Esso è descritto, di volta in volta, come: un contegno censurabile sulla base di parametri etici; un comportamento accompagnato dall'*animus nocendi* (sul modello tralatizio degli atti emulativi); una condotta contraria a buona fede; l'esercizio di un diritto difforme rispetto allo scopo per il quale è stato assegnato¹¹.

Un momento significativo è rappresentato, nell'ambito della riflessione sul tema, dal c.d. «caso Renault»¹².

l'errore iniziale e nel correggerlo attraverso una redistribuzione delle situazioni di vantaggio.

⁹ L'idea secondo la quale il divieto di abuso del diritto segna un limite all'esercizio di diritti e libertà appare condivisa. Sul punto: M. D'AMELIO, *op. cit.*, 96; P. RESCIGNO, *op. cit.*, 60; A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1410 s.; C. SALVI, *op. cit.*, 1; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., 3; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, cit., 16 s., 82 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, 197; G. MERUZZI, *op. cit.*, 339 s. Il nesso tra divieto di abuso e teorie del diritto soggettivo viene evidenziato da P. RESCIGNO, *op. cit.*, 212; G. PINO, *op. ult. cit.* 127 ss.; F. PIRAINO, *op. cit.*, 84.

¹⁰ Tante e tali sono le forme di incarnazione del divieto di abuso isolate da F. PIRAINO, *op. loc. cit.*, nota 19. In argomento, G. PINO, *op. ult. cit.*, 117 ss.; A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 311;

¹¹ Una disamina dei criteri di valutazione della condotta abusiva e un quadro delle diverse ricostruzioni, in G. PINO, *op. ult. cit.*, 136 ss. Ripercorre il dibattito italiano sull'abuso tra Otto e Novecento, G. CAZZETTA, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra Otto e Novecento*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, cit., 51 ss., in part. 56 ss.

¹² Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 ss. Di «caso Renault» parla F. ADDIS, *Sull'excursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbligazioni e contratti*, 4/2012, 245 ss. Definisce la sentenza in parola come un vero e proprio «blockbuster» della letteratura privatistica

Sulla base di un breve *excursus* giurisprudenziale, in realtà non del tutto pertinente¹³, la Corte ha affermato in quell'occasione la vigenza, all'interno

degli anni ad essa immediatamente successivi, R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in *Danno e resp.*, 12/2012, 1165. Riconosce che la rinnovata attenzione al tema dell'abuso sia dovuta alla pronuncia in questione, N. LIPARI, *op. cit.*, 1, nota 1.

La decisione ha avuto notevole risonanza in dottrina, testimoniata dai numerosi commenti ricevuti. A titolo esemplificativo: F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 12/2009, 1577 ss.; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 1/2010, 5 ss.; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2010, II, 319 ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 1/2010, 95 ss.; M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso del diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. Giur.*, 1/2011, 109 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche a margine di una sentenza eterodossa*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2/2010, 341 ss.

¹³ F. ADDIS, *op. cit.*, 245 ss. L'a. esamina una per una le decisioni richiamate e giunge a stigmatizzare, all'esito dell'analisi, l'operazione compiuta dalla Cassazione; la quale sembra essersi servita di tali pronunce per affermare l'esistenza di un orientamento in verità mai invalso, su cui, poi, la stessa ha dichiarato di poter fondare nonché enunciare un principio di diritto. N. LIPARI, *op. cit.*, 2 s., invece, non si mostra sorpreso. L'a., difatti, rileva che tale atteggiamento non costituisce una novità, in quanto, nella giurisprudenza della Cassazione, si riscontra la tendenza a conferire forza a un determinato argomento, mediante una valorizzazione degli elementi di continuità, anche a costo di forzature.

Decisioni più confacenti, peraltro, non sarebbero mancate. Pertinente sarebbe stato, forse, il riferimento a Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1/1994, 2164 ss. Il fatto oggetto della pronuncia è noto, e riguarda un contratto con cui un celebre Comune italiano aveva concesso in locazione a una società alcuni stabilimenti termali, prevedendo che il canone di affitto dovesse essere commisurato al prezzo di vendita di fabbrica delle bottiglie.

A partire dal 1983, il prezzo di fabbrica era stato bloccato; tuttavia, quello del prodotto, nella fase di commercializzazione, era stato aumentato dalle società distributrici, appartenenti allo stesso gruppo dell'affittuaria. La scorrettezza non era sfuggita all'ente pubblico, il quale, nell'ambito della vicenda giudiziaria, aveva rimarcato l'illegittimità del comportamento della controparte contrattuale.

dell'ordinamento, del principio dell'abuso del diritto¹⁴, da intendersi come un criterio di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali nascenti da un atto di autonomia privata, e analizzare il comportamento delle parti nella fase della formazione e dell'esecuzione, così da verificare che i mezzi usati siano proporzionati, rispetto agli interessi contrapposti.

Il caso sembra aver offerto l'occasione non tanto per risolvere un conflitto, il quale era forse in altro modo componibile, quanto per intraprendere la costruzione di una categoria, quella dell'abuso del diritto, da utilizzare «a tutto campo»¹⁵ e collocare tra gli architravi del sistema.

All'indomani di questa decisione, pronunciata nel settembre del 2009, il riferimento alla figura è apparso, difatti, sempre più di frequente nella

La Cassazione, in riforma della decisione pronunciata dalla Corte d'appello, ha accolto le doglianze del Comune, precisando che, quandanche la legge pattizia avesse attribuito davvero alla società una «piena libertà» nel determinare il prezzo di fabbrica delle bottiglie, essa avrebbe dovuto, in ogni caso, ritenersi vincolata dall'osservanza del dovere di correttezza discendente dall'art. 1175 c.c. In particolare, a proposito della discrezionalità riconosciuta alla parte, rispetto all'aumento del prezzo delle bottiglie, è stato precisato come, appunto, di tale discrezionalità, in quanto governata dalla correttezza, la società non avrebbe potuto abusare.

¹⁴ Sul divieto di abuso come principio, in dottrina, M. ATIENZA, J.R. MANERO, *Illeciti tipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, 44 ss.; L. TULLIO, *op. cit.*, 278 ss.; F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., 211; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, 326 ss. Di tale principio sarebbero espressione gli artt. 833 e 1175 c.c. secondo U. NATOLI, *op. cit.*, 29 e 36.

¹⁵ R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali*, cit., 1170.

giurisprudenza in materia di contratti tra imprese¹⁶; in particolare, rispetto all'esercizio del recesso nei contratti di distribuzione¹⁷.

In questo settore, può maturare un conflitto che vede schierati, su di un fronte, l'interesse (lecito) dell'impresa recedente a riorganizzare il proprio assetto di vendita¹⁸; sull'altro, quello della controparte (del pari apprezzabile) alla prosecuzione del rapporto¹⁹, quantomeno per un tempo necessario a coprire i costi idiosincratici non recuperabili²⁰.

¹⁶ F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale*, in *Giust. civ.*, 3/2016, 516, rileva che il concetto di abuso sembra conquistare un ruolo sempre più importante nell'argomentazione giudiziale, anche rispetto ai contratti tra imprese.

¹⁷ Sui contratti di distribuzione, R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979; ID., *Il «controllo» del «franchising»*, in *Quadrimestre*, 1987, 157; ID., *Distribuzione (contratti di)*, *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, V (1990), 66; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1983.

¹⁸ Nel senso di riconoscere una facoltà di recedere liberamente dai contratti di durata, fondata sulla temporaneità dei rapporti obbligatori, si esprime la giurisprudenza. Esemplicative: Cass., 7 marzo 2002, n. 3296, in *Giust. civ.*, 1/2003, 196 ss.; Cass., 20 giugno 2001, n. 8429, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/2002, 8 ss.; Cass., 1 luglio 1998, n. 6427, in *Mass. Giur. lav.*, 1998, 557 ss.. In dottrina, rappresentative le riflessioni di C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, 741, il quale considera comunque necessario un congruo preavviso, a prescindere da una sua previsione legale o convenzionale; S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Giuffrè, Milano, 1965, 183.

¹⁹ Seppure in tema di abuso di dipendenza economica, esemplificative sul punto sono le riflessioni di A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, 142 s. L'a. ritiene che siffatti interessi in conflitto trovino entrambi un referente normativo nell'art. 41 Cost., e siano ambedue bisognosi di tutela nonché, nel concorso di differenti criteri valutativi, meritevoli di protezione giuridica.

²⁰ L'interesse delle imprese alla prosecuzione del rapporto commerciale nei contratti di distribuzione risulta da una serie di elementi oggettivi. In particolare, tali contratti si contraddistinguono per l'instaurazione di un rapporto commerciale di lunga durata, in virtù del quale vengono operati una serie di investimenti specifici, e per la presenza di una clientela attratta dal marchio. Sicché, il momento in cui si pone fine al rapporto riveste una particolare importanza. Anche la previsione di un termine di preavviso potrebbe non essere

2. La categoria nella giurisprudenza della Cassazione, a partire dalla sentenza n. 20106 del 2009 (c.d. «caso Renault»): la configurabilità di un generale principio che vieta l'abuso del diritto. Suo rapporto con la buona fede.

Il contrasto descritto ha dato origine, appunto, alla controversia decisa dalla Cassazione nel settembre del 2009. Questi, in breve, i fatti di causa: alcune imprese di distribuzione operanti nel settore automobilistico avevano stipulato con un noto gruppo contratti di concessione di vendita²¹,

di per sé sufficiente a garantire una tutela per l'impresa che abbia effettuato gli investimenti. Questa consapevolezza, oltre oceano, ha portato all'elaborazione dapprima della *Missouri doctrine* e in seguito della *recoupment doctrine*, in virtù delle quali, lo scioglimento senza giusta causa di un contratto a tempo indeterminato, prima che sia trascorso il tempo necessario al distributore per recuperare i costi idiosincratici e non recuperabili connessi al contratto (c.d. *sunk costs*), comporta una responsabilità per danni a carico del concedente. In argomento, R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali*, cit., 1167 s; R. CASO, *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale. Modelli economici e regole giuridiche*, Artimedia, Trento, 2000, 36 ss.

²¹ Il contratto di concessione di vendita, di norma, si caratterizza per un duplice ordine di obblighi gravanti sul concessionario: costui è tenuto, da un lato, a promuovere la formazione di singoli contratti di compravendita; dall'altro, a concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti che gli vengono forniti tramite stipulazioni a condizioni predeterminate nell'accordo iniziale. In argomento: F. BORTOLOTTI, *Concessione di vendita*, in *Noviss. dig. it.*, App., II (1981), 221 ss.; O. CAGNASSO, *Concessione di vendita*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., III (1988), 222 ss.; Id., *Scambio e collaborazione quali "elementi" fondamentali del contratto di concessione di vendita*, in *Giur. it.*, 1999, 1653 ss.; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Giuffrè, Milano, 1999; M. COSTANZA, *La concessione di vendita: obblighi del concedente e diritti del concessionario*, in *Giust. civ.* 1/2000; I. CASERTA, *La concessione di vendita tra subordinazione e collaborazione*, in *Corr. giur.*, 2000, 549 ss; M. IMBRENDA, *Il contratto di concessione di vendita*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei Singoli Contratti*, V, *Commentario del Codice civile* diretto da

contemplanti una clausola di recesso *ad nutum*. Di tale previsione si era avvalso il concedente, per sciogliere in maniera simultanea una pluralità di negozi.

La reazione dei concessionari non si era fatta attendere: essi, ritenendo l'atto del concedente contrario alla clausola di buona fede e correttezza, avevano chiesto al Tribunale di accertare il carattere abusivo del medesimo, con conseguente condanna della controparte al risarcimento dei danni subiti per effetto del recesso.

Il giudice di prime cure aveva affrontato il tema della configurabilità di un abuso (in astratto), ma ne aveva escluso la sussistenza (in concreto), rigettando la domanda degli attori²².

La Corte d'Appello²³, nel confermare la statuizione, aveva chiarito che alcun controllo, in merito alla causa del recesso *ad nutum*, poteva dirsi ammissibile, essendo tale figura congeniale ai rapporti di durata e, pertanto, generalmente ammessa dall'ordinamento.

La decisione di secondo grado presupponeva, in realtà, una nozione di abuso contaminata da criteri intenzionali-soggettivi²⁴, modellata sullo schema più tradizionale degli atti emulativi: accanto a un elemento di carattere oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, si richiedeva il concorso di un dato diverso, ossia, l'intento di nuocere o recare molestia ad altri²⁵. Sicché, la condotta della casa madre

E. Gabrielli, Utet, Torino, 2011, 5 ss. Sulla natura del contratto e degli obblighi del concessionario, di recente, Cass. 27 febbraio 2017, n. 4948.

²² Trib. Roma, 11 giugno 2001. Stralci si rinvengono in G. D'AMICO, *op. cit.*, 11 ss.

²³ App. Roma, 18 gennaio 2005.

²⁴ Su tali criteri, ampiamente, G. PINO, *L'abuso del diritto*, cit., 137 ss.

²⁵ In questa direzione, già Trib. Torino 13 giugno 1983, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1983, 815. Nella pronuncia richiamata, l'abuso del diritto è inteso al pari di un esercizio ovvero, come nel relativo caso di specie, di una rivendicazione di un diritto spettante, in astratto, al soggetto che lo esercita o rivendica ma, in concreto, non foriero di alcun vantaggio apprezzabile e degno di tutela in favore di costui, comportando, invece, un preciso danno a carico di un altro soggetto («contro» il quale tale diritto viene esercitato o

non poteva essere contestata, poiché, la scelta di recedere non era diretta a provocare un danno all'altro contraente, bensì, ad ottenere un risparmio, mediante la riduzione del personale.

L'impostazione non è stata condivisa dalla Cassazione²⁶; la quale ha definito l'abuso come un criterio, sulla base del quale effettuare una valutazione in ordine alla contrarietà/conformità del comportamento realizzato dalle parti, rispetto alla clausola generale di buona fede e correttezza²⁷, da

rivendicato) e che viene esercitato o rivendicato proprio all'esclusivo scopo di cagionare un danno all'altro soggetto.

²⁶ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

²⁷ In questo senso, in dottrina, P. MANES, *Diritto di recesso dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato e violazione della buona fede*, in *Contratto e impresa*, 1999, 922, ad avviso della quale il principio del divieto di abuso del diritto costituisce applicazione del principio di buona fede; F. PROSPERI, *op. cit.*, 326. Osserva F. PIRAINO, *op. cit.*, 84, che, nonostante la complessità connotante la tematica in esame, due punti fermi possono essere fissati: il primo riguarda il legame tra l'abuso del diritto e le concezioni di diritto soggettivo, nonché, più in generale, di situazione soggettiva e libertà; il secondo, benché vi sia ancora una certa opposizione, è rappresentato, appunto, dalla corrente di pensiero che associa il divieto di abuso alla clausola generale di buona fede. Tale constatazione trova conforto, in effetti, nella dottrina e nella giurisprudenza antecedenti alla pronuncia. Senza pretesa di esaustività: U. NATOLI, *op. cit.*, 26 s.; G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1/1964, 171 s.; A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1406 s., in part. 1411; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II (1988), 186 s.; F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, cit., 191-192 e s.; P. RESCIGNO, *op. cit.*, 96; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, sub art. 1175, Zanichelli, Bologna-Roma 1988, 334 s., in part. 340; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., 8 s., in part. 15; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu - Messineo - Mengoni*, continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2002, 499 s.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali ed obbligatori*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, artt. 1374-1381, II, Giuffrè, Milano 1999, 263-265; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, in F. GALGANO (diretto da), *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale*, Cedam, Padova 1988, 559 s., in part. 601; G. MERUZZI, *op. cit.*, 354-355. In giurisprudenza: Cass. 15 novembre 1960, n. 3040, in

declinare come espressione del principio di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 della Costituzione, e riferibile ad ogni fase del contratto, dalla formazione all'esecuzione, passando per l'interpretazione.

La nozione di abuso accolta all'interno della decisione in commento appare fondata su parametri oggettivi. In questa prospettiva, essa presuppone²⁸:

Foro it., 1/1961, 256 s., con nota di A. SCIALOJA, *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*; Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, in *Corr. giur.*, 1998, 540 s.; Cass., Sez. Un. 10 aprile 2000, n. 108, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 691; Cass. 2 maggio 2000, n. 5467, in *Rep. Foro it.*, «Procedimento civile», n. 193; Cass. 6 giugno 2002 n. 8251, in *Dir. giust.*, 2002, 34 s.; Cass. 8 novembre 2002, n. 15749, in *Giur. it.*, 2004, 2084 s.; Cass. 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, 1845 s.; Cass., Sez. Un. 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, 1514 ss. È stato obiettato, tuttavia, che l'operazione diretta a fondare il principio di non abuso sulla clausola generale di buona fede e correttezza priverebbe il principio in questione di qualsivoglia utilità. Significative, al riguardo, le considerazioni di R. SACCO, *op. cit.*, 373 ss., a parere del quale la dottrina dell'abuso risulterebbe superflua, pur essendo priva di contraddizioni o errori; C. SALVI, *op. cit.*, 5, secondo cui il ricorso alla formula, sotto il profilo operativo, sarebbe sprovvisto di effettiva utilità. Sul punto, altresì, G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1995, 85 ss., in part. nota 38; A. GENTILI, *A proposito de «il diritto soggettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2004, 367 ss., ad avviso del quale la prospettiva dell'abuso risulterebbe superflua quando una regola correttiva fosse già presente, mentre si rivelerebbe utile ove una regola non ci fosse e l'interprete volesse rintracciarla. Al contrario, nonostante tra i concetti sussista un rapporto di derivazione, essi resterebbero autonomi secondo F. PIRAINO, *op. cit.*, 108 ss. A favore della distinzione, C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *I Contratti*, 1/2012, 13 s., ad avviso del quale: il divieto di abuso fonderebbe un controllo di ragionevolezza dell'esercizio di situazioni soggettive; la buona fede implicherebbe una verifica della conformità del comportamento delle parti rispetto ai criteri di lealtà e solidarietà. Difendono l'autonomia degli stessi, ma ritengono che nel caso di specie il ricorso alla categoria dell'abuso non fosse necessario G. D'AMICO, *op. cit.*, 18 ss.; C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. Civ.*, 11/2010, pag. 2547 ss.

²⁸ Gli elementi indicati dalla Cassazione non rappresentano una novità: essi figurano nelle diverse teorie che sono state elaborate intorno alla categoria. Rappresentativa, in questo senso, è l'indagine condotta sul piano metateorico da G. PINO, *op. ult. cit.*, 125, cui la Corte sembra aver attinto.

- 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto;
- 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate²⁹;
- 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili³⁰ rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico³¹;
- 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra beneficio del titolare del diritto e sacrificio cui la controparte è soggetta.

²⁹ Spiega G. PINO, *op. loc. ult. cit.*, che sarebbe difficile immaginare la possibilità di un abuso del diritto, se le modalità di esercizio di quel diritto fossero rigidamente predeterminate dall'ordinamento.

³⁰ Definite da G. PINO, *op. loc. ult. cit.*, come «aberranti», «deprecabili», «abnormi», e così via.

³¹ Le diverse teorie elaborate in tema di abuso si differenziano proprio in ragione del criterio prescelto: così, G. PINO, *op. loc. ult. cit.*

L'abuso non implica, quindi, una violazione in senso formale³², ma si configura quando lo schema del diritto sia utilizzato in maniera «alterata»³³, ossia, il ricorso al medesimo risulti finalizzato al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi, rispetto a quelli indicati dal legislatore³⁴.

³² Secondo L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II (1988), 187, è abusivo il comportamento che, seppure «esattamente corrispondente al contenuto formale e sostanziale di un diritto», in concreto prescinde dalla considerazione di un interesse altrui che il sistema pone in funzione di limite. Tale limitazione non sarebbe, però, interna: diversamente opinando non potrebbe parlarsi di abuso, giacché non si configurerebbe un diritto. Essa sarebbe, piuttosto, esterna, in quanto non inciderebbe sull'estensione, bensì sul come, ossia sulle modalità dell'esercizio del diritto stesso. L'apparente aderenza del contegno al contenuto del diritto rappresenterebbe il tratto connotante il fenomeno dell'abuso, che varrebbe a distinguerlo da ogni altra ipotesi in cui si riscontra uno sconfinamento dai limiti del diritto: così, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. priv.*, 1958, 37. Nel medesimo senso, C. RESTIVO, *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 79 s. e 83 ss.

³³ Per una prospettiva dell'abuso quale sviamento dall'interesse sotteso all'attribuzione del diritto: M. MESSINA, *op. cit.*, 166 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino 2004, 321 ss.; C. RESTIVO, *op. ult. cit.*, 80 ss. L'abuso si traduce in un esercizio «controfunzionale» della situazione giuridica nella riflessione di P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2 ed., Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2004, 143; L. TULLIO, *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, 154.

³⁴ In tale prospettiva, M. D'AMELIO, *op. cit.*, 95 s.; U. NATOLI, *op. cit.*, 18 ss. (spec. 32); S. ROMANO, *op. cit.*, 167, il quale allude a un necessario rapporto di corrispondenza tra l'attribuzione del potere e l'esercizio del medesimo secondo i fini per i quali è stato attribuito. Riconosceva già nel divieto di abuso, inteso come regola di governo della discrezionalità nell'esercizio dei poteri privati, lo strumento cui i diversi corpi normativi affidano il compito di perseguire la giustizia sostanziale nei rapporti concreti, assicurando la corrispondenza tra mezzo e fine, SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, 180. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1/1967, 90 ss., rilevava, altresì, che il problema centrale dei sistemi giuridici non consistesse più nelle modalità di attribuzione dei poteri ai privati, e nella determinazione dei diversi gradi di intensità del potere così attribuito, in

La valutazione dell'abuso impone, in quest'ottica, un giudizio di ponderazione tra diritti e interessi contrastanti³⁵: il contegno è abusivo, quando il titolare del diritto non sceglie il mezzo che realizzerebbe la di lui utilità in maniera più proporzionata, all'esito di un raffronto tra tutti gli interessi coinvolti.

La Cassazione ha dato risalto, nel rapportare tali considerazioni al caso di specie, alla debolezza delle concessionarie, focalizzando la disparità di forza contrattuale.

Il vaglio sul contegno del recedente dev'essere più ampio e rigoroso, in presenza di un simile divario, e deve prescindere dal dolo, nonché dalla specifica intenzione di nuocere; elementi, questi ultimi, tipici degli atti emulativi, ma non connotanti gli abusi di potere contrattuale.

L'esercizio del recesso risulta, per tale via, «procedimentalizzato»³⁶: esso deve svolgersi secondo modalità idonee a preservare la sfera giuridica della controparte, onde impedire che il recesso *ad nutum* (consentito) si traduca in un recesso arbitrario, cioè *ad libitum*; il quale, di sicuro, non potrebbe dirsi approvato dall'ordinamento³⁷.

quanto l'ordinamento cominciava ad assegnare rilievo specifico e prevalente alle modalità di esercizio del potere nonché al loro controllo.

³⁵ G. PINO, *L'abuso del diritto*, cit., 147, osserva che, di norma, il ricorso a criteri oggettivi è funzionale non a una valutazione della condotta in sé, bensì a un giudizio di ponderazione tra diritti e interessi contrapposti. In dottrina si rileva, da tempo, che la figura dell'abuso del diritto consente la comparazione degli interessi in conflitto all'interno di un rapporto. Esemplificativa la riflessione di G. MERUZZI, *op. cit.*, 349.

³⁶ Al riguardo, manifesta riserve C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza*, cit., 140, nota 8.

³⁷ Sul controllo dell'esercizio del diritto di recesso alla stregua della clausola generale di buona fede e correttezza le riflessioni della dottrina si appuntano da tempo: G. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986, 766; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, IV, *Delle obbligazioni (artt. 1372-1405)*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1993, 63; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, I, (artt. 1372-1373), Giuffrè, Milano, 1998, 332; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal*

3. *L'interruzione dei rapporti commerciali tra imprese, tra principio di non abuso e divieto di cui all' art. 9 l. subfornitura.*

Nel settore dei contratti di distribuzione tra imprese, ove, spesso, controversie sorgono in punto di recesso, la disparità di forza contrattuale, osservata dall'angolo visuale della parte che occupa la posizione deteriore, assume i contorni di una dipendenza economica, il cui abuso, ad opera dell'altra, integra la fattispecie di cui all'art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 172 (c.d. legge subfornitura)³⁸.

contratto, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive*, Milano, 2004, 357 ss. Non mancano pronunce conformi antecedenti: Cass. 2 febbraio 1991, n. 1032, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce Agenzia, n. 37; Trib. Milano, 31 gennaio 1997, in *Notiz. Giur. lav.*, 1997, 506; Trib. Roma, 24 maggio 1995; Trib. Verona, 30 maggio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 372.

³⁸ Sulla giurisprudenza di merito che si è pronuncia in tema di abuso di dipendenza economica nell'ambito dei contratti di concessione di vendita di autoveicoli: Trib. Roma, 5 novembre 2003, in *Foro it.*, 1/2003, 3440; Trib. Torino, 18 marzo 2003, in *Giust. civ.*, 13/2003, 1502.

La norma è stata oggetto di approfondita riflessione da parte della dottrina; a titolo esemplificativo, senza pretese di esaustività: per un primo commento, G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 449 ss.; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. Conc. Reg.*, 1999, 9 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss.; in generale, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004; P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano 2006; ID., *Abuso di dipendenza economica*, in A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Utet giuridica, 2011, 297 ss., R. CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Jovene, Napoli, 2009; sulle modifiche legislative, M.R. MAUGERI, *Le modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2001, 1062 ss.; sulle prime applicazioni giurisprudenziali, C. OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, I, 2183 ss.; F.L. GAMBARO, A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, in *Contr. impr.*, 2003, 530 ss.; più di recente,

La dipendenza economica viene dalla legge definita come quella situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi. Tale stato non è vietato di per sé, assumendo rilievo, invece, un abuso dello stesso.

La norma descrive a titolo esemplificativo alcune ipotesi³⁹; tra le quali, oltre al rifiuto di vendere o comprare e all'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, rientra l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

La categoria si presta ad accogliere al proprio interno i casi in cui sia contestato un esercizio abusivo del recesso⁴⁰, rispetto ai quali la giurisprudenza tende a richiamare i principi di diritto enunciati dalla Cassazione nel 2009, rinviando a tale decisione in maniera diretta⁴¹ o indiretta.

Il legislatore ha previsto, quindi, un divieto, in ordine all'abuso della dipendenza economica, ed ha predisposto appositi rimedi, a fronte di possibili violazioni.

Il patto con cui l'abuso si realizza viene colpito, in particolare, dalla nullità. Accanto a tale misura, l'impresa che ha subito l'abuso può chiedere il risarcimento del danno e agire per ottenere la tutela inibitoria. Competente a conoscere delle cause in materia di abuso di dipendenza economica è il giudice ordinario. Un ruolo è attribuito, altresì, all'Autorità Garante della

F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, 509 ss.

³⁹ Sul punto, P. FABBIO, *op. ult. cit.*, 297 ss.

⁴⁰ A. VILLELLA, *op. cit.*, 165 ss.

⁴¹ Un riferimento espresso, che testimonia l'influenza esercitata dalla sentenza del 2009 sulle pronunce successive, rese all'esito di controversie sorte nell'ambito di contratti di concessione di vendita, si trova in Trib. Torino 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 6/2011, 1479, con nota di V. LANDRISCINA. *L'abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto*.

Concorrenza e del Mercato, a testimonianza della duplice natura che viene riconosciuta all'istituto⁴².

L'art. 9 risulta centrale nella soluzione dei conflitti scaturenti da un esercizio abusivo del diritto di recesso nei contratti tra imprese.

La collocazione sistematica non deve, al riguardo, fuorviare. La norma è dettata nell'ambito della legge sulla subfornitura. La sua sfera applicativa è, tuttavia, più ampia.

⁴² L'istituto ha ricevuto diversa considerazione nel corso degli anni. Esso era stato assimilato, in origine, al divieto di abuso di posizione dominante, ed era stato collocato, quindi, in seno all'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (c.d. legge antitrust), sul modello degli ordinamenti d'oltralpe. Con segnalazione dell'11 febbraio 1998 (AS121, in Bollettino, 5/1998), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha reputato tale sistemazione impropria, ponendo l'accento sulla diversità ontologica tra le due fattispecie. Ciò in quanto, l'abuso di posizione dominante riguarderebbe la disciplina dei rapporti contrattuali, con finalità che possono prescindere dall'impatto di questi rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali. Tale figura affonderebbe le sue radici nella tematica dell'equilibrio contrattuale e più precisamente nella valutazione del rapporto negoziale tra le parti. Le norme antitrust sarebbero, viceversa, disposizioni generali, dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto di mercato.

Il legislatore ha delineato una fattispecie autonoma con l. n. 192 del 1998, dando così seguito alle osservazioni dell'Autorità Garante.

La norma avrebbe, quindi, una natura ibrida, in quanto si collocherebbe a metà strada tra il diritto dei contratti e quello della concorrenza. In questo senso: S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei rapporti tra imprese*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio ed usura nei contratti*, Cedam, Padova, 2002, 215; G. COLANGELO, *op. ult. cit.*, 63; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2000, 390.

Una conferma della duplice natura (contrattuale e concorrenziale) della previsione normativa, già presente nell'originaria formulazione dell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, risulterebbe dall'intervento legislativo del 2001, con il quale è stata attribuita all'Antitrust una specifica competenza in materia di abuso di dipendenza economica, in aggiunta alle prerogative del giudice ordinario. Il legislatore avrebbe tracciato le linee di una doppia tutela: di diritto civile e di diritto antitrust, completando e integrando le due sfere connotanti la figura (in questi termini, G. VETTORI, *op. ult. cit.*, 7).

Un mutamento si è avuto, infatti, nel risolvere conflitti scaturenti dal recesso, in materia di contratti tra imprese, a partire dal caso Renault. Per un verso, a siffatto campo è stato esteso il più generale principio di abuso del diritto; per altro verso, il divieto di abuso di dipendenza economica è stato configurato come una clausola generale, riferibile ai rapporti tra imprese, oltre il ristretto settore della subfornitura⁴³.

Tale ricostruzione ha ricevuto l'avallo delle Sezioni Unite della Cassazione⁴⁴; le quali si sono pronunciate sul punto nel 2011, ancorché in linea di *obiter dictum*, in occasione di una controversia, insorta nell'esecuzione di un contratto di distribuzione di veicoli industriali con obbligo di esclusiva⁴⁵.

⁴³ F. MACARIO, *Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale*, cit., 509 ss.; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 725;

⁴⁴ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2011, n.24906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2012, 298, con nota di V.C. ROMANO, *La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*. La fattispecie che ha portato alla pronuncia in commento era particolarmente complessa. Tant'è che, sebbene in via di principio la Cassazione abbia ammesso l'operatività dell'art. 9 l. subfornitura al di fuori del predetto contratto, nel caso oggetto di decisione la norma non ha potuto trovare applicazione, in quanto nell'accordo era contemplata una clausola che deferiva a un giudice straniero le controversie in materia di responsabilità contrattuale. A tal proposito, la Corte ha richiamato l'abuso del diritto come delineato a partire dal 2009, per affermare la natura contrattuale della responsabilità discendente dalla condotta abusiva della convenuta, riconoscendo la giurisdizione del giudice straniero. Sulle statuizioni della Corte in ordine alla natura di siffatta responsabilità si sofferma V.C. ROMANO, *op. cit.*, 302 ss.

⁴⁵ Nel caso di specie, la società convenuta aveva realizzato condotte solo apparentemente consentite dal contratto, in seguito alle quali vi era stato un indebolimento della controparte, indotta a chiedere l'ammissione al concordato preventivo. In particolare, quest'ultima era stata costretta a investire in settori poco profittevoli, in quanto la controparte contrattuale aveva: modificato i termini di pagamento previsti nel contratto; escluso la società attrice dal servizio fornito da una finanziaria; e, soprattutto, esercitato il recesso dal contratto, come pure pattiziamente previsto, ma senza negoziare le condizioni in termini di parità.

Il divieto posto dall'art. 9, l. n. 192 del 1998 è destinato a trovare spazio, secondo tale impostazione, ogniqualvolta vi sia: in primo luogo, una situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice; in secondo luogo, un abuso di tale situazione, con conseguente significativo squilibrio di diritti e obblighi⁴⁶, a prescindere dalla tipologia contrattuale⁴⁷.

La disposizione recherebbe un principio di portata generale che legittimerebbe l'applicazione del criterio di valutazione in esso espresso, al di là del settore interessato dalla sua collocazione sistematica, assurgendo a principio generale del diritto dei contratti tra imprese⁴⁸; principio che, a sua

⁴⁶ Tale orientamento era invero diffuso in giurisprudenza, come testimoniato da numerose pronunce precedenti: Trib. Bari 6 maggio 2002; Trib. Taranto 17 settembre 2003; Trib. Roma 5 novembre 2003; Trib. Catania 5 gennaio 2004; Trib. Bari 22 ottobre 2004; Trib. Trieste 21 settembre 2006; Trib. Torre Annunziata 30 marzo 2007; Trib. Catania 9 luglio 2009; Trib. Roma 30 novembre 2009; Trib. Torino 11 marzo 2010; Trib. Forlì 27 ottobre 2010. L'indirizzo è ormai consolidato: Cass. 23 luglio 2014, n. 16787; Trib. Vercelli 14 novembre 2014; Trib. Massa 26 febbraio 2014 e 15 maggio 2014; Trib. Torino 21 novembre 2013.

⁴⁷ Decisivo, per la Corte, sarebbe l'argomento letterale. In particolare, la norma utilizza il termine «cliente» (in riferimento all'impresa) e tale vocabolo non ricorre altrove all'interno della medesima legge sulla subfornitura, ove si parla, in effetti, di «subfornitore».

⁴⁸ In questa direzione, già R. CASO, R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, 725; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., 499; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, I, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino 2004, 611; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese*, cit., 684.

Sulla possibilità di estendere il principio ai contratti in generale si interroga A. VILLELLA, *op. cit.*, 14. In giurisprudenza, di recente, Trib. Roma, 1 marzo 2017, nega tale prospettiva, escludendo l'applicabilità dell'art. 9 ai contratti bancari. Ad avviso del Tribunale, il legislatore non si riferisce a tutte le situazioni di dipendenza economica tra imprese, ma solo a quelle che, come la subfornitura, si collocano in un contesto in cui diversi operatori si coordinano per la realizzazione di un unico processo economico, dando luogo ad una integrazione «verticale» delle rispettive attività. Di conseguenza, il Tribunale ritiene non

volta, identificherebbe una *species*, avuto riguardo ad un *genus* più ampio, rappresentato dal principio che vieta di abusare del proprio diritto⁴⁹, come delineato dalla Cassazione nel 2009.

Tesi contrarie non mancano⁵⁰.

condivisibile estrapolare il precetto da quel contesto normativo per farlo assurgere a norma di generale applicazione a rapporti caratterizzati da squilibrio tra le posizioni contrattuali.

⁴⁹ In questi termini, R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I contratti*, 2010, 524 ss., il quale precisa che, ove risultino integrati gli estremi della legge speciale, dovrebbe correttamente farsi riferimento a quest'ultima e non al principio generale; aderisce all'impostazione M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, 7, il quale puntualizza che, la tesi accolta dalla Cassazione implica un'applicazione diretta e non analogica dell'art. 9 a tutti i rapporti tra imprese. L'abuso di dipendenza economica è assimilato all'abuso del diritto nell'esercizio dell'autonomia privata, altresì, da M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, 88; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2002, 325. E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica, oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 0/2012, 619 ss., adduce la vigenza del principio di non abuso per negare il carattere eccezionale della norma di cui all'art. 9. Raffrontando tale norma al sistema, l'autore ritiene che la stessa sia con esso compatibile, in quanto riconducibile al predetto principio, dal quale scaturirebbe. In giurisprudenza, depone in favore di tale assunto un passaggio di Cass., Sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24906, cit., ove la Corte rinvia espressamente all'orientamento già espresso nel 2009, secondo cui l'abuso di un diritto, inteso come esercizio dello stesso senza rispettare la buona fede e la correttezza, ma generando uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, espone l'abusante all'inefficacia dell'atto e al risarcimento del danno.

⁵⁰ G. SBISÀ, *Controllo contrattuale esterno, direzione unitaria e abuso di dipendenza economica*, in *Contr. e impr.*, 2015, 815 ss.; N. LIPARI, *op. cit.*, 5, nota 19, ad avviso del quale, nonostante le sovrapposizioni lessicali, dal tema dell'abuso del diritto rimarrebbero fuori le ipotesi di cui agli artt. 33 ss. cod. cons. e tutti gli interventi legislativi in tema di contratti asimmetrici tra imprenditori, in particolare, la l. n. 287 del 1990, art. 3, in materia di abuso di posizione dominante; il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231. In giurisprudenza, la tesi riduttiva che ritiene applicabile il divieto di abuso di dipendenza economica ai soli rapporti di subfornitura è stata sostenuta da: Trib. Bari, 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, 3208, con nota di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal caso limite alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*; Trib. Taranto, 17 settembre 2003, in

Portando l'attenzione sul rapporto tra l'abuso del diritto e l'ipotesi di cui all'art. 9 l. n. 172 del 1998, si osserva che, nell'uno e nell'altro caso, l'autore del contegno mira a conseguire un vantaggio al quale non avrebbe diritto. Il dato non sarebbe sufficiente, però, a colmare il divario tra le due figure⁵¹.

In particolare, presupponendo una configurazione più restrittiva dell'abuso, è stato riscontrato che: tale nozione perderebbe la propria coerenza interna⁵², se ad essa venissero ricondotti i casi di abuso di situazioni di preminenza economica; ove, in realtà, non vi è un diritto del quale possa postularsi un abuso.

Un rilievo sarebbe assunto, in queste fattispecie, dallo sfruttamento della posizione in cui una parte si trova dal punto di vista economico, piuttosto che dall'esercizio non corretto del diritto.

Il termine «abuso» sarebbe sinonimo di «approfittamento» e riguarderebbe (non diritti bensì) situazioni rilevanti sul piano fattuale⁵³.

Obiezioni sono state sollevate nei confronti delle riferite considerazioni, in quanto, è stato rilevato che, posta la possibilità di configurare un abuso rispetto all'esercizio di ogni prerogativa, quindi, anche delle libertà⁵⁴, nulla porterebbe a escludere che ciò possa avvenire in ordine alla libertà di contratto⁵⁵.

Danno e resp., 2004, 67, con nota di G. COLANGELO, *Storia di una dipendenza abusata*; con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Subfornitura di fatto, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e tutela cautelare*; Trib. Roma, 17 marzo 2010, in *Danno e resp.*, 2010, 1175, con nota di G. COLANGELO, *L'ambito di applicazione dell'abuso di dipendenza economica: il caso Logista Italia*; App. Napoli, 13 marzo 2012 e Trib. Milano, 23 settembre 2013, in *www.leggiditalia.it*.

⁵¹ G. D'AMICO, *op. cit.*, 21, nota 54; C.A. NIGRO, *op. cit.*, 2549 ss.

⁵² C.A. NIGRO, *op. cit.*, 2548.

⁵³ G. D'AMICO, *op. cit.*, 21.

⁵⁴ *Supra*, nota 8.

⁵⁵ F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, 28.

In questi casi, sarebbe pur sempre necessaria una condotta di abuso del potere economico; la quale si esplicherebbe nell'esercizio della libertà contrattuale⁵⁶.

La Cassazione nel 2009 non ha affrontato, in effetti, solo la questione dal punto di vista del controllo sull'esercizio di poteri contrattuali; la categoria dell'abuso è stata riferita, altresì, al vaglio (in senso integrativo e modificativo⁵⁷) dell'intero statuto negoziale⁵⁸.

Un tentativo in essa è stato riscontrato dalla dottrina⁵⁹, diretto ad attribuire al giudice il potere di compiere un sindacato sul «se», ovverosia (riportando

⁵⁶ F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, 29, il quale osserva che, la prevalenza della forza contrattuale non potrebbe assumere alcun rilievo, se non si procedesse alla contrattazione e alla conseguente stipulazione di un contratto caratterizzato da squilibrio.

⁵⁷ Rappresentativo, in particolare, è un passaggio, ove si afferma testualmente che: «il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi».

⁵⁸ Su tali aspetti, in senso critico, C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza*, cit., 139 ss., il quale si sofferma sugli *obiter dicta* di cui è disseminata la sentenza.

⁵⁹ Sul punto, in senso critico, A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2010, 354 ss., pone in evidenza una contraddizione nel ragionamento della Corte, là dove, dapprima, nel richiamare la propria giurisprudenza, essa sembra ribadire che le regole di comportamento siano una categoria diversa dalle regole di contenuto, e che, dunque, la violazione delle prime non possa incidere sulla valutazione del contenuto del contratto, salvo espressa previsione legislativa; in seguito, sembra ricorrere alla figura dell'abuso per valutare negativamente la clausola che prevede la libera facoltà di recesso. Ad avviso di chi scrive, la confusione è generata dalla duplice valenza riconosciuta alla buona fede. Nella prima parte della pronuncia, la corte considera la buona fede come regola di governo dell'esecuzione; nella seconda, rilievo viene attribuito alla buona fede in funzione integrativa. La contraddizione risiede nell'aver assunto un'accezione lata di buona fede integrativa, tale da consentire al giudice di intervenire sul contenuto dell'accordo andando oltre la specificazione della volontà delle parti sulla base delle circostanze del caso concreto, al fine di assicurare l'equilibrio tra le prestazioni.

l'assunto al caso di specie) sul diritto stesso di recedere *ad nutum*, in nome della buona fede e dell'abuso⁶⁰.

La figura, in questa chiave, si estenderebbe al punto da poter includere al proprio interno quelle ipotesi in cui il contegno contestato si realizza nel momento della posizione del testo, ove la stessa libertà contrattuale diviene oggetto di abuso⁶¹.

Da altro punto di vista, è stato osservato che, il divieto di abuso della dipendenza economica non sarebbe assimilabile al principio che vieta l'abuso del diritto, così come configurato dalla giurisprudenza della

⁶⁰ La categoria dell'abuso, del resto, è stata descritta come quello strumento che ha provocato una progressiva erosione del principio, proprio degli ordinamenti giuridici borghesi-liberali, della assoluta discrezionalità e della immunità da qualsivoglia forma di controllo degli atti realizzati in nome della libertà e dell'autonomia privata (S. PATTI, *op. cit.*, 8).

⁶¹ Già E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1950, 172, rilevava che «lo strumento dell'autonomia privata posto nelle mani dei singoli non deve essere sviato dalla sua destinazione». Diversamente, più di recente, N. LIPARI, *op. cit.*, 5, nota 19, sottolinea l'opportunità di distinguere l'abuso del diritto, riferito al momento dell'esercizio, rispetto alle ipotesi in cui l'«abuso» si manifesta, ad esempio, nel momento di posizione del testo contrattuale, riferibile alla figura di un «abuso di libertà contrattuale». Sul tema, L. RAISER, *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economica di tre decenni*, Giuffrè, Milano, 1990, in part. 66; R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, cit., 217 ss.; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 296 ss.; F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio della libertà contrattuale*, in *Giur. merito*, 12/2007, 8 ss.; F. DI MARZIO, *Abuso contrattuale*, in *Enc. giur.*, I (2007), 1 ss.; ID., *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino 2010, 27 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2005, 663 ss.

Cassazione, in quanto, diversamente opinando, risulterebbe intaccata la distinzione tra regole di validità e di comportamento⁶².

L'art. 9, prevedendo la nullità del patto, come conseguenza della condotta ivi contemplata, descriverebbe una fattispecie autonoma e distinta, non riconducibile al principio generale dell'abuso del diritto, inteso quale criterio per valutare la conformità/difformità di un contegno rispetto all'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza.

Una soluzione diversa consentirebbe all'abuso (conseguentemente, alla buona fede) di oltrepassare i confini delle regole di comportamento, fino ad attivare rimedi in chiave di validità.

⁶² Diversi autori, in dottrina, hanno suffragato la tesi della completa autonomia tra le regole di validità e quelle di correttezza. A titolo esemplificativo, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989, 171; L. CARRARO, *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 797; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1961, 28; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Cedam, Padova, 1969, 51 ss., il quale, a sostegno della tesi in parola, adduce il caso del risarcimento del danno in favore del soggetto che abbia ottenuto l'annullamento per dolo; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969, 234 ss., il quale, invece, valorizza la disciplina del dolo incidente, in quanto ipotesi di violazione della normativa di correttezza sanzionata con il risarcimento e non incidente sulla validità dell'atto negoziale; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 9.

La perdurante vigenza del principio di non interferenza, in dottrina, è condivisa da C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.

Sul tema, ma con approcci ed esiti differenti, A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Cedam, Padova, 2009, 405 ss.; D. MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2011, 15 ss.; P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 1/2011, 1 ss.; S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*; R. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2013, *passim*).



n. 1/2018

Alla netta separazione fra le due sfere, avallata da un intervento delle Sezioni Unite⁶³, continua ad accompagnarsi, tuttavia, una tendenza, diretta a individuare spazi, in cui si registra una sovrapposizione tra i due termini⁶⁴;

⁶³ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Danno resp.*, 2008, 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Dir. fall.*, 2008, 1 ss., con nota di F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.U.) 19 dicembre 2007, n. 26725*. Sulla pronuncia, altresì, A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 393 ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, *ivi*, 403 ss.

⁶⁴ Nell'ordinanza della prima sezione della Cassazione, che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, si legge che il tradizionale principio di non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità del negozio, apparirebbe incrinato da molteplici recenti interventi del legislatore, i quali sembrerebbero assegnare rilievo al comportamento contrattuale delle parti anche ai fini della validità del contratto. Vengono citate, in particolare, la l. n. 192 del 1998, art. 9, in tema di abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura di attività produttive; l'art. 52, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo), concernente i contratti stipulati telefonicamente; l'art. 34 del citato codice, in tema di clausole vessatorie; l'art. 7, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, riguardante la clausola di dilazione dei termini di pagamento; la l. n. 287 del 1990, art. 3, in materia di abuso di posizione dominante (Cass., 16 febbraio 2007, n. 3684). Di questo dato hanno preso atto le stesse Sezioni Unite, le quali hanno ribadito, tuttavia, l'opportunità di mantenere la netta separazione, reputando che tale tendenza non sia ancora sufficiente a giustificare una soluzione differente (Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit.). In dottrina, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 9 ss. ritiene che l'allargamento dell'orizzonte all'integrazione europea abbia eroso in maniera sostanziosa la valenza delle categorie tradizionali, incapaci di adeguarsi, nella loro rigidità, agli interessi di nuova emersione e alla duttilità dello strumentario rimediario dettato dalla legislazione di derivazione comunitaria. La distinzione in parola, col tempo, sarebbe andata incontro ad un «progressivo scolorimento» secondo F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XI (1994), 492. Sarebbe in atto, difatti, un graduale fenomeno di trascinarsi della correttezza sul terreno del giudizio di validità dell'atto. Da questo punto di vista, l'interferenza tra le norme sulla validità e quelle sulla buona fede nelle rispettive sfere d'applicazione si verifica nelle ipotesi in cui la causa dell'invalidità è

tra gli esempi addotti a sostegno di una simile ricostruzione si annovera, appunto, l'art. 9.

Anche il principio di non abuso, come configurato a partire dal caso Renault, può essere inserito nella riferita tendenza, là dove si attribuisce al giudice il potere di compiere un vaglio sul contenuto del contratto, in nome di esso; il quale, nelle pronunce giurisprudenziali, viene invocato non in maniera isolata, bensì congiuntamente alla buona fede.

I risvolti di una simile impostazione possono essere analizzati, a partire da alcune pronunce in materia di contratti tra imprese, nell'ambito di controversie, le quali si prestano a essere risolte mediante un ricorso all'art. 9.

La norma, che pure travalica i confini della subfornitura, descrive una fattispecie complessa, esigendo, oltre alla condotta abusiva, un requisito ulteriore, la dipendenza economica, in mancanza del quale essa (con i rimedi relativi) non può trovare applicazione.

Pronunce di rigetto non mancano, quindi, nei casi in cui tale elemento decisivo non risulti provato⁶⁵.

Senonché, una condotta abusiva può residuare. Ed allora, si tratta di verificare se margini sussistano per una soluzione differente, che punti a riconoscere una forma di tutela all'impresa danneggiata, sulla base di altri referenti.

4. Dipendenza economica e abuso del diritto in una recente decisione.

Tale spazio può essere coperto, appunto, dal principio che vieta di abusare di un proprio diritto, al quale l'art. 9 offrirebbe, in quest'ottica, un referente

riconducibile alla condotta dolosa di uno dei contraenti (sul punto, già G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Cedam, Padova, 1972, 114 ss.).

⁶⁵ App. Torino, 11 ottobre 2013; Trib. Vercelli 14 novembre 2014, in *Foro It.*, 10/2015, 3344 ss.

normativo, insieme ad altre disposizioni collocate in sedi differenti⁶⁶, consentendo una piena operatività dello stesso all'interno dell'ordinamento. Esso ha trovato applicazione in una recente ordinanza emessa dal Tribunale di Bergamo, chiamato ad accertare in via d'urgenza la sussistenza di un abuso di dipendenza economica, il quale si sarebbe sostanziato in un recesso *ad nutum*, nell'ambito di più contratti di concessione di vendita⁶⁷.

Sebbene l'ampia portata dell'art. 9 l. subfornitura non sia stata messa in discussione, la norma non è stata applicata al caso di specie, per difetto di prova in ordine al requisito della dipendenza economica. La domanda avanzata dall'impresa ricorrente, però, ha trovato accoglimento, sulla base dei principi generali di abuso del diritto e buona fede, in ragione della riscontrata forza contrattuale della parte resistente⁶⁸.

Il Tribunale, forte della pronuncia del 2009, ha sostanzialmente manipolato la clausola attributiva del recesso, revisionando la durata inizialmente pattuita dalle parti.

L'esercizio del recesso entro un periodo di tempo pari a tre mesi, conformemente alle previsioni contrattuali, è stato giudicato abusivo, e si è ritenuto che fosse «equo e pertinente» alla fattispecie concreta il diverso termine di un anno⁶⁹. Di conseguenza, è stato ordinato all'impresa

⁶⁶ Si allude agli artt. 33 ss. cod. cons, nonché agli interventi legislativi in tema di contratti asimmetrici tra imprenditori, ed in particolare, il d.lgs. n. 231 del 2002, in materia di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali.

⁶⁷ Trib. Bergamo, 4 gennaio 2017.

⁶⁸ In questo senso si era già espresso il Tribunale di Forlì, all'indomani del caso Renault. Pronunciandosi sulla portata dell'art. 9, il giudice ha puntualizzato che, quand'anche si volesse restringere l'ambito di operatività della norma, le domande attoree sarebbero state ammissibili, ove ricondotte ai principi di buona fede e divieto di abuso del diritto (Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, in Foro it., 5/2011, 1578 ss.).

⁶⁹ Il Tribunale sembra aver attinto al termine di preavviso minimo, rispetto agli accordi conclusi per una durata indeterminata, fissato dal regolamento CE, n. 1400/2002 della Commissione del 31 luglio 2002 (in GU L 203 del 1 agosto 2002, pag. 30) relativo all'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato CE (oggi art. 101, paragrafo 3, del Trattato UE) a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore

resistente di ripristinare il rapporto per il periodo corrispondente, rinviando all'eventuale fase di merito per la decisione sul risarcimento.

5. Considerazioni conclusive.

In materia di recesso, nel settore dei contratti di distribuzione tra imprese, un rilievo è attribuito alla disparità di forza contrattuale.

In questo contesto può scaturire un conflitto, in cui si contrappongono, da un lato, l'interesse dell'impresa recedente alla interruzione dei rapporti commerciali in atto; dall'altro, quello speculare della controparte, in ordine alla prosecuzione degli stessi.

Nella soluzione del contrasto, un ruolo è svolto dall'abuso del diritto, così come ricostruito, a partire dal caso Renault. La controversia, decisa dalla Cassazione nel 2009, ha riportato l'attenzione sul concetto; il quale è stato definito, in quell'occasione, come un criterio, alla luce del quale valutare la conformità di una condotta, rispetto alla clausola generale di buona fede e correttezza. Nella sentenza, il tema è affrontato in ordine all'esercizio di prerogative derivanti dal contratto. La portata riconosciuta al principio, però, è assai più vasta. Essa viene estesa al momento della posizione del testo.

automobilistico. L'efficacia di tale regolamento è cessata il 31 maggio 2010. In argomento, G. FAELLA, in *Mercato conc. reg.*, 3/2008, 613-624; G. COLANGELO, *Intesa restrittiva e nozione di accordo*, in *Foro it.*, 1/2004, 34 s.; F. BORTOLOTTI, *Distribuzione selettiva ed esclusiva nel regolamento 1400/2002: verso una nuova configurazione del concessionario di autoveicoli*, in *Contr. impr. Europa*, 1/2003, 71 ss.; G. SALONICO, T. ZAMPA, *Il Reg. 1400/2002: esenzione antitrust o regolazione di settore?*, in *Contr. impr. Europa*, 1/2003, 100 ss. Successivamente è stato adottato il regolamento UE, n. 461/2010 della Commissione (in GU L 129 del 28 maggio 2010, pag. 52) relativo all'applicazione dell'art. 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, in vigore fino al 31 maggio 2023.

Tale ricostruzione appare iscriversi in una più generale tendenza, giurisprudenziale e normativa, volta a porre rimedio alle asimmetrie di potere contrattuale, mediante un ventaglio di soluzioni diversificate, dirette a tutelare la parte svantaggiata.

Centralità viene attribuita, in quest'ottica, alla norma che vieta di abusare della dipendenza economica; la cui sfera applicativa viene estesa oltre i confini della relativa collocazione sistematica.

In ordine alla fattispecie, sono state previste forme di invalidità dei patti e dei contratti, ma non è stato trascurato il tradizionale strumento risarcitorio. A ciò, è stato affiancato il diverso e ulteriore rimedio, implicante l'intervento del giudice, rispetto al contenuto negoziale.

La norma è stata intesa come una specificazione del generale principio che vieta di abusare di un proprio diritto. Essa rappresenterebbe, insieme ad altre disposizioni introdotte su impulso del legislatore comunitario, un referente, sul quale fondare la vigenza del predetto principio all'interno dell'ordinamento.

L'impostazione riferita sembra orientare la giurisprudenza, in materia di contratti di distribuzione. Tale settore ha dato un contributo significativo alla costruzione di una categoria ampia, modellata sui rapporti tra imprese; la quale, pur divergendo dalla sua configurazione più classica, presenta elementi non estranei alle teorie elaborate nel tempo intorno all'istituto. Essa si presta ad accogliere, al proprio interno, i casi di esercizio abusivo del diritto, ed altresì, quelli in cui viene in questione un esercizio abusivo della stessa libertà contrattuale.

Trascorso quasi un decennio dalla pronuncia sul caso Renault, i principi di diritto enunciati dalla Cassazione nel 2009, rispetto alla figura più generale, e nel 2011, in ordine all'art. 9 della legge sulla subfornitura, hanno più volte trovato applicazione in questo contesto, connotato da una disparità di forza contrattuale tra imprese.

Resistenze sono ancora opposte, invece, quando si tratti di applicare gli stessi, al di fuori del predetto spazio operativo, ove si riscontra la tendenza

a rimarcare la distinzione tra regole di validità e di comportamento e a escludere che l'abuso del diritto possa assumere rilievo, rispetto a possibili abusi della libertà contrattuale.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

DOMENICO BILOTTI

Illecito arricchimento, economia di mercato ed etiche religiose (note a margine di un recente documento della Congregazione per la Dottrina della Fede)

ABSTRACT – The relationships between legal orders, religious principles and economics represent a recognized scientific area to investigate the concrete organization of a social system and the rules adopted to keep a sort of social sustainability. During last decades the theme has reached a newer and more relevant grade of attention, probably because current financial crises have favored the dominancy of financial institutions in shaping the paradigm of everyday life. The aim of this essay is to underline this kind of tension starting from a recent document of The Congregation for the Doctrine of the Faith. It should be considered a confirmation of many propositions declared by the Pope in other ecclesiastical acts, but it even definitely means that the Roman Catholic Church has still not established a univocal doctrine to face the neoliberal phase of capitalism, somehow risking to maintain and to enforce this troubled situation.

KEYWORDS – Canon Law, Economy, Financial Law, Religious Ethics, Congregation for the Doctrine of the Faith



**Illecito arricchimento, economia di mercato ed etiche religiose
(note a margine di un recente documento della Congregazione
per la Dottrina della Fede)****

SOMMARIO: *1. Una premessa sull'ambito di indagine: i rapporti tra il diritto e le religioni nel quadro della finanziarizzazione della decisione politica – 2. Le Oeconomicae et pecuniariae quaestiones. Limiti e prospettive del documento della Congregazione per la Dottrina della Fede e del Dicastero per il servizio dello sviluppo umano integrale – 3. Prime conclusioni: prospettive di analisi sistematica sulle relazioni tra il diritto e l'economia nella canonistica recente.*

1. Una premessa sull'ambito di indagine: i rapporti tra il diritto e le religioni nel quadro della finanziarizzazione della decisione politica

Le etiche religiose si sono tradizionalmente proposte come codici comportamentali esaustivi nella pratica dei fedeli¹. La dimensione tipicamente propria delle transazioni economiche non ne è perciò mai stata

* Docente di "Diritto e Religioni" presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ La tesi trova numerose argomentazioni a suffragio (e un'ampia casistica di riferimento) in D. FASSIN (a cura di), *A Companion to Moral Anthropology*, Wiley-Blackwell, Oxford-Malden, 2012; è organizzato per studi riferibili alle diverse ascendenze confessionali il volume di D.A. CLAIRMONT, *Moral Struggle and Religious Ethics*, Wiley-Blackwell, Oxford-Malden, 2011, ancorché per rimarcare la specificità degli insegnamenti buddhisti rispetto ai fenomeni confessionali ecclesiastici generalmente intesi. Alcuni elementi critici, all'opposto, su questa connaturata attitudine obbligante, che la religiosità organizzata tende a imprimere sulla sfera soggettiva del seguace, in T.A. LEWIS, *Freedom and Tradition in Hegel. Reconsidering Anthropology, Ethics and Religion*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2005.

espressamente esclusa. È correttamente sostenibile, anzi, che persino i movimenti radicalmente pauperistici, ordinati secondo il più profondo disprezzo per i beni materiali, abbiano in fondo avuto una propria disciplina interna nel riferirsi alle ricchezze terrene, basata stavolta non su una regolamentazione dettagliata di condotte lecite e illecite, semmai sull'aprioristico rifiuto per ogni forma di acquisizione patrimoniale². L'evidenza del rapporto tra l'economia e la religione trova una sua specifica collocazione nel prisma del diritto: esso è deputato a costruire sul piano normativo quella sistematica dei rapporti sociali che le religioni fondano in primo luogo nel senso teologico e spirituale. Sarebbe d'altra parte inopinato ritenere che, negli ordinamenti secolari, il diritto svolga una funzione ancillare rispetto ai dettami religiosi. Soprattutto presso la più parte delle opinioni pubbliche occidentali, è ormai il primo che appare nella sua veste ordinante, generale e astratta negli intendimenti e spesso costrittiva e ipertrofica nella sua regolamentazione dei casi concreti³; i secondi sono

² Proprio per tali ragioni la gerarchia ecclesiastica intese preferire quelle forme di religiosità che predicassero in modo meno radicale stili simili di elevazione spirituale. Si veda K. ESSER, *Origini e inizi del movimento e dell'ordine francescano*, Jaca Book, Milano, 1997, 227; l'opposizione curiale ai movimenti ereticali pauperistici si fonda spesso proprio sul rifiuto di questi ultimi ad accettare qualsivoglia forma di temporalismo. Cfr. C. MORNESE, G. BURATTI (a cura di), *Eretici dimenticati. Dal Medioevo alla modernità*, Derive Approdi, Roma, 2004.

³ Simile sensazione è ovviamente più forte nei soggetti che provengono da una cultura diversa da quella del legislatore che ha posto in essere le norme. In proposito, v. T. MAZZARESE (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2013. Più in generale, la sensazione di distanza che il destinatario della norma rischia di percepire, nei confronti dei soggetti che la pongono in essere e che ne sorvegliano l'applicazione (dall'economia alla politica, passando per le convinzioni religiose), trova adeguata esplicazione in N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002, 93-94. Applicazioni specifiche di questa sottesa tensione applicativa, soprattutto nella scienza criminologica, forense e processualistica, in R.J.R. LEVESQUE, *The Psychology and Law of Criminal Justice Processes*, Nova Science, New York, 2006, 384 ss.

ricondotti a una dimensione privata che, pur reclamando un crescente ritorno di protagonismo nella sfera pubblica⁴, rappresenta solo in parte un orizzonte di senso imperativo e/o deontologico. A rendere più complessa la rilettura, in ottica giuridica, dei rapporti tra l'economia e la religione interviene un sempre più visibile scarto tra la rivendicazione dei principi religiosi come fondamenti etici dell'agire collettivo e la dinamica applicativa dei precetti confessionali. Organizzazioni religiose che godono di risorse materiali ingenti e che mirano, come soggetti civili della *lex mercatoria*, a incrementare di continuo le proprie acquisizioni patrimoniali⁵ possono, poi, reclamare autorevolezza nel parlare di nuovi modelli di sviluppo, senza avere chiarito quale debba esserne la direzione e senza avere preventivamente risolto il dilemma su quale accezione di sviluppo debba essere proposta alle comunità dei fedeli? Il tema testé sollevato pare riprendere in modo più circostanziato una questione di portata più generale. Le qualità soggettive risultano realmente indifferenti alla formulazione dei giudizi morali? E, ancora, il significato di una prescrizione normativa o di una indicazione esortativa può essere così asetticamente e agevolmente disgiunto dalle condotte concrete di chi ha statuito la norma o ha espresso un'esortazione⁶?

⁴ J. CASANOVA, *Exploring the Postsecular: Three Meanings of the Secular and Their Possible Transcendence*, in C. CALHOUN, E. MENDIETA, J. VANANTWERPEN (a cura di), *Habermas and Religion*, Polity Press, Cambridge-Malden, 2013, 27 ss.

⁵ Secondo l'intransigente ricostruzione, sebbene in calce a un caso concreto, di R. RINGVEE, *Regulating Religion in a Neoliberal Context: the Transformation of Estonia*, in F. GAUTHIER, T. MARTIKAINEN (a cura di), *Religion in the Neoliberal Age: Political Economy and Modes of Governance*, Routledge, London-New York, 2016, 157-158. Questo meccanismo si realizza ancor più quando l'acquisizione patrimoniale è mimetizzata in un fine solidaristico nei fatti non perseguito.

⁶ Sulla natura anticarismatica dei giudizi morali è consigliabile vedere M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori*, Laterza, Roma-Bari, 1999, che tratta della questione secondo tre fondamentali direttrici (la struttura linguistica di questi giudizi, il criterio metaetico della loro selezione, i legami tra la morale e il diritto).

Lungi dal pretendere di fornire risposte definitive ai quesiti summenzionati, la cui attualità esce però costantemente rafforzata dalla crescente ingerenza del movente economico in tutti i livelli della vita associata, il presente lavoro si dedicherà specificamente a formulare prime considerazioni a partire da un recente documento della Congregazione per la Dottrina della Fede e del Dicastero per il servizio dello sviluppo umano integrale⁷, *Oeconomicae et pecuniariae quaestiones. Considerazioni per un discernimento etico circa alcuni aspetti dell'attuale sistema economico e finanziario*. Il ricordato documento propone tematiche di carattere generale che sembrano interrogare anche le coscienze che non si riconoscono nelle forme consuete della religiosità organizzata e, più specificamente, nel Magistero della Chiesa cattolica. Vagliarne criticamente le asserzioni, perciò, oltre a consentire di lumeggiare l'ordinamento canonistico suo proprio, secondo una direttrice d'analisi di immediata ricaduta sociale, potrà contestualmente permettere di elaborare una bozza di riflessione sui rapporti tra la religione e l'economia. Ci si potrà inoltre concentrare su come la domanda etica in materia di economia e finanza stia conseguendo, anche agli occhi del giurista, una più forte rilevanza, accelerata dalla centralità degli interessi economici nei processi decisionali, anche al di fuori delle tradizionali cornici normative statuali.

Quanto alla titolazione del presente contributo, infine, si precisa che per "illecito arricchimento" si intende una visione parzialmente diversa – e inevitabilmente più ampia – dell'ingiustificato arricchimento o arricchimento senza causa della dogmatica privatistica italiana (in primo luogo, quella consolidatasi a partire dall'esegesi delle codificazioni civili)⁸.

⁷ Congregazione per la Dottrina della Fede, Dicastero per il servizio dello sviluppo umano integrale, *Oeconomicae et pecuniariae quaestiones. Considerazioni per un discernimento etico circa alcuni aspetti dell'attuale sistema economico e finanziario*, 6 Gennaio 2018, in <http://www.vatican.va>.

⁸ Studi classici sul tema, nel diritto privato italiano, devono essere considerati E. FANARA, *Gestione di affari e arricchimento senza causa nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano,

Probabilmente, però, esistono dei punti di contatto tra l’accezione comune di “illecito arricchimento”, qui intesa appunto alla stregua di qualsivoglia profittevole beneficio conseguito in modo illecito, e quella, più precisa, dell’ingiustificato arricchimento della sistematica civilistica (il divieto di arricchirsi senza causa a spese altrui). L’una e l’altra tendono a richiamare una idea delle relazioni sociali che addirittura precede la formale instaurazione dei rapporti contrattuali. Detta idea è riassumibile, in fondo, ancora attraverso il precetto prudenziale rinvenuto da Sesto Pomponio⁹, secondo cui è *iure naturae* equo che nessuno possa arricchirsi a danno di un altro e in difformità dal diritto. La vera differenziazione tra le diverse discipline di arricchimento “illecito”, nell’amplissima accezione prima proposta, consiste probabilmente nella precisa individuazione del “danno” inferto alla sfera patrimoniale e non patrimoniale altrui e nella corretta enucleazione di cosa intendere per atto “difforme dal diritto”.

Anche quest’ambito di ricerche, del resto, dimostra l’attitudine storicamente accertata del diritto canonico a preservare le istituzioni romanistiche nei secoli medievali dell’Europa cristiana¹⁰. Sesto Pomponio era un giurista del II secolo che, pur non essendosi mai convertito, ha incarnato un’efficace dottrina di transizione dalla saggezza dei giuristi della generazione precedente (Nerazio Prisco e Giuvenzio Celso Figlio¹¹) alle sensibilità nuove che inizieranno ad allignare nella romanità giuridica dei

1966; P. TRIMARCHI, *L’arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962. Più di recente, E. MOSCATI, *Studi sull’indebitato e sull’arricchimento senza causa*, CEDAM, Padova, 2012.

⁹ Così, infatti, il giurista romano in D. 50, 17, 206: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniura fieri locupletioem*.

¹⁰ Si veda la considerazione introduttiva di G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2012, 5-6.

¹¹ Sulla grande vitalità culturale di questa fase, in cui i due giuristi richiamati rappresentano un oggettivamente efficace spartiacque tra momenti storici differenti e allo stesso tempo un *climax* politico complessivo difficilmente ripetibile, cfr., per tutti, E. CIZEK, *Il saeculum Traiani, apogeo della cultura e della civiltà romana*, in AA. VV., *Epigrafia e Territorio, Politica e società. Temi di antichità romane*, Edipuglia, Bari, 1994, 301 ss.

secoli successivi. Si tratta dei secoli in cui, dal quarto in avanti, la religione cristiana, da setta del giudaismo spesso perseguitata, diverrà parte integrante del quadro complesso delle istituzioni imperiali¹².

Ciò, senza pretendere di ingenerare parallelismi forzosi rispetto ai temi oggetto di studio nel lavoro, mira a confermare come la religione, l'economia e il diritto abbiano sempre avuto un canale preferenziale per richiamarsi vicendevolmente: proporre una visione normata dell'agire individuale e associato.

2. Le Oeconomicae et pecuniariae quaestiones. Limiti e prospettive del documento della Congregazione per la Dottrina della Fede e del Dicastero per il servizio dello sviluppo umano integrale

Il predetto angolo visuale si rivela perciò idoneo per provare a rileggere le considerazioni svolte dalla Congregazione per la Dottrina della Fede e dal Dicastero per il servizio dello sviluppo umano integrale. Come si precisa in calce al documento succitato, le considerazioni sono state riferite al Pontefice in Udienza concessa al Segretario della Congregazione. Il Papa ha approvato il documento disponendone così la pubblicazione; questo meccanismo formale invero di frequente occorrenza fa buon gioco, ai fini dello studio presente, per sottolineare i legami intercorrenti tra il documento congregazionale e gli interventi resi e le posizioni espresse nel Magistero più recente sulle questioni di argomento sociale, economico e

¹² Tra le fonti che comprovano la validità dello spunto, restando al dibattito italiano, S. BERLINGÒ, *Il diritto divino nella dinamica dell'esperienza giuridica della Chiesa*, in AA. VV., *Diritto divino e legislazione umana*, Giappichelli, Torino, 1998, 123 ss.; P.A. BONNET, *Comunione ecclesiale, diritto e potere. Studi di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1993; S. PRISCO, *La laicità e i suoi contesti storici. Modelli socio-culturali e realtà istituzionali a confronto*, in *Diritto & Religioni*, 1-2/2006, 301 ss. (in special modo, 301-303).

finanziario. Lo consente l'identità tematica, lo conferma il diffuso rispecchiamento di posizioni.

Il primo indice di questa continuità si rinviene al § 2, nel quale Dicastero e Congregazione richiamano il Magistero di Francesco sulla necessità di costruire una «civiltà dell'amore»¹³. Rimessa a una citazione, per quanto suggestiva, un'intenzione del genere rischia di risultare anodina, oltre che giuridicamente inappagante, perciò si rende particolarmente utile un iniziale tentativo di giustificazione quale quello di cui al susseguente § 3, allorché si afferma che nelle diverse culture sussistono ampie convergenze su alcune questioni etiche fondamentali, ritenute espressione di «comune sapienza morale». Un'intuizione consimile viene presentata anche nel Magistero ecclesiastico di Benedetto XVI, cui gli estensori del documento fanno espresso riferimento nell'apparato bibliografico correlativi. Nonostante l'autorevole promanazione, il riferimento non è del tutto chiaro: ci si riferisce forse all'accezione giusnaturalistica e cristiana del diritto e della morale¹⁴? Si indica l'esistenza di un comune retroterra sapienziale nelle diverse culture normative? L'impressione è che in questi passaggi, come al successivo § 5, la valenza descrittiva del documento sia forse inficiata da una prospettiva ottimistica apprezzabile, ma che i fatti non stanno corroborando appieno. Si ammette, ad esempio, proprio nel quinto paragrafo, che la recente crisi finanziaria avrebbe potuto e dovuto stimolare la messa in atto di nuovi strumenti normativi, finalizzati a una

¹³ Sui possibili antecedenti teologici ed esegetici di questa impostazione, peraltro condivisa nelle sensibilità ecumeniche delle Chiese protestanti, vedasi P. VERHOEVEN, *L'uomo Gesù. La storia vera di Gesù di Nazareth*, Marsilio, Venezia, 2011, 105-106. Per una rilettura dei passaggi del Magistero orientati all'enucleazione di questo approccio, ancorché da irrobustire sul piano degli strumenti normativi d'attuazione, cfr.: D. BILOTTI, *Diritto e potere nei rapporti tra le giurisdizioni civili e le autonomie confessionali*, Pellegrini, Cosenza, 2015, 92-93.

¹⁴ J. FINNIS, *Natural Law & Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011, 36-49; L.J. WINTGENS, *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Ashgate, Farnham-Burlington, 2012, 9.

riaffermazione di principi etici nell'attività economica; pur essendo inevitabile considerare che nulla di tutto ciò è avvenuto, il documento si spinge a considerare i «molti sforzi positivi» compiuti dai diversi Stati e dalle diverse istituzioni. Cosa hanno prodotto in concreto questi sforzi, se davvero vi sono stati? Stando all'ordine giuridico euro-unitario, la regolamentazione *cornice* dell'ultimo decennio sembra avere prevalentemente ristretto i margini di operatività dei bilanci statuali¹⁵, contemporaneamente dando vita a una generazione di movimenti politici che, in nome del rifiuto di impostazioni istituzionali e contabili troppo prudenti e conservative, non si è fatta scrupolo di adottare argomenti nazionalisti e razziali¹⁶. Data l'attitudine della Congregazione e del Dicastero a intervenire anche su questioni di natura morale, come *statutariamente* loro proprio, un riferimento alla vacuità, alla contraddittorietà e alla pericolosità di forme di propaganda siffatte non sarebbe stato superfluo e non avrebbe costituito una forma di ingerenza politico-elettorale. Avrebbe significato piuttosto ricondurre l'azione politica ai suoi doveri di carità (per la sfera etico-religiosa¹⁷) e di solidarietà (per ciò che concerne l'assetto politico-istituzionale del costituzionalismo post-bellico¹⁸).

¹⁵ Fornendo una prima valutazione delle politiche di bilancio nell'ordinamento italiano, ma anche significativi elementi comparatistici, v. G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Giappichelli, 2015, 97-111.

¹⁶ Il fenomeno riguarda, e da tempo, anche ordinamenti diversi da quelli statuali europei. C. BERLET, M.N. LYONS, *Right Wing Populism in America. Too close for comfort*, Guilford Press, London-New York, 2000, 265-286. Per una rilettura di questa fase nel diritto parlamentare europeo, utile T. AKKERMAN, S.L. DE LANGE, M. ROODUJIN (a cura di), *Radical Right-Wing Parties in Western Europe. Into the Mainstream?*, Routledge, London-New York, 2016.

¹⁷ G. VATTIMO, *Credere di credere*, Garzanti, Milano, 1996, 70-82; ID., *Dopo la cristianità. Per un cristianesimo non religioso*, Garzanti, Milano, 2002, 99-108.

¹⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 150-153.

Rispetto alla tradizione ecclesiastica dei secoli trascorsi, certo, emerge una nuova considerazione del «denaro», non più, almeno proclamativamente, valutato alla stregua di *sterco del demonio*, ma riguardato in un'ottica funzionalista e di sostanziale apertura e incoraggiamento¹⁹. Al § 6 è pedissequamente riproposto il monito dell'Esortazione *Evangelii Gaudium*, per cui il denaro debba «servire» e non «governare». Il denaro, cioè, ha una funzione utile, allorché sia adoperato nella realizzazione di scopi non meramente utilitaristici.

Questa asserzione introduce una qualche forma di contraddizione o, perlomeno, di disarmonia argomentativa rispetto alla conclusione del § 9, poiché in essa si pone un elemento morale normalmente non ricompreso nella disciplina contrattualistica delle codificazioni civili. Si suggerisce, infatti, un elogio della gratuità come condizione applicativa della carità, ponendo sullo stesso piano l'ideologia del «dono senza contropartita» e quella privatistico-negoziale dello «scambio di equivalenti». In una sistemica religiosamente connotata delle relazioni sociali, l'uno e l'altro aspetto debbono davvero essere ritenuti, come recita il documento, *inseparabili e complementari*? Non si dovrebbe evangelicamente favorire una cultura dello scambio che prescinde dalla quantificazione patrimoniale delle reciproche utilità di un rapporto sinallagmatico²⁰? Fino a che punto le stesse legislazioni civili davvero considerano i due epifenomeni della pratica negoziale paritetici? Non v'è persino in esse una valutazione

¹⁹ Il più noto riferimento, in termini storico-ricostruttivi, deve essere ritenuto J. LE GOFF, *Lo sterco del diavolo. Il denaro nel Medioevo*, Laterza, Roma-Bari, 2010. È anche vero che negli ultimi anni si sono affiancate letture alternative del tema, espressive però di una sensibilità che è stata talvolta minoritaria nella storia del cristianesimo. Cfr. G. AGAMBEN, *Altissima povertà. Regole monastiche e forme di vita*, Neri Pozza, Vicenza, 2011; V. PAGLIA, *Storia della povertà. La rivoluzione della carità dalle radici del cristianesimo alla Chiesa di papa Francesco*, Rizzoli, Milano, 2014.

²⁰ D. PRATESI, *Le parole e l'incanto. I lineamenti testuali del Vangelo secondo Marco*, Armando, Roma, 2012, 93.

assiologicamente positiva del beneficio approntato per sole ragioni di liberalità²¹?

Sciogliere questi nodi non è operazione meramente teorica, anche perché è lo stesso documento a fare riferimento poi a fattispecie concrete rispetto alle quali l'autorevole suggerimento di modalità procedurali attuative avrebbe potuto, invero, dotarsi di contenuti propositivi ancor più apprezzabili, che invece non risultano puntualizzati.

Al § 10 ci si propone di dotare i corsi di istituzioni universitarie e *business schools* – centri di formazione in realtà funzionanti in alcuni ordinamenti ma in altri mai davvero storicamente configuratisi²² – di studi fondamentali che spieghino effetti e presupposti etici dell'attività finanziaria. Si apprezza che l'analisi ponga la centralità di questa necessità formativa tanto nel sistema apicale dell'istruzione pubblica quanto nel quadro degli enti di rango privatistico, anche se, per fronteggiare adeguatamente tale esigenza, sarebbe forse preferibile bilanciare secondo strategie pedagogiche almeno parzialmente diverse le differenti opzioni didattiche.

Al § 11 si invita a riconsiderare il computo del benessere materiale, sganciandone la commisurazione dagli indici del Prodotto Interno Lordo. Proprio su questo aspetto, le proposte giuridico-economiche degli ultimi due decenni²³, in direzione di un'accezione integrata della ricchezza

²¹ F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 231 ss.; G. MARCON, *Misura e valutazione della performance delle amministrazioni pubbliche*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (sotto la direzione di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2013, 262-265.

²² Una valutazione sul contributo offerto da questo tipo di istituzioni, ma anche sulla loro ancora oggi discontinua capillarizzazione, trovasi in M. MORSING, A.S. ROVIRA (a cura di), *Business Schools and their Contribution to Society*, Sage, New York-London-New Delhi, 2011.

²³ Lo dimostrano, dando conto del dibattito intervenuto, le due edizioni del volume di D.S. LANDES, *Wealth and Poverty of Nations*, Abacus, London, 1998 e 2015; per un ampliamento degli strumenti di misurazione della ricchezza nazionale e del benessere

oggettiva, sono state numerose e, spesso, adeguatamente fondate in termini scientifici. Anche dar conto di questa elaborazione sarebbe stato un elemento particolarmente meritevole di incoraggiamento.

Il § 14 affronta questioni di una certa rilevanza pure nell'ambito della pratica giuridica. Si considera, con precisione tecnica, che anche dinamiche contrattuali perfettamente lecite rischiano di produrre risultati iniqui, in ordine al profilo della costitutiva asimmetria informativa²⁴, che innerva i rapporti tra il professionista bancario e il risparmiatore medio, e riguardo alle possibili applicazioni distorsive della contrattazione standardizzata²⁵. L'una e l'altra considerazione sono certamente da accogliere: il risparmiatore non ha normalmente adeguata cognizione del mercato del risparmio e l'inevitabile standardizzazione di quei rapporti contrattuali non è di per sé garanzia dell'instaurazione di dinamiche negoziali paritetiche. Al contrario, ci si potrebbe spingere a considerare, a differenza di quanto fa il documento in esame: le pratiche di contrattazione standardizzata nell'ambito finanziario tendono spesso a preservare l'integrità dell'interesse creditorio professionale e a *danneggiare* persino l'attesa conservativa dell'utente.

È proprio per questo che suscita alcune riserve il § 16, nel momento in cui ripropone un elogio, sostanzialmente privo di ombre, di strumenti quali il credito cooperativo, il credito per le imprese e per le famiglie, il microcredito. È bene intendersi su un punto: l'erogazione di microcrediti con vincoli di scopo e le discipline agevolative a vantaggio di famiglie e piccoli imprenditori costituiscono *in re ipsa* strumenti sufficientemente

individuale, anche G. LOMBARDINI, *Visioni della sostenibilità. Politiche ambientali e strumenti di valutazione*, Franco Angeli, Milano, 2016, 308.

²⁴ Quanto alle ricadute giuridiche del tema, v. E. BOCCHINI, *Sostituzione giuridica nell'attività d'impresa e asimmetria informativa*, in M. TRIMARCHI (a cura di), *Rappresentanza e responsabilità degli enti collettivi*, Giuffrè, Milano, 2007, 96-98.

²⁵ Il tema è ampiamente avvertito in dottrina. P. GALLO, *Clausole vessatorie*, in ID., *Il contratto*, Giappichelli, Torino, 2017, 1071 ss.; V. ROPPO (sotto la direzione di), *Il trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, 248 ss.

sperimentati per produrre anche *spontaneamente* meccanismi di redistribuzione economica. Non va dimenticato, però, che la prima è stata spesso messa al servizio di interessi surrettizi, non sempre riferibili all'effettivo sviluppo delle comunità locali, e che le seconde, nella pratica del discorso pubblico, sono state frequentemente promesse a scopi elettoralistici e clientelari, aggravando, più che ridimensionando, le prassi abusive.

È la stessa ragione per cui è forse tardi per invocare «una certificazione da parte dell'autorità pubblica» sui «prodotti che provengono dall'innovazione finanziaria» (§19), dal momento che forme certificative consimili rischiano di rimarcare, in contesti come quello attuale, la sudditanza del potere pubblico, anche nell'esercizio dell'attività di valutazione, rispetto all'egemonia degli operatori economici organizzati più forti²⁶. Nello stesso paragrafo, si suggerisce un coordinamento sovra-nazionale in materia di legislazione finanziaria, ma esso, nelle sue forme convenzionali internazionali, già esiste e dovrebbe, semmai, essere approfondito e più adeguatamente regolamentato. Il suggerimento operativo di cui al successivo § 22 risulta parimenti da incoraggiare, ma anch'esso si trova avvinto in una certa contraddittorietà: si richiedono tecniche regolamentari invero già sperimentate o, peggio, probabilmente destinate a non realizzarsi nella pratica negoziale (in particolare, si perora la separazione della gestione del credito ordinario da quello destinato all'investimento e al «mero *business*». Come si qualifica, però, questa mera strumentalità del credito ai fini dell'investimento di rischio?).

Sul piano sistematico, perciò, il documento sembra percorso da stimoli e spunti meritevoli di approfondimento che, quando rimangono disarticolati

²⁶ Anche se, presso gli operatori, è diffusa una valutazione non ostile dell'eventuale accertamento pubblico dei requisiti di garanzia, ritenendosi necessitata detta attività di controllo. V., ad esempio, proprio in corrispondenza dell'acuirsi della non ancora risolta crisi creditizia, V.V. CHIONNA, *Le forme dell'investimento finanziario. Dai titoli di massa ai prodotti finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008, 336.

o limitatamente vagliati nell'impianto operativo che dovrebbe governarli, divengono quasi forme di reiterazione di prassi e istituti che hanno ottenuto o modesto accoglimento o troppo tenue incisività concreta.

In proposito, si consideri la conclusione del § 24, nella quale si fa riferimento alla proposta di istituzione di comitati etici, in seno alle banche, da affiancare ai Consigli di amministrazione²⁷. La proposta sarebbe senz'altro utile, ma non può prescindere dalla valutazione di alcune criticità. Potrebbe essere rimessa alla sola disciplina statutaria e regolamentare interna dell'istituto bancario la qualificazione gerarchica e/o collaborativa dei rapporti tra i comitati e i consigli di amministrazione? Quali strategie potrebbero meglio rendere operante la marcata attitudine consultiva dei comitati etici, in modo da non inibire i meccanismi decisionali endobancari, ma da orientarli in una misura sufficientemente propositiva per la realizzazione del *fair financing*, spesso solo declamato? Si consideri, inoltre, che la sola presenza di un comitato etico potrebbe non essere realmente garante dell'*eticità* delle operazioni bancarie; al contrario, gli istituti di credito più sperimentati potrebbero dotarsi di apparentemente assertivi comitati etici, proprio allo scopo di ingenerare un senso di affidabilità, non per forza corrispondente alla materialità dell'esecuzione dei rapporti contrattuali.

La questione rimanda a una problematica ben nota all'interno della disciplina giuridica sugli intermediari finanziari e sull'esercizio professionale dell'attività creditizia, peraltro espressamente richiamata al § 28²⁸. Si tratta dell'annosa *querelle* circa la migliore efficacia del controllo

²⁷ Questa esperienza non è del tutto nuova, ma non sempre proficua, come si ricostruisce approfonditamente nel bel volume di P. KOSLOWSKI, *The Ethics of Banking. Conclusions from the Financial Crisis*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011.

²⁸ Sui controlli esterni e interni all'attività bancaria, se cioè affidati a organi giurisdizionali o contabili *terzi*, ovvero a organi previsti dal medesimo statuto dell'istituto di credito, v. F. GARRI (a cura di), *La Corte dei Conti. Controllo e giurisdizione – contabilità pubblica*, Giuffrè, Milano, 156-163, «Principi ispiratori del Programma e linee guida per l'attività di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato» e «Corte dei Conti e Unione

interno o esterno sull'attività dell'operatore bancario. Mai come in questo caso, il principio di sussidiarietà riecheggiato tante volte nel documento in esame e già espresso nella Enciclica *Caritas in Veritate* di Benedetto XVI dovrebbe trovare feconda applicazione²⁹. Si tratterebbe, in via sussidiaria, appunto, di procedere a una proficua integrazione tra il piano del controllo interno ai «principali passi del processo decisionale» e quello del controllo svolto sulla legittimità delle operazioni compiute, da parte di competenti organismi pubblici. Meno appropriato è auspicarsi la massimizzazione di forme di *autodichia* istituite dalle sole associazioni categoriali: l'impressione è che l'operatività del loro sindacato possa essere variamente influenzata dalla consistenza dell'operatore finanziario e dalla valutazione complessiva circa le ricadute *endosettoriali* nell'esecuzione, ad esempio, di provvedimenti disciplinari a contenuto sanzionatorio.

Il documento si produce, inoltre (§ 26), in una lunga dissertazione sugli strumenti finanziari dei *derivati*, incanalata in una critica di principio che giunge ai meccanismi *offshore* di localizzazione dei capitali e delle società (§ 30). Quanto al primo aspetto, i rischi speculativi dei *derivati* sono analizzati solo marginalmente: la complessiva valutazione negativa si stempera, perciò, in una condanna generica che forse dimentica addentellati più precisi nella contestazione all'utilizzo di strumenti finanziari di tal fatta. Sulle prassi d'uso, bisognerebbe riconoscere che lo strumento derivato, sul piano meramente cartolare, può corrispondere a esigenze operative eminentemente pratiche (fissando il prezzo sulla base di uno strumento finanziario diverso, definito *sottostante*). Correttamente applicata, la

Europea. Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (già Trattato che istituisce la Comunità Europea), come modificato dall'articolo 2 del Trattato di Lisbona del 13 Dicembre 2007 ratificato dalla legge 2 Agosto 2008, n. 130» (con particolare riferimento all'attività di controllo nella disciplina creditizia euro-unitaria).

²⁹ M. BIANCHI, *Oggi la questione sociale è diventata radicalmente questione antropologica. Una presentazione dell'Enciclica Caritas in Veritate*, Educatt, Milano, 2011, 47.

strumentazione derivata tende a creare categorie di titoli che vengono adoperati come parametri della contrattazione. La prima difficoltà deriva dal fatto che i termini sottostanti sono spesso eterogenei, irriducibili a sistema e rispondenti nei mercati regolamentati a fattispecie disciplinari sovente disarmoniche: azioni, valute, tassi, materie prime, indici finanziari³⁰. In secondo luogo, ulteriori problemi si pongono quando la speculazione attraverso strumenti derivati si svolge in canali di contrattazione finanziaria e creditizia alternativi al circuito borsistico regolamentato, dando luogo a reti apparentemente informali *over the counter*, prive di una normazione interna³¹, perciò certamente più elastiche, eppure del tutto sprovvedute di istituti di garanzia a tutela dell'integrità del rapporto di debito-credito. Rischio ulteriore sorge quando i *sottostanti* adoperati per modulare il prezzo e la rendita dell'operazione fungano a loro volta da strumenti derivati di altri beni *sottostanti* (quando, cioè, il sottostante del rapporto derivato rimandi a propria volta a un altro indice sottostante).

Quanto ai problemi derivanti dalle capitalizzazioni, nonché dalle imputazioni di sedi legali in *offshore*, il principio generale di selezione del mercato più vantaggioso non sembra invero additabile di particolari disvalori sino a che non diventa una strategia invasiva di ingente elusione fiscale³². La vera metodologia normativa che potrebbe tamponare usi distorti del meccanismo dovrebbe consistere in un ravvicinamento, nel diritto convenzionale internazionale, delle discipline bancarie in materia di imposizione sulla rendita e sul capitale, meglio fissando le cornici entro cui

³⁰ E. BERSELLI, *Strumenti finanziari derivati e strutturati*, in M. RUTIGLIANO (a cura di), *Il bilancio della banca e degli altri intermediari finanziari*, Egea, Milano, 2016, 142.

³¹ L. LIN, J. SURTI, *Capital Requirements for Over-the-Counter Derivatives Central Counterparties*, in *International Monetary Fund Working Paper*, 2013, 7.

³² Rischi del genere sussistono quale che sia la natura giuridica del soggetto che persegue simili strategie elusive. Cfr., tra gli altri, L. LETIZIA, *Lineamenti dell'ordinamento finanziario delle regioni di diritto comune. Ricostruzione, evoluzione, prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012, 323.

attuare i diversi rapporti³³. Sarebbe preferibile se ciò avvenisse secondo una duplice direttrice. Da un lato, varrebbe la pena di uniformare i criteri dell'attività di controllo sulla circolazione dei capitali, quanto al profilo di qualificazione dell'operazione di trasferimento; dall'altro, concepire una regolamentazione pattizia trans-nazionale dei contenuti minimi della pretesa fiscale, entro un quadro di apprezzamento statale pur da riconoscersi all'operatore in ossequio alla libertà dell'iniziativa economica, non sarebbe operazione azzardata, né fundamentalmente sconsigliata.

Di questa prima elaborazione procedurale su un rinnovato impegno regolamentare ed equitativo, rispetto ai fenomeni di movimentazione in *offshore*, resta limitatissimo richiamo nel testo della Congregazione per la Dottrina della Fede e del Dicastero. È d'altra parte chiaro che, tra le note di merito da attribuire al pronunciamento, deve essere riconosciuta la capacità dell'intervento magisteriale di inserirsi nel quadro di un dibattito sull'alleanza epistemologica del diritto della Chiesa rispetto a settori disciplinari contigui, ma diversi, al fine di ridisegnare il ruolo del vissuto ecclesiastico (e delle stesse discipline canoniche) nel mutato orizzonte culturale, economico, politico e religioso della società contemporanea. A questo titolo possono utilmente essere richiamate, in sede di conclusioni, alcune considerazioni svolte al § 33, nel quale viene reintrodotta, ancora una volta assecondando opportune intuizioni formalizzatesi nell'Enciclica *Caritas in Veritate*, una sorta di etica del consumatore in forza della quale la scelta dei beni oggetto del consumo risponda a ragioni *lato sensu*

³³ Lo spunto è raccolto da dottrina ormai consolidata, con un limitato impatto, però, sulle complessive condizioni della *policy* fiscale trans-nazionale. Alcuni approfondimenti già in M. GREGGI (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale e comparato (per una Costituzione europea)*, dirittotributario.eu, Ferrara, 2007; più di recente, P. PISTONE, *Diritto tributario internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, ancorché ravvisando meno criticamente i limiti di costruzione di un diritto internazionale dell'imposizione fiscale sulla rendita finanziaria.

politiche³⁴. Il consumo *informato* inevitabilmente riguarda una percentuale ancora non maggioritaria di utenti, anche perché procedure di cognizione selettiva al momento dell'acquisto lasciano presagire una maggiore disponibilità economica del consumatore medesimo – altrimenti, l'operazione selettiva finirebbe per riguardare quasi esclusivamente il prezzo del prodotto finito e non anche i tanti altri indicatori ai quali il Magistero fa riferimento (tra gli altri, il rispetto dei diritti umani nei vari passaggi della catena produttiva e la compatibilità ambientale dei processi industriali di produzione).

Suscita qualche maggiore perplessità che ci si esprima, nel medesimo paragrafo, a favore di un «voto col portafoglio», intendendo così che la scelta del consumatore si esprime in un voto (il pagamento del prezzo) per una modalità di produzione in luogo di un'altra. L'argomento non è convincente perché immaginare anche il consumo come atto interamente politico deliberativo – e non semplicemente volitivo – rischia in una certa misura di svuotare di contenuto ciò che effettivamente riguarda i meccanismi partecipativi democratici istituzionali (lo sciopero, le libertà sindacali, il voto, il diritto di associazione³⁵). Esattamente come nel caso della propaganda politica elettorale, per altro verso, le informazioni che giungono al *consumatore-elettore*, per stare al parallelismo ripreso nel documento della Congregazione e del Dicastero, sono *in re ipsa* fortemente

³⁴ E. MONTI, *Prefazione al volume dal punto di vista della dottrina sociale della Chiesa cattolica*, in ID., H. ALFORD, G. RUSCONI (a cura di), *Responsabilità sociale d'impresa e dottrina sociale della Chiesa cattolica*, Franco Angeli, Milano, 2010, 19.

³⁵ S.B. CARUSO, *La Corte costituzionale tra Don Abbondio e il passero solitario. Il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sent. 231/2013*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 901 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale sullo sfondo della crisi del sistema sindacale anomico*, in *Riv. giur. lav.*, 1/2014, 45 ss.; sulla rappresentanza politica, v. già M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss.; più di recente, A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale. I fattori normativi*, Franco Angeli, Milano, 2018.

orientate dalla condotta *negoziale* del soggetto che mira a ottenere il voto o l'acquisto.

Di là da queste insoddisfazioni ricostruttive, le considerazioni proposte dai due organi ecclesiali risultano comunque indice di una maggiore partecipazione dei pronunciamenti magisteriali a temi ulteriori alla sola partizione canonica delle materie oggetto della giurisdizione ecclesiastica. E, se ciò non vuole affatto suggerire un ampliamento della già molto ampia selezione di *res mixtae*, oggetto nel sistema costituzionale italiano della negoziazione concordata tra lo Stato e la Chiesa³⁶, inequivocabilmente valorizza la crescente domanda di intervento sociale del Magistero nella sfera pubblica.

È conseguentemente comprensibile che le impostazioni metodologiche, sorte a corredo di questa trama di rapporti, si siano anche significativamente arricchite negli ultimi decenni. Se la prospettiva d'analisi resta, perciò, orientata al contributo che le coordinate dogmatiche del diritto canonico possono offrire a una correzione equitativa degli strumenti finanziari le fonti normative e dottrinali, ancorché di interesse, sembrano non essere sufficientemente ampie e diffuse. Ciò è in parte da addebitarsi alla riscoperta, ancora recente, di queste tematiche, che non può più essere limitata al solco *weberiano* dell'analisi comparatistica tra la storia del cristianesimo e quella dell'economia occidentale³⁷. Questa riscoperta, espandendosi, deve piuttosto investire la relazione giuridicamente qualificata tra l'operatività del movente economico e la progressiva

³⁶ Sulla qualificazione giuridico-formale del concordato nel diritto statale interno, oltre che sui problemi applicativi relativi all'efficacia e al sindacato dell'atto, v., per tutti, S. FERLITO, *Il concordato nel diritto interno*, Jovene, Napoli, 1997. Più di recente, J. PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose*, Giuffrè, Milano, 2006.

³⁷ R. SWEDBERG, *Max Weber and the Idea of Economic Sociology*, Princeton University Press, Princeton, 2000, 109. Sembra ritenere, invece, sufficiente il perimetro analitico weberiano nello studio dei rapporti tra l'economia e la religione C.S. ADAIR-TOTTEFF, *Fundamental Concepts in Max Weber's Sociology of Religion*, Palgrave-MacMillan, Basingstoke-New York, 2015.

stratificazione delle culture confessionali³⁸. Così facendo, quando si volge lo sguardo all'apporto dottrinario fornito in merito all'interrelazione della disciplina canonistica con gli altri saperi giuridici del diritto laico-secolare, le conferme sulla vitalità di un dibattito, dai contorni incerti quanto affascinanti, trovano costante implementazione.

3. Prime conclusioni: prospettive di analisi sistematica sulle relazioni tra il diritto e l'economia nella canonistica recente

Il contributo si limiterà a considerare gli spunti sorti più di recente, i quali appaiono rispecchiare il rinnovato protagonismo del Magistero anche su tematiche di intervento sociale. La comunicazione magisteriale degli ultimi anni, sebbene apparentemente irrituale, ha avuto almeno il merito di dare vita a una serie di considerazioni che probabilmente Pontificati dal profilo massmediologico più contenuto non sarebbero riusciti ad aprire con la medesima vorticosità.

Tra le tesi recentemente formalizzatesi, anche con ricadute effettuali di taglio giuridico-economico, riguardo alla fase presente del diritto ecclesiale, rischia di essere recepita in modo non sempre approfondito quell'autorevole dottrina che, per sottolineare il tentativo del Magistero di raccogliere in positivo le istanze "locali" emerse nella prassi ecclesiale, ha parlato di un diritto canonico "periferico" o di un diritto canonico "sociale"³⁹. Il che lascia

³⁸ La rilevanza del tema in tempi in cui «the laws of economics» appaiono come «the new word of God» è opportunamente rimarcata in R.H. NELSON, *Economics as Religion. From Samuelson to Chicago and Beyond*, The Pennsylvania State University Press, University Park, 2014, 44-45.

³⁹ Questa proposta teorica è stata articolata in almeno due distinti momenti; prima, si è avuta una riflessione di carattere intra-universitario, in riferimento alle prospettive di sviluppo di un settore scientifico-disciplinare (v. P. CONSORTI, *Non c'è più religione! Né diritto. E noi? Riflessioni a margine di uno studio sullo stato della disciplina IUS/11 [a. a. 2016/17]*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 39/2016), alla quale è seguita una

incidentalmente aperto il rischio che le due qualificazioni, pur involvendo aspetti diversi, possano fungere da sinonimie. Intendersi sui termini è operazione necessaria. Se per diritto canonico “periferico” si fa riferimento a una valorizzazione della coesenziale proprietà *federalistica* dell'*ordo iuris ecclesiae*, il Magistero non presenta aspetti necessariamente innovativi. Anzi, alcune questioni meriterebbero una valutazione ancor più propositiva (la valorizzazione delle prassi diocesane nel raccordo tra i diversi episcopati regionali, la riflessione sul contributo propriamente normativo e anche esegetico e interpretativo della consuetudine, la valutazione dell'attività regolamentare delle conferenze episcopali nazionali, in territori di più recente cristianizzazione e di più elevata problematicità sociale⁴⁰). Anche dietro sforzi ermeneutici di questo tipo, non si risolverebbe l'apparente contraddizione di una “periferizzazione” nella produzione del diritto che sarebbe, però, canalizzata in via eteronoma da un vertice, garante e gestore della “perifericità” e, perciò, in ultima analisi deputato a discernere *ex se* quali e quante prassi locali ritenere meritevoli di essere additate ad esempio per la comunità dei *christifideles*. L'*aliquid novi* della fase presente sarebbe difficilmente distinguibile da ciò che è già stato anche in episodi recenti della storia della Chiesa.

Parimenti problematica potrebbe essere ritenuta l'aggettivazione di un diritto canonico “sociale”⁴¹. Se con ciò si fa riferimento alla componente

considerazione di tipo metodologico e interdisciplinare (v. ID., *La periferia è il centro*, nella medesima rivista, 7/2017, 1-3, che riprendeva più succintamente ID., *Per un diritto canonico periferico*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2/2016, 385-405).

⁴⁰ Almeno una parte di questi elementi viene ripresa, tra le esigenze tematiche che potrebbero rimodulare in positivo il peso scientifico della tradizione canonistica nelle nuove sfide della contemporaneità, in A. ZANOTTI, *A proposito di un diritto canonico periferico: ovvero il rischio della perifericità del diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2/2017, 1-7; lo stesso A., sulla medesima rivista, 23/2014, aveva anticipato suggestioni simili in *L'eredità della scienza canonistica*, 1-3.

⁴¹ La predisposizione e la propensione sociali di un diritto religioso sono, come ribadito nel testo, opportunità di studio e di implementazione della pratica religiosa fondamentali, ma

solidaristica presente nell'associazionismo religioso e in pagine auliche della teologia e del diritto degli ultimi decenni⁴², la vocazione “sociale” della più parte dei diritti confessionali è difficilmente questionabile. È così connaturata alla loro concretizzazione relazionale da non meritare forse nemmeno una specifica sottolineatura, poiché essa si inserisce perfettamente nella dimensione comunitaristica sottesa nel fenomeno religioso. Se si ritiene l'aggettivo “sociale”, poi, esclusiva o precipua caratterizzazione del diritto canonico, quell'interpretazione che vuole sostenere una dinamica evolutiva e progressiva del sistema ecclesiale finisce per diventare tendenzialmente esclusivistica, spogliando altri culti e altri sistemi valoriali della stessa predisposizione alla “socialità”.

Accostare la disciplina canonica all'associazionismo socialmente orientato è operazione certamente importante, che la medesima dottrina ha sempre proficuamente difeso e portato avanti con convinzione⁴³, sottolineando le opportune interrelazioni tra il fine di religione o di culto e fini di natura caritatevole, che nel concreto possono svolgere una funzione di carattere universalistico. Quanto, però, alle prassi operative maturate in Italia nel solco del diritto di derivazione bilaterale, la “socialità” ha sovente fatto schermo a discipline agevolative poco coordinate e all'opposto idonee a creare una gerarchia tra enti associativi di diritto comune e di diritto

questa “socialità” forse meglio si coglie sul piano effettuale che non su quello epistemico, al quale propriamente non appartiene.

⁴² V., ad esempio, S. RYLKO, *Il diritto di associazione nella Chiesa. Fondamenti teologici e canonici*, e L. NAVARRO, *Le forme associative nel codice di diritto canonico*, in AA. VV., *Esperienze associative nella Chiesa. Aspetti canonistici, civili e fiscali*, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 2014, rispettivamente 11-24 e 25-46.

⁴³ Appare particolarmente equilibrato il punto di vista di G. CASUSCELLI, *Associazioni ed enti in una solidarietà in crisi: le risposte del diritto canonico e del diritto ecclesiastico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 36/2013, 1-2. Quanto a una applicazione di specie, che può costituire un buon raccordo tra le istanze di tipo confessionale e le istanze di matrice laico-statuale, v. P. MONETA, *Le fabbricerie, esempio di intesa tra autorità civile e autorità religiosa*, nella medesima rivista, 37/2017, 2-3.

speciale, basata volta per volta sull'individuazione del regime giuridico più "conveniente"⁴⁴.

Il diritto canonico merita di essere declinato come "periferico" e "sociale" proprio allorché si affronta criticamente il rischio di ogni abusiva semplificazione ingeneratasi negli ultimi decenni. La "perifericità" può e deve, perciò, essere ricondotta a una visione comparatistica delle fonti del diritto particolare, quale già dimostrava di voler orientarvisi il legislatore codiciale del 1983. La "socialità", come dimostrano anche documenti quali quello precedentemente in commento, va certamente intesa come superamento di ogni pregresso ostracismo nei confronti della sfera secolare e di ogni residuo *fastidio* nell'accostarsi alla spesso greve materialità del disagio sociale. La funzione *sociale* del diritto della Chiesa non può però essere ascritta al mutevole recepimento del magistero ecclesiale, è opportuno, piuttosto, che essa sia inscritta nella complessiva dinamica intersoggettiva e relazionale della disciplina associativa canonica.

Tra gli indirizzi di ricerca proposti più di recente nell'ambito della scienza canonistica, si segnala di interesse, anche per gli ambiti qui trattati, il contributo di chi ha sottolineato la normatività *silente* insita nel diritto della Chiesa⁴⁵. L'operazione ricostruttiva parafrasa le acquisizioni comparatistiche della dogmatica giusprivatistica, che ha da tempo evidenziato l'esistenza di un diritto *muto* e, forse ancor più appropriatamente, di *parti mute* dell'agire giuridico che rimandano a codici

⁴⁴ Molte voci concorrono a valutare criticamente questa competizione di regimi giuridici associativi che, nello svolgersi positivo delle discipline normative bilaterali e unilaterali, ha dato il via a una progressiva stratificazione di fonti, invero non rispettosa dei principi fondamentali ai quali essa avrebbe dovuto proficuamente conformarsi. In un tessuto legislativo certo diverso da quello attuale, risultano, però, permanentemente suggestive le osservazioni di M.C. FOLLIERO, *Enti religiosi e non profit tra welfare state e welfare community. La transizione*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁴⁵ Il riferimento è a S. BERLINGÒ, *Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, il Mulino, Bologna, 2016.

di traduzione interculturale⁴⁶. Sembra, però, che parlare di “diritto silente” consenta meglio di evidenziare la dimensione assiologica dell’ordinamento ecclesiastico e la sua inevitabile proiezione escatologica⁴⁷. Il diritto canonico è ambito propriamente giuridico, a dispetto di quanto sostenessero tesi e movimenti antiggiuridici in ogni epoca storica sorti a indicizzare le eventuali storture nell’applicazione di quel diritto. La normatività canonistica non è, comunque sia, la medesima delle costruzioni giuridiche statuali, rispetto alle quali essa ambisce a divenire complementare (soprattutto in sistemi costituzionali come quello italiano, che adottano un principio pattizio nei rapporti tra gli Stati e le confessioni religiose), restandone al tempo stesso distinta e distinguibile⁴⁸.

Proprio l’ambito delle transazioni finanziarie si presta proficuamente a verificare queste coordinate, dando luogo a una molteplicità di intersezioni di cui il documento della Congregazione per la Dottrina della Fede e del Dicastero non può non tenere conto, ancorché spesso rischiando di ritenerle meri presupposti impliciti dell’analisi.

È indiscutibile che l’istituzione ecclesiastica agisca anche come attore economico negli scenari correnti dell’economia di mercato. Si proietta, cioè, tendenzialmente in un campo d’azione la cui struttura ultima risponde a

⁴⁶ La suggestione sul diritto “muto” deriva dal seminale lavoro di R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, il Mulino, Bologna, 2015; sulle possibili implicazioni interculturali delle “parti mute” della giuridicità (condizioni implicite della normatività che possono avere, tra gli altri fondamenti, quello religioso e linguistico), v. M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013. Sul tema della normatività implicita nel diritto ecclesiastico e canonico ritorna M.C. RUSCAZIO, *Libertà religiosa e “norme silenti”. Studio sulla normatività implicita nel diritto ecclesiastico*, Libellula, Tricase, 2017.

⁴⁷ A conferma dell’integrità tematica e metodologica della ricerca dell’A., vedasi S. BERLINGÒ, *L’ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell’ordine dei sistemi*, Giappichelli, Torino, 1998.

⁴⁸ S. BERLINGÒ, *Laicità e concordato*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Lessico della laicità*, Edizioni Studium, Roma, 2007, 143 ss.

un'esigenza di profitto prima che a un'universale domanda etica. È la condizione, del resto, in cui si trova qualunque soggetto confessionale organizzato, oltre che qualunque soggettività che, a prescindere dalla propria connotazione e *tendenza*, compia transazioni di contenuto patrimoniale (anche attraverso il mercato del capitale di rischio). Si tratta di una contraddizione forse spesso necessitata dai tempi, che sospingono verso forme nuove di materialismo e di temporalismo, basate sul feticismo del denaro, e non su quello delle merci. Queste forme di feticismo, parafrasando la lessicologia marxiana entro la quale erano state analizzate⁴⁹, hanno progressivamente sostituito all'immagine di una ricchezza materiale diffusa (sviluppo e benessere) una concentrazione oligopolistica, basata sulla multi-nazionalizzazione della produzione e sulla deregolamentazione (della circolazione) dei titoli di credito.

Il contributo delle fedi religiose, nel suturare queste *fratture* di legalità, sempre più spesso prodotte dalle visioni economicistiche del potere politico, non è irrilevante e al documento della Congregazione e del Dicastero avrebbe forse giovato una valutazione del problema anche in senso interculturale e interreligioso. Non è, ad esempio, concepibile che un riassetto degli equilibri economici globali avvenga senza il coinvolgimento delle strutture proprie del diritto islamico commerciale⁵⁰, che nella tutela

⁴⁹ Nel dibattito italiano, echi critici su questa nozione arrivano a un pubblico più ampio con F. PERLMAN, *Il feticismo delle merci. Saggio su Marx e la critica dell'economia politica*, Lampugnani Nigri, Milano, 1972. Tentativi per un'attualizzazione, invero non sempre convincente, in R. MOCNIK, *Dopo il crollo*, in AA. VV., *J. Derrida. Marx & Sons: politica, spettralità, decostruzione*, Mimesis, Udine-Milano, 2008, 138-140.

⁵⁰ Al punto che appare stucchevole individuare un unico *diritto finanziario islamico*, senza interrogare criticamente le oscillazioni applicative nei diritti statuali, ma anche le differenti impostazioni teologiche ricomprendentili. Su queste necessarie cautele metodologiche, invero non sempre recepite nel dibattito italiano, M.-H. BALALA, *Islamic Finance and Law. Theory and Practice in a Globalized World*, Tauris, London-New York, 2011, 78-85; R. WILSON, *Legal, Regulatory and Governance Issues in Islamic Finance*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2012, 223-224.

dell'investimento e del risparmio interiorizza prescrizioni coraniche pur talvolta declinate in modo opportunistico. Né mai potrà avvenire in assenza dei sistemi valoriali di derivazione asiatica, le cui economie nazionali stanno progressivamente erodendo spazi crescenti all'unilateralismo occidentale novecentesco⁵¹. Regolamentare lo sviluppo delle economie emergenti non può svolgersi lungo l'asse di una competizione basata sulla frantumazione dei diritti sociali, ma dovrà all'opposto realizzarsi in direzione di una loro sempre più marcata universalizzazione *minima*, mai dimentica delle condizioni attuative *all'ombra* del principio di effettività.

Privare il dibattito globale di apporti consimili rischia di rendere documenti pur accorati, come quello della Congregazione per la Dottrina della Fede e del Dicastero, inidonei a innescare il ripensamento di durata e di sistema che *ratione salutis* pur ci si intesta di perseguire. Trasformazioni vettoriali di tal tipo non possono sorreggersi solo su visioni – peraltro superate – della mera attività filantropica individuale, il cui contributo non è del resto solo orientato da scelte etiche fideistiche, ma talvolta anche da componenti etiche propriamente secolari. Il Magistero della Chiesa, forse mai così attento alle questioni sociali sulle quali giornalmente interviene cercando di secondare ragioni di giustizia sostanziale, potrà forse più univocamente orientarsi fornendo un necessario chiarimento di indirizzo. Questa attività riformatrice dovrà avvenire nel solco dell'economia neoliberale⁵², quale la si vive quotidianamente a tutte le latitudini del pianeta, o, più probabilmente, assodatene la deriva e la diretta causalità nell'aumento delle sperequazioni sociali, sarà necessario verbalizzarne l'insostenibilità con più nette e

⁵¹ Restando ad alcuni tra gli esempi più noti, T. ZHANG, *The Law and Economics of Confucianism: Kinship and Property in Preindustrial China and England*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2017, 106-107; C.F. GOODMAN, *The Rule of Law in Japan. A Comparative Analysis*, Wolters Kluwer, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, 2008, 23-24.

⁵² Posizioni del genere sono effettivamente diffuse nell'Episcopato nord-americano. J. HACKWORTH, *Faith, Welfare and the Formation of the Modern American Right*, in F. GAUTHIER, T. MARTIKAINEN (a cura di), *Religion*, cit., 91-96.

puntuali prese di posizione? Allo stato attuale, le agenzie di formazione, quali la medesima Chiesa cattolica che tra esse può rimarcarsi per storia, radicamento e *missione* evangelica, appaiono a metà di un guado disagiata, per sé stesse e ancor più per le complessive condizioni umane di vita.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

LUIGI MARINO

Note su obbligo vaccinale e principio di precauzione. A proposito di un certo indirizzo del Consiglio di Stato

ABSTRACT - This paper aims to demonstrate how the precautionary principle also involves an administrative action on public health and, in particular, in the field of immunobiology. The food for thought is both the recent d.l. 7 June 2017, n. 73, which makes ten vaccinations compulsory in Italy and the orientation of administrative jurisprudence. The application of the above-mentioned principle to the medical field arouses, however, various concerns since certain individual liberties are sacrificed for the management of collective risk.

KEYWORDS - Vaccines, obligation, school, exclusion, causal link, risk, precautionary principle, pathology, contagion, individualism, utilitarianism, immunization.

LUIGI MARINO*

**Note su obbligo vaccinale e principio di precauzione
A proposito di un certo indirizzo del Consiglio di Stato****

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *Il contenuto della recente normativa in materia di prevenzione vaccinale e i provvedimenti connessi* - 3. *Il nesso di causalità e il rischio* 4. *Il Consiglio di Stato interpreta ed applica il principio di precauzione* - 5. *Conclusioni*.

1. Premessa.

Il presente contributo nutre l'aspirazione di dimostrare come il principio di precauzione, di matrice comunitaria e, ormai, di ampia applicazione¹ nelle singole realtà nazionali², influenzi in modo significativo non solo la

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

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Il principio di precauzione, efficacemente compendiato nel brocardo *better safe than sorry* - è certamente uno dei pilastri della legislazione comunitaria, essendo stato, peraltro, positivizzato nell'art. 174 del Trattato di Amsterdam (e prima ancora nell'art. 130 del Trattato di Maastricht) e concerne, perlopiù, la tutela ambientale. La dottrina internazionale che lo ha preso in esame, nelle più svariate applicazioni, è ancora oggi alluvionale tanto da rendere riduttiva anche solo un'antologia degli stud compiuti. Tuttavia, tra quelli più recenti, spicca certamente R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, nel quale viene messo in adeguato rilievo come anche la Pubblica Amministrazione soggiaccia al principio di precauzione, in forza dell'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, secondo cui l'azione amministrativa deve essere informata, oltre che a i principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, anche "(a) i principi dell'ordinamento comunitario" fra cui, naturalmente, quello di precauzione.

² Ad esempio, secondo la ricostruzione di M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Giuffrè, Milano, 2006, 122, in Francia è stata sostenuta la tesi per cui il principio di precauzione dovrebbe essere letto in chiave

produzione normativa e l'orientamento pretorio³, quanto anche la stessa azione amministrativa nello specifico campo della salute pubblica e, in particolare, in quello delle pratiche immunologiche ed epidemiologiche.

Lo spunto per la riflessione di seguito articolata deriva, anzitutto, dal recente intervento normativo, contenuto nel d.l. 7 giugno 2017, n. 73, conv. in l. 31 luglio 2017, n. 119, il quale impone ai genitori di scolari e alunni, di età compresa tra 0 e 16 anni, di sottoporre i propri figli ad un preciso programma vaccinale⁴, secondariamente dall'avviso espresso, sulla medesima norma, dal Consiglio di Stato, adito - nel volgere dell'ultimo anno - in sede sia consultiva che giurisdizionale.

E' stato proprio il supremo organo della giustizia amministrativa a mettere definitivamente in luce la necessità di un'applicazione piena e, soprattutto attualizzata, del menzionato principio, avvezzo, per sua stessa natura, a trovare una speciale declinazione anche nella scienza medica.

Tuttavia, nonostante la pacifica applicazione al settore medico, predicata dalla giurisprudenza, il paradigma della precauzione desta alcune

esclusivamente giuridica, con la conseguenza che esso deve essere considerato come una fonte che genera obblighi per gli stati membri in relazione sia alla tutela ambientale che della salute. Non solo, ricorda anche l'A. che la Francia ha costituzionalizzato il principio in parola, inserendolo nell'art. 5 della propria carta fondamentale e che una sua prima concreta applicazione può trovarsi nella promulgazione della l. 2 febbraio 1995, n. 95 in materia di ambiente. Per quanto riguarda, invece, l'applicazione del principio di precauzione negli altri paesi europei, con specifico riferimento al tema della tutela della salute, si veda, tra gli altri, C. PETRINI, *Bioetica, ambiente, rischio*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, 314, nonché M. G. STANZIONE, *Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2016.

³ Anche la giurisprudenza rimane fortemente influenzata dal principio di precauzione ed, invero, non solo quella della Corte Costituzionale o delle magistrature superiori, ma anche quella di merito, ad esempio, in tema di inquinamento e di emissioni in atmosfera, Trib. Bari, 21 aprile 2009, in www.giurisprudenzabarese.it, 2009.

⁴ In ordine all'obbligo vaccinale, alla differenza tra risarcimento e indennizzo, oltre che alla legislazione regionale in materia, un efficace compendio può trovarsi in P. D'ONOFRIO, *Obbligo vaccinale ed intervento delle regioni* in www.federalismi.it, 2017.

preoccupazioni, specie quando, a dover essere sacrificate sull'altare della gestione del rischio collettivo, sono le principali libertà individuali.

2. Il contenuto della recente normativa in materia di prevenzione vaccinale e i provvedimenti connessi.

L'esordio della trattazione non può che essere segnato dalla sintetica illustrazione del d.l. 73/2017 che, per la verità, ha, sin da subito, suscitato positive reazioni e rinfocolato sopite polemiche.

Fortemente voluta dal Ministero della Salute⁵ al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi del Piano nazionale di prevenzione vaccinale 2017/2019⁶, la norma introduce l'obbligo, per i minori di età compresa tra 0 e 16 anni e per i minori stranieri non accompagnati, che frequentano gli asili, le scuole dell'obbligo e i servizi educativi equiparati, di sottoporsi alle seguenti vaccinazioni: anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-

⁵ A riferire nel dettaglio del percorso che ha portato all'approvazione della norma in argomento è Z. FERIGO, *Viaggio nella sanità malata*, Gingko edizioni, Bologna, 2017, secondo cui, nel gennaio 2017, venne avviato un dialogo tra il Ministro della salute e gli assessori delle regioni e delle province autonome, allo scopo di trovare un accordo su una legge che rendesse obbligatori i vaccini per l'accesso ai percorsi scolastici, garantendo anche un'offerta uniforme in tutte le zone del paese. Poichè, tuttavia, in materia di profilassi obbligatoria non vi era stato un univoco orientamento nelle diverse realtà regionali, il Governo si era visto costretto ad intervenire mediante lo strumento del decreto legge, provocando però il dissenso sia degli utenti che del Codacons che, infatti, aveva denunciato il Ministro in carica e l'Agenzia del Farmaco per abuso d'ufficio, omesso controllo e favoreggiamento. Ulteriori dettagli sulla diatriba seguita al varo della normativa è possibile rinvenirli in G. TARRO, *10 cose da sapere sui vaccini*, Newton Compton Editori, Roma, 2018.

⁶ Il testo del Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale (PNPV) 2017/2019 è riportato in G.U., 18 febbraio 2017, n. 41, serie generale.

epatite B, anti-pertosse, anti-*Haemophilus influenzae* tipo b, anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite e anti-varicella⁷.

Per le ultime quattro, previa revisione ogni tre anni in base ai dati epidemiologici e delle coperture vaccinali raggiunte, il Ministro della Salute, con proprio decreto, può revocarne l'obbligatorietà.

Infine, le vaccinazioni anti-meningococcica B, anti-meningococcica C, anti-pneumococcica e anti-rotavirus sono, invece, facoltative e gratuite in quanto fornite dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e Bolzano⁸.

Gli artt. 3 e seguenti della norma in commento impartiscono le disposizioni per la verifica dell'assolvimento dell'obbligo, onerando i dirigenti scolastici e i responsabili dei servizi educativi, dei centri di formazione professionale⁹ e delle scuole private non paritarie¹⁰ a richiedere la presentazione della documentazione comprovante l'avvenuta vaccinazione, o, in alternativa, la dimostrazione che la richiesta di vaccinazione sia stata inoltrata alla competente azienda sanitaria che provvederà ad eseguirla secondo la scheda vaccinale prevista in relazione all'età.

A decorrere dall'anno scolastico 2019/2020, il dirigente scolastico o i responsabili dei servizi educativi dei centri formazione e delle scuole private non paritarie sono tenuti a trasmettere alle aziende sanitarie, entro il 10

⁷ Cfr. art. 1 d.l. 7 giugno 2017, n. 73, come modificato in sede di conversione.

⁸ Cfr. art.1, comma 1 *quater*, d.l. 73/2017 cit.

⁹ La norma si riferisce ai centri di formazione professionale che rientrano, per espressa previsione dell'art. 1 d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226, nel secondo ciclo del sistema educativo d'istruzione e formazione, del quale fanno parte anche i percorsi liceali. Tali centri erano in parte regolati anche dalla l. 21 dicembre 1978, n. 845 in materia di formazione professionale.

¹⁰ Le scuole non paritarie sono disciplinate, da ultimo, con d.l. 5 dicembre 2005, n. 250 conv. in l. 3 febbraio 2006, n. 27. Esse, a sensi dell'art. 1 bis della norma citata, svolgono un'attività organizzata di insegnamento e presentano alcune condizioni di funzionamento elencate nel comma 4 dell'articolo citato.

marzo¹¹, l'elenco degli iscritti di età compresa tra 0 e 16 anni, inclusi i minori stranieri non accompagnati¹².

Dal canto loro, le aziende sanitarie, entro il 10 giugno, dovranno restituire gli elenchi ricevuti, individuando tutti quei soggetti che non risultino in regola con gli obblighi vaccinali, o che non rientrino nelle situazioni di esonero, omissione o differimento delle vaccinazioni o, infine, che non abbiano presentato formale richiesta di vaccinazione.

Nei dieci giorni successivi alla ricezione delle indicazioni provenienti dalle aziende sanitarie, i dirigenti scolastici sono tenuti ad invitare genitori, tutori o soggetti affidatari a depositare, entro il 10 luglio, la documentazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni ovvero l'esonero, l'omissione o il differimento delle stesse, o, ancora, la presentazione della formale richiesta di vaccinazione all'azienda sanitaria competente.

Successivamente, entro il 20 luglio, i medesimi dirigenti devono trasmettere all'azienda sanitaria la documentazione giustificativa presentata dai genitori o la comunicazione dell'eventuale mancato deposito per gli adempimenti di competenza e, ricorrendone i presupposti, per l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro nei confronti dei genitori esercenti la potestà, dei tutori o dei soggetti affidatari a sensi della l. 4 maggio 1983, n. 184¹³.

¹¹ Cfr.: art. 3 *bis* d.l. 73/2017 cit.

¹² Occorre segnalare, sul punto, il provvedimento n. 365 del 1° settembre 2017 del Garante per la protezione dei dati personali, con cui le scuole sono state autorizzate ad inviare gli elenchi degli iscritti alle A.S.L. per consentire la verifica della regolarità vaccinale.

¹³ Nell'art. 1 d.l. 73/2017, anteriormente al passaggio parlamentare della conversione, era inserito un comma 5 che prevedeva, in caso di ulteriore inadempienza all'obbligo vaccinale nel termine assegnato dalle aziende sanitarie a seguito della prima contestazione, la segnalazione del caso, da parte dell'azienda medesima, alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni per gli eventuali adempimenti di competenza.

Inoltre, per espressa previsione dell'art. 1, comma 4, detta sanzione soggiace alle disposizioni contenute nella legge sulla depenalizzazione, l. 24 novembre 1981, n. 689¹⁴.

I commi 2 e 3 dell'art. 1 del “decreto vaccinazioni” prevedono poi due casi specifici di esonero dall'obbligo vaccinale, ossia l'avvenuta immunizzazione¹⁵ a seguito di malattia naturale e l'accertato pericolo per la salute del soggetto destinatario dell'inoculazione, con la precisazione che, in quest'ultimo caso, il trattamento vaccinale può essere oggetto di esonero, ma anche solo di semplice differimento.

Alla vaccinazione viene conferita dignità di requisito di accesso ai servizi educativi dell'infanzia (asilo nido) e alle scuole per l'infanzia.

¹⁴ In tema di vaccinazioni obbligatorie, non rappresenta una novità la sottoposizione della condotta inadempiente del genitore o del tutore ad una sanzione amministrativa. Ne riferisce, seppure con riferimento alla sussistenza del requisito dell'antigiuridicità e alle cause di giustificazione, R. MAZZON, *Responsabilità oggettiva e semioggettiva*, Wolters Kluwer, Milano, 2012, 216. Secondo FACCI G., *La responsabilità del genitore per gli illeciti compiuti ai danni della prole*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2194B, i contravventori potrebbero invocare lo stato di necessità, in quanto - si sostiene - il vaccino espone il minore ad un imminente pericolo di danno grave alla salute, evitabile soltanto con il rifiuto delle vaccinazioni. Ma, in realtà, sul tema dell'obbligo dei genitori di sottoporre i propri figli a trattamenti vaccinali e sulle relative sanzioni, esisteva già un ulteriore intervento normativo, ossia la l. 4 febbraio 1966, n. 51 la quale, all'art. 3, prevedeva che il contravventore all'obbligo vaccinale era punito con la sanzione amministrativa fino a lire 300.000.

¹⁵ Il termine immunizzazione è usato in modo alquanto generico nel testo della norma poiché l'immunizzazione indica un processo di induzione o di creazione dell'immunità anche mediante la somministrazione di prodotti immunobiologici a scopo preventivo o terapeutico, quali, ad esempio, i vaccini. Ecco perché si usa distinguere tra immunizzazione attiva e passiva. La prima può far seguito ad infezioni cliniche o subcliniche ed è definita immunizzazione attiva naturale oppure può avvenire a seguito di vaccinazione, in questo caso si parla di immunizzazione attiva artificiale. La passiva, invece, è temporanea e si ottiene iniettando nel soggetto un antisiero. Cfr., sul punto, A. ZANGARA, *Medicina preventiva e riabilitativa*, Piccin, Cosenza, 1996, 244 e ss.

Inoltre, in caso di inadempimento dell'obbligo di vaccinazione, ossia dell'obbligo di presentazione della prescritta documentazione attestante la regolarità del percorso vaccinale, la legge espressamente dispone la decadenza dall'iscrizione dai servizi educativi dell'infanzia e dalle scuole dell'infanzia.

In sintesi, il decreto prevede l'impossibilità di iscriversi al nido e alla scuola materna o, comunque, la decadenza dall'iscrizione nel caso in cui non si sia in possesso del certificato di vaccinazione.

Al contrario, per le scuole dell'obbligo, la mancata vaccinazione non preclude l'accesso al servizio o agli esami, ma è punita esclusivamente con la sanzione amministrativa pecuniaria, di cui si è detto, nei confronti dei genitori dei soggetti non in regola con l'obbligo¹⁶.

3. Il nesso di causalità e il rischio.

Come riferito, il testo normativo ha suscitato tanto reazioni positive quanto pesanti critiche e, a dirla tutta, entrambe si basano su questioni delicate che ruotano sia attorno al settore del diritto e dei diritti fondamentali, che attorno al settore della scienza medica applicata, catalizzando, come spesso accade in casi analoghi, l'attenzione dell'opinione pubblica.

Ebbene, tra le numerose questioni¹⁷ a cui la riforma dell'anno scorso ha fatto da volano, assume un rilievo non secondario quella dei rischi connessi ai

¹⁶ Come riportato sul sito www.salute.gov.it, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e il Ministero della Salute hanno diramato la Circ. 1° settembre 2017, n. 1679, con indicazioni operative relative all'anno scolastico 2017/2018. La circolare, in sostanza, persegue l'obiettivo di agevolare le famiglie nell'adempimento degli obblighi vaccinali, esplicando le disposizioni della norma in termini più semplici e più schematici.

¹⁷ Tra le critiche più feroci mosse all'indomani dell'entrata in vigore della norma che rendeva obbligatorie determinate categorie di vaccini, si ricorda quella contenuta in un articolo apparso su *Il Fatto Quotidiano on line* del 18 settembre 2017, secondo cui la

trattamenti vaccinali e, dunque, al timore che la somministrazione di un certo numero di vaccini a soggetti in età scolare o ai bambini che frequentano gli asili e gli asili nido, possa provocare l'insorgenza di patologie anche di una certa serietà e, in alcuni casi, danni irreparabili alla salute.

L'origine di molti dei timori diffusisi in relazione ai vaccini trovano spiegazione in certa letteratura medica secondo cui una tra le più importanti categorie vaccinali – oggi obbligatoria in Italia - può portare all'autismo i soggetti in età pediatrica che vi si sottopongono¹⁸.

Di contro, ricerche più recenti sembrano smentire questo assunto, asserendo che, ad esempio, il vaccino contro il morbillo, la parotite e la rosolia può causare convulsioni febbrili in alcuni soggetti ed encefalite in persone con *deficit* del sistema immunitario ma, in quasi tutti i casi, senza conseguenze a lungo termine¹⁹.

decisione del governo era dovuto all'Accordo di Washington del 29 settembre 2014 e, dunque, a ragioni geopolitiche, essendo l'Italia al centro del Mediterraneo e quindi la porta di ingresso degli immigrati verso l'Europa.

¹⁸ Il controverso tema dei vaccini che causano l'autismo principia da uno studio condotto negli Stati Uniti da A. J. WAKEFIELD, *Ileal lymphoid-nodular hyperplasia, nonspecific colitis, and pervasive developmental disorder in children*, in *The Lancet*, 1998, 637-641, dove l'Autore sostiene che il vaccino c.d. MPR, ossia contro il morbillo, la parotite e la rosolia, possa causare un'infiammazione intestinale con aumento di permeabilità della barriera intestinale e il passaggio in circolo di sostanze tossiche per l'encefalo, con conseguente sviluppo di autismo. Tale studio è stato ritenuto successivamente erroneo poiché basato su falsificazioni dell'anamnesi dei soggetti indagati ed è costato allo studioso anche la radiazione dall'albo dei medici.

¹⁹ Un sintetico resoconto, comprensibile anche ai non addetti ai lavori, si può trovare sul sito www.fondazioneveronesi.it. Ulteriori dettagli possono trovarsi in J. JAIN - J. MARSHALL - A. BUIKEMA - T. BANCROFT - J. P. KELLY - C. J. NEWSCHAFER, *Autism Occurrence by MMR Vaccine Status Among US Children With Older Siblings With and Without Autism*, in *Jama*, 2015, 1534-1540; nonché in M. BATTISTELLA - C. CARLINO - V. DUGO - P. PONZO - E. FRANCO, *Vaccini e autismo: un mito da sfatare* in *Igiene e Sanità Pubblica*, 2013, 585-596.

Adita ai fini del riconoscimento dell'indennizzo previsto dalla l. 25 febbraio 1992, n. 210²⁰, anche la giurisprudenza nazionale, sia di merito²¹ che di legittimità²², ha dovuto fare i conti con questo tema delicato.

In esso assume, per ovvie ragioni, primario rilievo la presenza o meno del nesso di causalità tra il trattamento vaccinale e le conseguenze dannose che si generano nello stato di salute del paziente.

Più o meno unanimemente, l'orientamento pretorio si è attestato sulla posizione secondo cui il canone causale da utilizzare, in casi di questo genere, sia quello della ragionevole probabilità scientifica, in base al principio della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non"²³.

²⁰ Gli studi compiuti sulla normativa in tema d'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie e trasfusioni sono davvero numerosi. Tuttavia, tra i più recenti, si può segnalare M. DRAGONE (a cura di), *Responsabilità medica danni da trasfusione e da contagio*, Giuffrè, Milano, 2007.

²¹ Si può ricordare: C. app. Salerno, sez. lav., 10 luglio 2017; Trib. Teramo, sez. lav., 19 luglio 2016; C. app. Perugia, sez. lav., 30 giugno 2014; Trib. Bari, sez. II, 25 gennaio 2011, tutte in www.iusexplorer.it.

²² Tra le più recenti: Cass. civ., sez. VI, 24 ottobre 2017, n. 25119, in *Giust. civ.*, 2018; 23 ottobre 2017, n. 24959, in *Foro It.*, 2018; 25 luglio 2017 n. 18358, in *Guida Dir.*, 2017, 34; 9 dicembre 2014, n. 25885, in *Foro It.*, 2014; Cass. civ., sez. lav., 11 dicembre 2017, n. 29583, in *Dir. e Giust.*, 2017; 14 novembre 2017, n. 26875, in *Dir. e Giust.*, 2017; 16 giugno 2016, n. 12427, in *Rass. dir. farm.*, 2016, 805. Si tratta, ovviamente, di sentenze civili, posto che il principio di precauzione è stato dichiarato incompatibile con la causalità penale, come ha stabilito Cass. pen, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, in *Foro It.*, 2017, 224, con nota di C. BUSCO, *Il principio di precauzione nell'ordinamento penale. La causalità psichica*.

²³ Una ricognizione della prova civile per presunzioni nell'ambito della gestione dell'incertezza legata ai vaccini è offerta da A. PARZIALE, *Danno da vaccinazione e incertezza del nesso causale: il ruolo della prova per presunzioni vaccine-related damage and causal uncertainty: the role of presumptions*, in *Riv. med. leg.*, 2017, 1067; nonché in S. F. FLORIO, *La questione vaccinale nel quadro degli assetti costituzionali*, in *Riv. Istituzioni del federalismo*, 2017, 399.

In buona sostanza, a fronte dell'impossibilità di applicare il criterio "dell'oltre ogni ragionevole dubbio", proprio di altri plessi giurisdizionali (processo penale)²⁴ e certamente incompatibile con l'assenza di certezze scientifiche, il criterio con cui i giudici civili hanno operato è stato quello delle presunzioni semplici²⁵ (art. 2727 c.c.), in virtù del quale da un fatto noto si risale ad un fatto ignorato secondo l'*id quod plerumque accidit*.

Va, tuttavia, doverosamente segnalato che tali conclusioni della giurisprudenza non hanno riscosso molto successo presso parte della dottrina che, dal canto suo, non ha mancato di evidenziare come, da un certo tempo a questa parte, nella ricerca dell'evento scatenante del danno, le corti si siano basate, quasi esclusivamente, su elementi di contorno, come la mera vicinanza temporale tra il trattamento vaccinale e l'insorgenza dei sintomi, o anche l'assenza di cause alternative alla malattia, rischiando, in tal guisa, di distorcere in senso esageratamente presuntivo il nesso di causalità, nonché di espandere a dismisura la responsabilità oggettiva del produttore e quella per colpa delle autorità sanitarie²⁶.

²⁴ Per un approfondimento del complesso rapporto tra precauzione e giurisprudenza penalistica, si rinvia a V. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011.

²⁵ Rimane inteso che le presunzioni semplici lasciate alla prudenza del giudice in quanto non previste dalla legge devono essere, a sensi dell'art. 2729 c.c., gravi, precise e concordanti. La Cassazione lo ha ribadito proprio in tema di legame causale, affermando che nella prova per presunzioni non occorre che tra il fatto noto e il fatto ignoto, sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, ma è sufficiente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile secondo un criterio di normalità da stabilire alla stregua di canoni di probabilità con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti: Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2006, n. 12802, in *Giust. civ.*, 2006, 5, ma, nello stesso senso, già Cass. civ., sez. lav., 10 gennaio 2006, n. 154, in *Orient. giur. lav.*, 2006, 192 e 8 aprile 2004, n. 6899, in *Riv. med. leg.*, 2005, 975.

²⁶ A. PARZIALE, *Danno da vaccinazione e incertezza del nesso causale: il ruolo della prova per presunzioni vaccine-related damage and causal uncertainty: the role of presumptions* cit., nonché F. BUZZI, G - TASSI, *La «supremazia» dei giudici, la sudditanza della scienza*

Tuttavia, nonostante tali rilievi critici possano risultare condivisibili, quantomeno per chi non approva la tendenza a utilizzare sempre più frequentemente criteri di responsabilità oggettiva, è però doveroso evidenziare che le scelte della giurisprudenza nazionale hanno, in qualche modo, trovato approvazione presso la Corte di Giustizia UE.

Ed infatti, parafrasando la giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, si può dire che, nonostante la constatazione che la ricerca medica non stabilisce, né esclude, l'esistenza di un nesso tra la somministrazione del vaccino e insorgenza della malattia da cui è affetto il danneggiato, taluni elementi in fatto, se opportunamente rilevati dal danneggiato, possono arrivare a costituire indizi gravi, precisi e concordanti che consentono di ravvisare la sussistenza di un difetto del vaccino e di un nesso di causalità tra detto difetto e la malattia.

Rimane però compito dei giudici nazionali assicurarsi che l'applicazione concreta da essi data a tale regime probatorio non conduca a violare l'onere della prova così come stabilito dall'art. 4 della direttiva 85/374/CEE del Consiglio²⁷, secondo cui il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la

medica e la cedevolezza della governance amministrativa e politica in materia di trattamenti sanitari impropriamente qualificati come «compassionevoli» in Riv. med. leg., 2014, 415, secondo cui sostenere questa tipologia di nesso causale equivarrebbe a dire che un tumore tiroideo è attribuibile ad esposizione ad amianto, in quanto unico fattore noto di rischio oncogeno per quell'individuo. Inoltre, così facendo, ci si espone al rischio di dare adito a più semplicistici collegamenti causali quale quello sintetizzato dalla locuzione “non si può escludere che”, notoriamente priva di qualsivoglia fondamento positivo sul piano scientifico.

²⁷ Si allude alla direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

connessione causale tra difetto e danno e neppure ad arrecare pregiudizio all'effettività del regime di responsabilità istituito da tale direttiva.²⁸

Tali approdi della giurisprudenza sulla causalità appaiono sin da subito problematici al cospetto della riflessione secondo cui i trattamenti sanitari sono tutti elettivamente connotati da un'ineliminabile componente, ossia il rischio²⁹.

In virtù di tale impostazione, quindi, il rischio sussisterebbe non solo nella medicina sperimentale, ma anche nelle quotidiane pratiche sanitarie, come l'esecuzione di un intervento chirurgico, la somministrazione di un farmaco, una diagnosi ecc.

E, di conseguenza, un certo fattore di rischio non potrà che essere insito anche nella somministrazione di un vaccino che, per sua vocazione, avrebbe, invece, lo scopo di prevenire quanto più possibile la contrazione di patologie di cui è sovente ignoto il corretto ed efficace trattamento terapeutico.

Secondo alcune teorie sociologiche, il fattore del rischio sarebbe connaturato tanto nella medicina, quanto in ogni altra attività umana, costituendo uno schema attraverso cui si estrinseca la moderna società³⁰.

²⁸ Il passo parafrasato è contenuto in C. giust. UE, sez. II, 21 giugno 2017, in causa C-621/15, N. W, L. W, C. W/Sanofi Pasteur MSD SNC, *Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Carpimko*, in www.eur-lex.europa.it.

²⁹ Sul punto, ricognitiva ed interessante risulta l'analisi di A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie* in www.federalismi.it, 2017, in cui l'A., dopo aver affrontato i profili di costituzionalità della normativa sui vaccini, rammenta che, nel bilanciamento degli interessi collettivi con quelli individuali, è necessario individuare modalità applicative di natura sanitaria che consentano preventivamente la valutazione tecnico-scientifica nei casi concreti individuali.

³⁰ In tema di società del rischio, è doveroso citare uno dei più noti studi sociologici: si tratta di N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Bruno Mondadori, Milano, 1996; la tesi ivi sostenuta, in estrema sintesi, è che il futuro della società dipenderà dalle decisioni che sono state già prese o che si stanno prendendo nel tempo presente. Anche molto interessante è l'analisi di C. PETRINI, *Bioetica, ambiente, rischio* cit., 12 ss., in cui, acutamente, viene rilevato che l'incertezza non è un concetto statico, ma dipende dalle conoscenze scientifiche

Riflettendo con maggiore attenzione, questa tesi non può certo dirsi peregrina, posto che lo straordinario progresso in campo biomedico e nella biologia sintetica³¹, raggiunto nella contemporaneità, non può certo conciliarsi con un sistema a c.d. “rischio zero”³².

In buona sostanza sembrerebbe valida la seguente proporzione: quanto maggiore è il progresso scientifico, tanto maggiore è il rischio cui le attività umane che ad esso s’ispirano sono sottoposte, anche in tema di vaccinazioni con scopo precauzionale.

Tutto questo ha però un limite.

Ed infatti, sebbene nelle attività umane e scientifiche è connaturato un determinato fattore di rischio, quest’ultimo non potrà mai essere illimitato, ma occorrerà che l’autorità pubblica competente, nell’ambito anche della propria discrezionalità tecnica, stabilisca una soglia oltre la quale esso venga giudicato inaccettabile³³.

e, grazie al progresso, l’incertezza viene parzialmente assorbita, permettendo di assumere decisioni più adeguate di quelle che si sarebbero potute prendere in precedenza.

³¹ Una lettura in chiave giuridica ed etica della biologia sintetica e dei rischi connessi al bioterrorismo è fornita da S. NESPOR, *La biologia sintetica. Il dual-use dilemma*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 357.

³² Con riferimento alle attività di sperimentazione, deve escludersi la possibilità di evitare qualunque tipo di rischio. Del resto, se la regola fosse quella del “rischio zero”, ogni tipo di attività medica - e non solo di sperimentazione clinica - risulterebbe impraticabile, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, 741; più di recente analogo avviso è stato espresso in A.G. FIORI – D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 2016, 52. Il carattere utopico del “rischio zero” è evidenziato anche dalla giurisprudenza costituzionale e, segnatamente, in C. cost., 22 giugno 1990, n. 307, in www.giurcost.org.

³³ A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, cit. Sulla nozione di rischio accettabile, cfr. C. PETRINI, *Bioetica, ambiente, rischio*, cit., 14 e ss. Trattando il tema della protezione dalle encefalopatie spongiformi trasmissibili, la giurisprudenza comunitaria chiarisce che il livello di rischio giudicato inaccettabile per la società in un particolare caso è il risultato di una scelta politica che spetta all’autorità competente e non al giudice. L’autorità competente gode in tale ambito di un ampio potere

Ne deriva che, nel dibattito sulla causalità, il rischio assume un ruolo via via più significativo, tanto da spingere i commentatori a domandarsi se da tale controverso rapporto non debbano derivare nuove prospettive di studio.

Al riguardo è stato già evidenziato che in tema di danni per contagio da vaccinazioni, si è assistito ad un costante quanto inesorabile allargamento delle maglie della causalità, a cui la giurisprudenza ha dovuto provvedere per far fronte all'incapacità della scienza di dare spiegazioni esaustive a determinati fenomeni naturali.

Non solo, è anche da dire che tale tendenza è stata indotta proprio dall'avanzare del rischio nella valutazione della responsabilità civile, in forza del ruolo di sempre maggiore preponderanza che si è ritagliato nella moderna società.

Orbene, queste considerazioni aprono la strada ad un dibattito interessante e certamente ricco di spunti e, secondo alcuni, impongono finanche un riesame delle teorie sul nesso causale, allo scopo di renderlo più adeguato alle trame della modernità.

Ed è proprio qui che fa ingresso il principio di precauzione che entra in gioco quando le informazioni o le conoscenze scientifiche sono insufficienti, non condivise, o contraddittorie³⁴ e che aspira, secondo alcuni, a diventare esso stesso il principale criterio della nuova causalità³⁵.

4. Il Consiglio di Stato interpreta ed applica il principio di precauzione.

discrezionale e non spetta al giudice sostituirsi ad essa: il Tribunale I grado UE, sez. III, 9 settembre 2011, n. 257, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 2631.

³⁴ Cfr.: S. NESPOR, *La biologia sintetica. Il dual use dilemma*, cit.

³⁵ Illuminante, al riguardo, è la ricognizione fatta da L. NOCCO, *La probabilità in ambito giuridico civile*, in *Riv. med. leg.*, 2015, 1519, in cui l'A. rinviene le cause del declino del modello causale attualmente in uso nella evoluzione scientifica e nella moltiplicazione dei casi in cui operano i c.d. nessi casuali plurifattoriali, cioè i casi in cui l'evento è conseguenza non di un fattore eziologico, ma di una moltitudine di essi.

La norma che ha imposto l'obbligo degli ormai noti dieci vaccini è stata sottoposta due volte all'attenzione del Consiglio di Stato; una prima volta, come già si è detto, al vaglio della commissione speciale³⁶ e, una seconda volta, al vaglio della terza sezione³⁷.

Il primo esame, operato dal Consiglio, ha avuto origine da una richiesta di parere proveniente dal Presidente della Regione Veneto³⁸ ed incentrata sulla corretta interpretazione degli artt. 3 e 3 *bis* del “decreto vaccini”.

La Regione, in buona sostanza, chiedeva se l'art. 3 *bis*, laddove prevede la decadenza dall'iscrizione alle scuole o agli enti di formazione per i soggetti non in regola con la documentazione vaccinale, dovesse essere applicata solo a partire dall'anno scolastico 2019/2020, come era dato desumere dal primo comma dello stesso articolo; oppure se tale decadenza fosse operativa già dall'anno scolastico in corso (2017/2018), come, invece, ad avviso della richiedente, si poteva arguire dal tenore dell'art. 3, comma 3. Dopo aver ampiamente illustrato il contesto normativo di riferimento, il contenuto di alcune circolari e provvedimenti dirigenziali connessi, nonché le sue funzioni consultive³⁹, il Consiglio ha chiarito che il d.l. 73/2017 consta, in realtà, di tre differenti regimi applicativi.

Il primo, relativo all'anno scolastico 2017/2018, nel quale l'obbligo di vaccinazione è in pieno vigore e costituisce requisito di accesso, come previsto dall'art. 3, con la sola precisazione che, essendo il decreto intervenuto ad iscrizioni già perfezionate, la prova documentale delle vaccinazioni non deve essere presentata necessariamente nel termine per

³⁶ Da cui è scaturito il parere contenuto in Cons. St., comm. spec., 26 settembre 2017, n. 1614, in *Foro It.*, 2017, 609.

³⁷ Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2018, n. 962, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ Lo schema della richiesta di parere si può trovare in www.regioni.it.

³⁹ Per un approfondimento delle funzioni consultive del Consiglio di Stato, è opportuno rinviare, nella manualistica più recente, a N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 915 e ss.; P. MANTINI, *La nuova giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2018, 75 e ss.

l'iscrizione, ma entro il 10 settembre 2017 (o 10 marzo 2018 in caso di autocertificazione)⁴⁰.

Nell'anno scolastico 2018/2019, invece, si continuerà ad applicare l'art. 3 e, quindi, i genitori (o le figure a questi equiparate) dovranno produrre la prescritta documentazione all'atto dell'iscrizione del minore.

Infine, nell'anno scolastico 2019/2020 e nei successivi anni scolastici, si applicherà l'articolo 3 *bis*, recante il meccanismo semplificato e informatizzato.

Ciò detto, si è persuasi del fatto che al di là delle problematiche concernenti la corretta applicazione della legge, quel che desta maggiore interesse è come l'organo consultivo non abbia perso l'occasione di affrontare anche il controverso tema della conciliabilità dell'obbligo vaccinale con i principi fondamentali dell'ordinamento, tra cui quelli di matrice costituzionale⁴¹ e quello comunitario di precauzione.

⁴⁰ Il regime transitorio per l'anno scolastico 2017/2018 è previsto dall'art. 5 d.l. 73/2017.

⁴¹ Nel presente contributo non ci si è occupati del tema della compatibilità costituzionale del d.l. 73/2017, ma è doveroso ricordare che, proprio su ricorso della Regione Veneto, è stata sollevata q.l.c. in quanto la suddetta norma sarebbe stata emanata in carenza dei presupposti sulla decretazione d'urgenza, in violazione dell'autonomia regionale e del diritto, costituzionalmente garantito, alla salute. La Corte Costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni sollevate nella sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, in *Dir. e Giust.*, 2018, 4, con nota di G. MARINO, *Vaccini: obbligo o raccomandazione è il legislatore che decide*. Ulteriore commento alla sentenza può trovarsi in G. PASCUZZI, *Vaccini: quale strategia?*, in *Foro It.*, 2018, 737. Occorre, altresì, ricordare, ma senza pretesa di esaustività, che il tema del danno da vaccinazione è stato oggetto di ulteriori pronunce della Corte, tra le quali spicca Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307 in *Giur. cost.*, 1990, 1874, con la quale sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi, per contrasto con l'art. 32 Cost., gli art. 1, 2 e 3 l. 4 febbraio 1966 n. 51 nella parte in cui non è prevista, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, riportati dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo.

Al riguardo va detto che la posizione assunta dal Consiglio di Stato aderisce senza dubbio alla teoria che rifiuta di vedere il principio di precauzione come strumento utile alla totale eliminazione del rischio (c.d. rischio zero), ciò che, del resto, impedirebbe, in radice, qualunque progresso tecnologico e della scienza medica⁴².

Al contrario, lungi dal fondarsi su un pregiudizio antiscientifico, il principio di precauzione è stato pensato per perseguire l'ambizioso obiettivo di regolamentare le azioni delle autorità pubbliche che si trovino a dover gestire rischi collettivi⁴³ e, dunque, anche quello di aiutare le stesse autorità a bilanciare la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, proprio attraverso l'individuazione di una quota-soglia entro la quale il rischio è non solo accettabile, ma necessario e, oltre la quale, viceversa, il rischio diviene inaccettabile.

Più in sintesi, il principio di precauzione fornirebbe non già regole per decidere, ma regole per procedere.

Ora, questa specifica presa di posizione sulla precauzione, in uno con la corposa trattazione della lettura costituzionalmente orientata dell'obbligo vaccinale, induce a ritenere che il parere in esame, pur sempre in una logica unitaria, consti, in effetti, di due parti: una doverosamente ermeneutica e l'altra, invece, dedicata ai principi.

Ebbene, ciò induce ad un'ulteriore riflessione e cioè che, contrariamente a quanto ci si potrebbe attendere, in un'ottica di lungo periodo, le più significative conseguenze applicative sono connesse alla parte in cui il

⁴² Secondo cui il punto di partenza è la consapevolezza che il principio di precauzione non elimina l'incertezza scientifica, ma definisce un processo per dissolvere progressivamente l'incertezza gestendola. Tale indicazione è tratta da G. COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2006, 44.

⁴³ Analoga indicazione si può trovare, ad esempio, in A. ROMANO, *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 91 e ss., nonché in F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 413 e ss.

Consiglio illustra l'interpretazione dei principi e non a quella dedicata all'applicazione della legge.

Nel caso della Regione Veneto, la funzione consultiva, ispirata al principio testè riportato, poteva ritenersi pienamente assolta nella prima parte del quarto paragrafo del parere, nella quale era stata fornita un'interpretazione della norma sui vaccini e di essa erano state chiarite le modalità applicative relative al primo periodo di vigenza.

Al contrario, pare evidente che quelle dettagliate indicazioni sui diversi regimi applicativi non sono sembrate esaustive, probabilmente perché non avevano esaurito le funzioni assegnate al Consiglio dalla Costituzione.

Non a caso, è lo stesso Consiglio che si sofferma a fornire spiegazioni su questa sua funzione: «In altri casi, invece, la richiesta di parere, sebbene sempre sorretta dalla necessità di sciogliere un dubbio di ordine giuridico, punta anche a risolvere una controversia, attuale o potenziale, tra amministrazioni e cittadini o imprese oppure tra amministrazioni. Al ricorrere di queste ipotesi la funzione consultiva assolve a una diversa finalità, di tipo “giustiziale”, in linea con la missione che il sopra richiamato articolo 100 della Costituzione assegna al Consiglio di Stato».

In definitiva, pare potersi affermare che il parere in esame può divenire stella polare per l'applicazione del principio di precauzione all'azione amministrativa in sanità, proprio per aver preso posizione su detto principio, destinato ad avere larga attuazione anche nell'ambito della legislazione sanitaria.

E non v'è dubbio che un primo riscontro si può trovare già nel *dictum* della Terza Sezione giurisdizionale, chiamata, anch'essa, all'inizio del 2018, ad affrontare l'annoso problema delle vaccinazioni obbligatorie.

In questo caso, il Consiglio era chiamato a pronunciarsi sull'appello avverso una sentenza del T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia – Trieste⁴⁴ che

⁴⁴ Si tratta di T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 16 gennaio 2017, n. 20 in *Resp civ. prev.*, 2017, con nota di G. CITARELLA, «Vaccinazioni obbligatorie e scuola dell'infanzia» (*dal tar al governo, passando per il Consiglio di Stato*).

concerneva l'impugnazione di una delibera del Consiglio comunale di Trieste con la quale era stato modificato il regolamento comunale per i servizi della prima infanzia ed educativi comunali e previsto l'assolvimento dell'obbligo vaccinale quale requisito di accesso ai servizi educativi di competenza del comune per i bambini di età compresa tra 0 e 6 anni.

Per la precisione, alcuni genitori, che intendevano far frequentare ai propri figli la scuola per la prima infanzia e per l'infanzia nel comune di Trieste, avevano impugnato la suddetta delibera evidenziando sia la carenza di informazioni circa il rapporto rischi/benefici dei vaccini, sia l'assenza della possibilità di eseguire preventivi accertamenti sanitari diretti ad escludere conseguenze negative dei trattamenti sulla salute dei loro figli.

Scelta, questa, a loro avviso, improntata al principio di precauzione.

Come è evidente, la causa era stata decisa in primo grado nella vigenza di un quadro normativo ben diverso da quello vigente al tempo della successiva decisione del Consiglio di Stato, poiché, solo *medio tempore*, era intervenuto il d.l. 73/2017 e, dunque, estesa a tutto il territorio dello Stato la profilassi obbligatoria per i servizi educativi dell'infanzia e della scuola dell'obbligo fino ai 16 anni.

Nondimeno, però, anche il giudice amministrativo di primo grado non aveva mancato di osservare che quella del comune di Trieste era stata, in effetti, un'iniziativa di precauzione in materia di salute, segnalando un'intrinseca contraddittorietà del ragionamento degli allora ricorrenti: «I genitori invero, difendendo la scelta di non vaccinare i loro figli, si rifanno ad un principio di precauzione, cioè alla probabilità che la vaccinazione provochi più danni di quelli eventualmente possibili in caso di contagio.

In tal modo peraltro omettono di considerare che lo stesso principio di precauzione e di prevenzione vale in senso opposto, nel rendere obbligatorie le vaccinazioni e nell'estendere la copertura della popolazione vaccinata».

La decisione con la quale il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello delle parti private si rifà, per quel che riguarda la motivazione e i presupposti di fatto e normativi dell'atto impugnato, al parere della Commissione speciale,

di cui, non a caso, sono riportati, nel testo della decisione, anche i passaggi più significativi.

In particolare, viene ribadito che il principio di precauzione non comporta necessariamente l'adozione di scelte con "rischio zero", ma induce a prediligere una soluzione mediana che, cioè, renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi.

Ed ancora che il principio di precauzione non ha pregiudizi antiscientifici, ma si pone quale base per il progresso della scienza e della medicina, altrimenti reso impossibile da logiche di abbattimento, ad ogni costo, di qualunque fattore di rischio.

5. Conclusioni.

La piena adesione della giurisprudenza amministrativa ad un'interpretazione del principio di precauzione che non ostacoli la ricerca in campo biomedico, ed anzi la favorisca, è un dato asseverato e pacificamente confermato dalla breve rassegna contenuta nel paragrafo precedente.

Appare chiaro, quindi, che le pratiche vaccinali divengono esse stesse una forma corretta di applicazione del principio di precauzione, in quanto volte a minimizzare il rischio di contrazione di patologie comuni e meno comuni⁴⁵.

Tutto questo a scapito di un'applicazione "a monte" di logiche precauzionali, patrocinata, invece, da chi guarda con sospetto alle misure sanitarie di

⁴⁵ Ad avviso di M. CHITI, *Il rischio sanitario*, in *Annuario 2005 AIPDA – Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005, 147, l'origine del principio di precauzione sta nella crisi delle certezze scientifiche e nell'instabilità dei risultati, apparendo superato l'ottimismo del positivismo scientifico.



prevenzione e ritiene che ancora più rischiose delle malattie siano le misure adottate prima e, soprattutto, nell'incertezza del contagio⁴⁶.

In definitiva, siffatta lettura del principio di precauzione, dotata anche del sigillo di costituzionalità, porta a concludere che a prevalere è sempre l'obiettivo dell'incolumità di massa, o, per dirla con un'espressione ormai in disuso, dell'immunità "di gregge", essendo, al contrario, recessiva, nella valutazione del legislatore e delle corti, la libertà di autodeterminazione del singolo individuo, al più tutelabile nella forma dell'indennizzo previsto dalla l. 25 febbraio 1992, n. 210.

Vengono, in tal guisa, rimosse tutte le incrostazioni individualistiche⁴⁷, o i residui di teorie razional - utilitaristiche⁴⁸, in virtù dei quali a prevalere era, a tutti i costi, la libertà di scelta circa la propria salute e quella dei propri figli, o l'accettazione di un rischio futuro, piuttosto che l'imposizione della prevenzione non suffragata da certezze scientifiche.

Al cospetto di tali approdi rimane, inoltre, la sensazione che il principio di precauzione, data l'ampiezza del suo spettro, venga talora piegato

⁴⁶ L. FR. H. SVENDSEN, *Filosofia della paura*, Lit, Roma, 2017, secondo cui molte organizzazioni, considerando ogni rischio inaccettabile, insistono per un'interpretazione rigorosa del principio precauzionale che, certamente non è innocuo. Tuttavia, più si usano precauzioni, più spesso avremo iniziative per evitare danni che magari non si sarebbero materializzati.

⁴⁷ Si possono qui richiamare le teorie di John Rawls, secondo cui la sfida attuale delle società democratiche occidentali sarebbe quella di proteggersi contro una possibile contestazione della libertà individuale. Il filosofo, infatti, critica aspramente l'utilitarismo non perché potrebbe portare ad una ripartizione non egualitaria dei beni, ma perché non lascia sufficiente spazio alla libertà individuale. Al riguardo si rimanda a J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1984, 66.

⁴⁸ Ne riferisce F. PALLANTE, *Per scelta o per destino. La Costituzione tra individuo e comunità*, Giappichelli, Torino, 2018, 167, in cui viene posta in luce una contraddizione insita nel sistema e cioè che perseguire razionalmente la propria libertà individuale, produce, molto spesso, il venir meno dell'utilità collettiva.

all'esigenza del raggiungimento dell'ormai chiaro obiettivo dell'immunizzazione di massa⁴⁹.

In conclusione, il bilanciamento delle opposte esigenze è davvero complicato, ma dare una misura ai diritti è fisiologico, al pari di prevenire gli effetti di corrosione insiti negli eccessi d'individualismo.

Lo strumento più utile potrebbe essere proprio il principio di precauzione, ma farvi ricorso non è cosa da poco.

Ed infatti, volendo parlare di tutela di beni giuridici, sull'*an* alcun problema sorge quando si controverta di quei beni che hanno una doppia valenza, quale l'ambiente e che garantiscono, quindi, diritti individuali e collettivi.

In questi casi possono, al più, sorgere contrasti sul *quomodo*.

Al contrario, le questioni più serie vengono in rilievo e concernono pure l'*an*, quando a dover essere tutelati sono beni giuridici che involgono esclusivamente diritti collettivi, quale sembra ormai essere il bene salute⁵⁰, poiché in tal caso, a dover soccombere sono i diritti individuali.

⁴⁹ Per una ricostruzione critica del principio di precauzione, si rimanda a S. ZORZETTO, *Concetto di rischio e principio di precauzione*, in www.sintesialettica.it, 2012.

⁵⁰ G. AMATO, *Se guasto è il mondo, meno libertà?*, in G. ALPA - V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista*, Laterza, Bari, 2013, 266



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

ANTONINO CINTORINO

Una rilettura del risarcimento del danno da perdita di chance come danno meramente patrimoniale

ABSTRACT – Compensation for loss of opportunity has posed and puts many questions about its compatibility with Italian normative. Chance appears *prima facie* as an impalpable resource, whose loss entails an imbalance in the qualitative and quantitative determination of the subject's claims. Compensation for loss-of-life damage appears to be functional, hence, to the protection of the subject's assets both on the occasion of the loss of the opportunity and on the utility that from that occasion could. In other words, loss-making loss could be attributed to a pure capital loss (defined by Anglo-Saxon doctrine, as an economic loss), namely a purely economic prejudice.

KEYWORDS – Chance, loss of chance, contract law, causation theory, damage, legal claims, economic prejudice.

Una rilettura del risarcimento del danno da perdita di chance come danno meramente patrimoniale**

SOMMARIO: 1. *L'occasione di una pronuncia giurisprudenziale* – 2. *L'origine del risarcimento del danno da perdita di chance* – 3. *La perdita di chance come danno meramente patrimoniale* – 4. *Prova del danno da perdita di chance ed evoluzione in giurisprudenza e dottrina* – 5. *Alcune considerazioni conclusive.*

1. L'occasione di una pronuncia giurisprudenziale

Una recente sentenza del Tribunale di Parma¹ ripropone all'attenzione del giurista la controversa configurabilità del danno da perdita di chance.

Il giudice ha accolto la domanda della parte attrice, accertando e dichiarando la responsabilità di Poste Italiane SpA per la perdita di possibilità di partecipare ad una prova selettiva per l'assunzione di un'unità di personale come esecutore scolastico di asilo nido a tempo pieno in un periodo determinato²; da tale accertamento giudiziale discende anche la condanna al risarcimento dei danni in favore della parte attrice, calcolati in Euro 28.210,53, corrispondenti alla mancata opportunità di percepimento di stipendi ed accessori a causa dell'inadempimento di Poste italiane, derivante dal ritardato recapito del telegramma alla maestra (attrice) contenente la convocazione alla prova selettiva per l'assunzione in discorso.

* Dottorando di ricerca in teoria del diritto ed ordine giuridico europeo, diritto civile, presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Trib. Parma, 29 dicembre 2017, n. 1778, in *Dir. civ. contemp.*, 1/2018.

² Precisamente, dal 01 settembre 2014 al 15 luglio 2015.

Nel caso, il giudicante offre nella decisione una ricostruzione deduttiva che lo condurrà a sostenere che «la situazione soggettiva incisa dall'altrui inadempimento non può essere dunque una mera aspettativa ma una concreta ed effettiva occasione favorevole per conseguire il risultato sperato»³.

La maestra d'asilo era inserita in graduatoria al quarto posto con un punteggio di 109; a seguito dell'espletamento dell'ultima prova è risultata vincitrice, invece, la persona che in graduatoria era quinta col punteggio di 107. Il giudice, pertanto, anche se utilizzando strumenti presuntivi ha effettuato una valutazione sulla probabilità che l'attrice abbia visto frustrata una effettiva occasione favorevole per conseguire l'incarico lavorativo a tempo determinato, ritenendo che la maestra esclusa avrebbe ragionevolmente ottenuto il posto; ciò sia per la maggior esperienza con i bambini – di tredici anni rispetto la vincitrice – nonché per «la pochezza della prova selettiva trattandosi di una mera dimostrazione della attitudine ad accudire i pargoli dell'asilo»⁴.

Il danno derivante dalla perdita di chance è stato liquidato sulla proiezione stipendiale relativa alla posizione lavorativa ed economica perduta che avrebbe occupato l'attrice, così come dichiarata dalla CGIL di Parma,

³ Trib. Parma, 29 dicembre 2017, n. 1778, cit., 4. Sul profilo della concretezza, attualità ed effettività della rilevanza giuridica del pregiudizio derivante dalla perdita di una occasione, v.: Cass., 14 marzo 2017, n. 6488, in *Giust. civ.*, 1/2017: «in tema di risarcimento del danno il creditore che voglia ottenere oltre il rimborso delle spese sostenute anche i danni derivanti dalla perdita di chance – che come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione – ha l'onere di provare anche solo in modo presuntivo, secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta».

⁴ Trib. Parma, 29 dicembre 2017, n. 1778, cit., 4.

ricalcando in sostanza il mancato guadagno per non aver potuto svolgere l'attività professionale indicata nel bando.

La decisione del Tribunale di Parma ha configurato, quindi, il caso in un contratto a favore di terzo *ex art. 1411 c.c.*; il gestore del servizio postale è responsabile contrattualmente perché ha recapitato in ritardo un telegramma al destinatario. Com'è noto, infatti, non esistendo un compendio normativo speciale in materia di servizi postali che deroga dal codice civile, la responsabilità del ritardo, in assenza di prova di impossibilità sopravvenuta della prestazione è ascrivibile proprio al gestore del servizio⁵.

⁵ La responsabilità contrattuale degli operatori postali è consolidata in giurisprudenza a partire dalle note sentenze della Corte Costituzionale, 20 giugno 2002, n. 254 e 11 febbraio 2011, n. 46. In particolare la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 6 D.P.R. n. 156 del 1973; da qui in poi molte sono state le teorie sulla responsabilità da disservizio postale, cfr., in tal senso, Cass., 11 agosto 2004, n. 15559, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 590: «a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 6, D.P.R. n. 156 del 1973 (sentenza n. 254 del 2002 della Corte costituzionale), nella parte in cui disponeva che l'amministrazione ed i concessionari del servizio telegrafico non incontrano alcuna responsabilità per il mancato recapito di telegramma, la Poste italiane SpA, qualora non provi che l'inadempimento sia stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa ad essa non imputabile, è tenuta al risarcimento del danno *prevedibile* derivante dal mancato recapito del telegramma, non costituendo, peraltro, l'imprevedibilità del danno un limite all'esistenza del medesimo, ma soltanto alla misura del suo ammontare; l'imprevedibilità del danno conseguente dall'inadempimento colpevole del debitore non costituisce un limite all'esistenza del danno stesso, ma soltanto alla misura del suo ammontare e, quindi, determina la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente ad una data categoria di rapporti, secondo le ordinarie regole di comportamento dei soggetti economici, e cioè secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute»; un'altra qualificazione operata dalla giurisprudenza è in termini di responsabilità da contatto sociale, da cui discenderebbe che «il danneggiato deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) ed allegare l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; il danneggiante dovrà dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur

2. Origine del risarcimento del danno da perdita di chance.

La sentenza del Tribunale di Parma mette in risalto i problemi che più interessano il giurista che indaga sulla rilevanza della perdita di chance: l'operatività del concetto di probabilità relativa sia considerando la perdita di chance come una tecnica di accertamento della causalità sia come un criterio di liquidazione del danno.

La perdita di chance è attualmente riconosciuta come danno risarcibile.

Com'è noto, il sostantivo chance è voce tipica della lingua francese traducibile con i termini italiani fortuna, sorte, ma, per quanto più interessa ai fini della presente analisi, si può tradurre con i termini possibilità o probabilità⁶. L'etimologia del termine affonda le radici nel latino *cadentia*,

esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»: v., Cass., 2 febbraio 2005, n. 2042, in *Giust. civ. mass.*, 1/2005, 28. Corollario di tale assunto teorico è la presunzione d'inadempimento, gravante sul debitore-gestore del servizio postale: «in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento; anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento della obbligazione, ma il suo inesatto inadempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento» (*ex multis*, Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 1/2001, 121). Altra giurisprudenza ha individuato la responsabilità in altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, di cui all'art. 1173 c.c., cfr.: Cass., SS.UU., 26 giugno 2007, n. 1471, in *Resp. civ. e prev.*, 760, in cui si legge che la responsabilità nella quale incorre «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta che (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte».

⁶ Dal dizionario Italiano N. ZINGARELLI, Zanichelli, Bologna, 1998, 340.

participio presente (neutro, plurale) del verbo *cadere*, forma verbale che trova un equivalente nell'italiano accadere, avvenire, capitare o succedere⁷. Nel suo significato più antico, dunque, la chance starebbe ad indicare «il modo favorevole o sfavorevole secondo cui si verifica un evento»⁸.

Proprio come le *aleae iacta* in epoca romana, così anche le questioni gettate sul tappeto risultano sfaccettate e aperte a diverse soluzioni.

Il danno da perdita di una chance in ambito giuridico si verifica nei casi in cui l'illecito – o l'inadempimento in tema di responsabilità contrattuale – abbia causato una nuova situazione che faccia apparire meno probabile il conseguimento di utilità future; di conseguenza, la chance consiste nella probabilità, quantificabile in percentuale, che un risultato favorevole venga raggiunto o che un effetto non voluto venga evitato⁹.

⁷ Dal dizionario Latino CALONGHI-BADELLINO, Rosenberg&Sellier, Torino, 1976, 143.

⁸ Cfr.: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/1976, 58, che fa discendere già dall'analisi dell'etimologia del termine chance la necessità di ricollegare "un valore economico, quanto meno negativo" al venire meno di un'occasione. L'A. rinviene l'etimologia del sostantivo chance nel latino *cadentia*, collegandolo espressamente alla caduta dei dadi da giuoco. Sul punto, tra gli altri, v., M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2011, 945. Tale esplicazione semantica non è estranea neppure alla giurisprudenza; così, Cons. Stato, 14 settembre 2006, n. 5323 in *Giust. amm.*, 2/2006, secondo cui «la parola chance deriva, etimologicamente, dall'espressione latina *cadentia*, che sta ad indicare il cadere dei dadi, e significa buona probabilità di riuscita. Si tratta, dunque, di una situazione, teleologicamente orientata verso il conseguimento di un'utilità o di un vantaggio e caratterizzata da una possibilità di successo presumibilmente non priva di consistenza».

⁹ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/1976; F.D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 4/1965, 47; V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno da perdita della possibilità di un'utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*, 2/1986; F. MASTROPAOLO, *Danno (Risarcimento del danno)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da R. SACCO, III (1998), Torino, 283, 586, 821; A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. dir. priv.*, 1985, 315 ss.; M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, 47 ss.; A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in

Il risarcimento del danno da perdita di chance appare funzionale, quindi, alla tutela del patrimonio del soggetto sia sul versante della perdita dell'occasione, sia su quello delle utilità che da quell'occasione potevano (sarebbero potute) derivare (v. art. 1223 c.c.). La domanda di tutela del soggetto risulta ampia e diversificata, partendo ed estendendosi dall'ambito del diritto del lavoro¹⁰, sino a quello della responsabilità

Giust. civ., 2/1997, 447; R. PUCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, Torino, 2007; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. civ.*, IV (1999), Milano, 514; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 666 ss.; M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 2000, 662 ss.; G. PETRELLI, *Causalità e perdita di chances*, in *I fatti illeciti, Causalità e danno*, a cura di G. Visintini, III (1999), Padova, 297; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, 514; E. RONCHI, *Perdita di chances, nesso di causalità e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetti medico-legali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 840 ss.; R. PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 566; A. BALDASSARI, *Il danno patrimoniale*, in *Enciclopedia*, a cura di P. Cendon, Padova, 2001, 177 ss.; A. M. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 659 ss.; C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 296 ss.; M. FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, in *La resp. civ.*, 2005, 446; M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2011; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2008, 315 ss.

¹⁰ Cass., 19 novembre 1983, n. 6906, in *Giust. civ.*, 1/1984, 1842, con nota di E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in cui, per la prima volta, si ebbe cura di affermare che «in tema di procedure di concorso costituisce fonte di risarcimento del danno il comportamento del datore di lavoro che escluda illegittimamente il lavoratore aspirante al posto dalla partecipazione alle prove del concorso ove determini la perdita della possibilità di conseguire il superamento della selezione, possibilità che deve essere provata dal lavoratore e va valutata secondo criteri di verosimiglianza alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* in relazione alla percentuale di probabilità superiore a quella relativa all'evento sfavorevole, costituito dal mancato superamento della selezione stessa; l'ammontare del danno, che costituisce danno emergente, va commisurato non alla perdita del risultato (ossia alle retribuzioni che

professionale¹¹. La risarcibilità della chance è ormai generalmente accolta dalla giurisprudenza, e gli esempi sono numerosi: oltre a riparare la perdita della possibilità di essere assunti o di conseguire un avanzamento di carriera, la giurisprudenza italiana inizia a estendere l'area di risarcibilità delle chance perdute a ipotesi sempre più ampie che comprendono, in prevalenza, ulteriori fattispecie riconducibili ai rapporti di lavoro (anche con riferimento a promozioni a scelta e al mancato accesso a qualifiche superiori, a seguito di irregolarità nell'espletamento di concorsi in violazione degli obblighi di buona fede e di correttezza), attività professionale del medico e dell'avvocato, la perdita della chance *d'être secour par la victime immédiate*, il danno conseguente alla sopravvenuta impossibilità di partecipare a concorsi o a sostenere esami, la seduzione con promessa di matrimonio (con particolare riguardo alle perdute opportunità di sposarsi), la perdita della possibilità di nascere.

avrebbe percepito il lavoratore in caso di assunzione), bensì alla mera possibilità di conseguirlo, da determinare in base alle dette retribuzioni ma con un coefficiente di riduzione delle stesse, ovvero facendo ricorso alla liquidazione equitativa *ex art. 1226 c.c.*».

¹¹ Cfr.: Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, 2002, 395, con nota di A. L. BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle «regole». Ma quanto vale un'occasione?*, nella quale si stabilisce che «in tema di responsabilità professionale (nella specie, di un dottore commercialista), la negligenza del professionista che abbia causato al cliente la perdita della chance di intraprendere o di proseguire una lite in sede giudiziaria determina un danno per il quale non può, di regola, porsi alcun problema di accertamento sotto il profilo dell'*an* – una volta accertato l'inadempimento contrattuale sotto il profilo della ragionevole probabilità che la situazione lamentata avrebbe subito, per il cliente, una diversa e più favorevole evoluzione con l'uso dell'ordinaria diligenza professionale – ma solo, eventualmente, sotto quello del *quantum*, dovendo tale danno liquidarsi in ragione di un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili, ed assumendo, come parametro di valutazione, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo (deducibile, quest'ultimo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta), ovvero ricorrendo a criteri equitativi *ex art. 1226 c.c.*

Il pregiudizio lamentato, in tutti questi variegati casi, sembra riguardare solo un interesse di fatto, non ricomprendibile nella tutela aquiliana¹².

3. *La perdita di chance come danno meramente patrimoniale*

¹² R. PUCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, Torino, 2007, 81 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 49 ss.; M. FRANZONI, *I fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 821 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 283 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, Padova, 1994; M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chance, dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. comm.*, 2/2008, 143 ss.; D. BELLANTONI, *Lesione dei diritti della persona. Tutela penale-Tutela civile e risarcimento del danno*, Padova, 2000, 288. Invero, autorevole dottrina francese, proprio in presenza di una giurisprudenza ampia e variegata, afferma sia che «il problema classico della perdita di una chance si pone in termini di *préjudice*», riguardando «la valutazione del danno e non il rapporto di causalità», sia che «la chance di realizzare un profitto o di evitare una perdita» rappresenta «un danno specifico ed autonomo rispetto al pregiudizio finale», il quale, proprio per l'alea che è intrinseca alla chance, non si saprà mai se si sarebbe verificato. La peculiarità consiste proprio nel fatto «che non è più possibile sapere se il danno [finale] si sarebbe avverato o no; la sua realizzazione non dipende più da eventi futuri e incerti. La situazione è definitiva; più nulla potrà modificarla; a causa della sua condotta colposa, l'agente ha arrestato lo svolgimento di una serie di fatti che potevano essere fonte di guadagni o di perdite» (cfr.: G. VINEY-B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Préface di A. Tunc, Parigi, 1985, 54. In questi termini la chance «costituisce un danno risarcibile», ma «è soltanto questa perdita che deve essere compensata attraverso il risarcimento», non, invece, «la totalità di ciò che la chance avrebbe procurato alla vittima, se si fosse realizzata». Anche nel caso di evoluzione futura di un danno attuale, l'area della risarcibilità si estende a tutte le ulteriori conseguenze, normalmente prevedibili, che derivano dall'evento dannoso sulla base di un rapporto certo di causalità. Viceversa, «quando la realizzazione del danno è soltanto probabile, il coefficiente d'incertezza si accresce» ed è necessario individuare i requisiti che permettono di considerare tale danno certo e risarcibile. Nel danno da perdita di chance «l'alea concerne la realizzazione stessa del danno», v. G. VINEY-B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel*, cit., 55.

Il danno da perdita di chance potrebbe essere assimilabile ad una pura perdita patrimoniale – o, come spesso viene definita dalla dottrina anglosassone, *pure economic loss*¹³ – ossia un pregiudizio meramente economico¹⁴.

Da un lato è necessario valutare la compatibilità di un tale nocumento con le due specie della responsabilità civile – contrattuale ed extracontrattuale – e, dall'altro lato, è opportuno individuare i limiti entro i quali l'astrattezza della perdita di chance può tradursi in un danno effettivamente esistente nel patrimonio del soggetto¹⁵.

¹³ Sulla tutela della *pure economic loss* nei diversi sistemi anglosassoni, cfr.: M. BUSSANI - V.V. PALMER, *Between Contract and Tort: Pure Economic Loss in Europe*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract*, a cura di N. Cohen-E. McKendrick, Oxford-Portland, 2005, 189 ss.; R.S. BRUER, *Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases*, in *Missouri L. Rev.*, 59/1994, 969 ss.; T. HILL, *A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, in *Missouri L. Rev.*, 54/1991, 511 ss.; L. J. ANDERSON, *Loss of a Chance in Tort*, in *Solicitor's Journal*, 131/1987, 1258 ss.; J. H. KING, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, *Yale L. Journal*, 90/1981, 1378 ss.

¹⁴ S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2008, 374 ss.; A. di MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1/1982, 1745 ss.; Id., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 327 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 32; 99 ss., 109 ss.; Id., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2008, 315 ss.; V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 81 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1253 ss.; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 1-2.

¹⁵ Questi dubbi ermeneutici vengono posti da S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2008, 374 ss.; A. di MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1/1982, 1745 ss.; Id., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 327 s.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 32; 99 ss., in part. 109 ss.; Id., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2008, 315 ss.; V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 81 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il*

Sul primo versante, la mancata rispondenza della perdita di chance alla lesione di una situazione giuridica tutelata *a priori* dall'ordinamento imporrebbe di circoscriverne la tutela all'ambito contrattuale, ove «l'inadempimento è come tale fonte di responsabilità, onde il danno che ne deriva, non avendo a presupposto la lesione di una situazione soggettiva, è risarcibile nei termini in cui sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento»¹⁶. In questa prospettiva appare chiaro che sottrarre la chance in questione determina un danno, ovvero la compromissione di un'utilità attuale e già presente nel patrimonio del soggetto leso¹⁷. Il danno meramente patrimoniale sarebbe, secondo alcuni autori, quello che discende dall'inadempimento dell'obbligazione¹⁸. Il carattere contrattuale della perdita di chance sarebbe, invece, confermato dall'essere ricompresa nell'alveo della tutela dell'aspettativa, la quale – si rammenta – «può diventare presupposto della responsabilità soltanto tra soggetti determinati nell'ambito di una relazione giuridicamente rilevante quando le parti questo abbiano voluto o la legge così preveda¹⁹».

danno al patrimonio tra contratto e torto, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1253 ss.; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 1-2.

¹⁶ Cfr.: C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 323.

¹⁷ Tra i primi autori a qualificare la perdita di chance come danno emergente, M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 78.

¹⁸ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 113; A. di MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 5 ss.

¹⁹ Questa è la lettura dell'art. 2043 c.c. data da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 237 ss.; Id., *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 319-320, secondo cui se i diritti soggettivi «hanno un significato, lo hanno come luoghi di una tutela che estendere al di là dei confini del diritto soggettivo o di altra categoria che a questo può essere sostituita sempre in funzione di accreditamento della tutela significherebbe neutralizzazione dei diritti stessi come interessi particolarmente qualificati e per ciò suscettibili di tutela [...] la tutela aquiliana limitata ai diritti soggettivi non è frutto di una scelta aprioristica e mero frutto di classificazioni, bensì il corollario dell'idea stessa di diritto soggettivo, il cui significato è quello di costituire un ambito di tutela fuori dal quale, *a contrario*, è coerente che tutela non vi sia. Questa categoria della tutela che è il diritto soggettivo può essere



L'impossibilità di tutelare per via aquiliana la lesione in commento deriva dall'adesione ad una lettura restrittiva dell'art. 2043 c.c. quale norma di tutela di interessi giudicati *a priori* dal legislatore come degni di tutela. Tale non è l'interesse all'integrità del patrimonio, che, evidentemente, non riceve una specifica tutela risarcitoria, poiché non costituisce di per sé oggetto di una specifica situazione soggettiva, ma trova protezione solamente nelle singole situazioni soggettive patrimoniali di cui si compone, il che, peraltro, è confermato dall'idea diffusa secondo cui l'ordinamento non considera né disciplina il patrimonio come un'entità unitaria, ma come formula sintetica di tutte le situazioni giuridiche e le utilità imputabili ad un soggetto²⁰.

Se si muovesse da una concezione che declama, invece, sia l'atipicità dell'illecito delittuale sia la struttura dell'art. 2043 c.c. in termini di norma primaria, di clausola generale aperta in consonanza al principio solidaristico, sarebbe necessario individuare gli interessi meritevoli di protezione, superando la dogmatica dei diritti soggettivi²¹.

aggiornata o sostituita, ad es., con quella di situazione soggettiva, rendendo tutelabili interessi che precedentemente non lo erano, ma è necessaria per stabilire il confine tra risarcibilità e no, responsabilità e no».

²⁰ Cfr.: V. M. TRIMARCHI, *Patrimonio (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, XXII (1982), Milano, 271 ss, il quale precisa che il patrimonio non si presta ad una disciplina giuridica unitaria; B. BIONDI, *Patrimonio*, in *Novissimo dig. it.*, XII (1965), Torino, 615 ss.; nonché Id., *I beni*, in *Tratt. dir. civ.*, (a cura di) F. VASSALLI, Torino, 1953, 103, dove si mette in evidenza che il patrimonio è la denominazione complessiva di una serie di rapporti.

²¹ Cfr. sul punto: S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 365 ss., il quale confuta inoltre la linea di pensiero che ascrive alla nota pronuncia della Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, 2487 ss. L'accoglimento dell'idea secondo cui la valutazione di ingiustizia rappresenta «il risultato di un giudizio comparativo da compiere caso per caso» ossia di una valutazione della reciproca posizione in concreto assunta dagli interessi confliggenti di danneggiante e danneggiato (v. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 221 ss.). Tale lettura secondo S. MAZZAMUTO costituisce, infatti, «il frutto di un sovvertimento della *ratio decidendi* giacché il presunto superamento ad opera delle Sezioni unite della necessità di ancorare l'ingiustizia del danno ad un interesse meritevole di tutela del danneggiato non trova conferme nel corpo della motivazione ed anzi è smentito dal

Il diritto all'integrità del patrimonio pare perciò il frutto, «dell'inversione metodologica che, sul presupposto della risarcibilità del danno meramente patrimoniale, immagina e crea un diritto che dovrebbe poi costituire la giustificazione della tutela risarcitoria di quel pregiudizio – il danno meramente patrimoniale – il cui risarcimento si dà però per assunto»²².

L'analisi dell'aspetto relativo alla certezza del danno pone anch'esso un problema di stretta aderenza con il dato positivo ed in particolare con l'art.

chiaro passaggio in cui si precisa che «compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una *selezione degli interessi giuridicamente rilevanti*. Ed il criterio di selezione degli interessi, ad un'analisi complessiva della pronuncia, sembra coincidere con la verifica della loro considerazione da parte dell'ordinamento, anche in relazione al grado di consistenza ed intensità della tutela, e non già con la tecnica della comparazione. V. sul punto anche C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, ivi, 1999, 1264 ss. Peraltro, come affermano le stesse SS. UU. cit., il giudice, nell'accertare l'interesse meritevole di tutela del danneggiato, deve rivolgere la sua opera di «comparazione e valutazione» non soltanto a «disposizioni specifiche (risolvendo così in radice il conflitto [...])», ma anche a quegli interessi che il diritto prende «comunque» in considerazione «sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così un'esigenza di protezione». L'espressione, che recepisce un'idea già affermata da S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 183 ss., non può non significare che v'è interesse giuridicamente rilevante ogni qualvolta l'interprete ravvisi «un qualunque indice di tutela predisposto dal complesso delle norme in vigore». Al riguardo, cfr.: M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 395 ss; Id., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a violazione di norme antitrust*, in *Danno resp.*, 2004, 937: «il danno risarcibile consiste nella lesione di qualsiasi interesse socialmente apprezzabile, che abbia dato luogo ad un pregiudizio patrimonialmente valutabile e possa quindi essere riparato mediante l'imposizione *ex lege*, ad un soggetto ritenuto responsabile, di una prestazione suscettibile di valutazione economica. Il danno (astrattamente) risarcibile diviene altresì danno «ingiusto» ex art. 2043 c.c., con il conseguente insorgere dell'obbligazione riparatoria *ex lege*, se e in quanto la posizione del soggetto cui è imputabile il fatto causativo del danno non sia suscettibile, in una valutazione comparativa degli interessi in gioco, di una valutazione peggiore rispetto a quella del soggetto danneggiato».

²² S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 372.

1223 c.c.: «il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». Dalla disposizione in parola sembra discendere la necessità di funzionalizzare la tutela risarcitoria alla compensazione di una lesione certa, poiché avvenuta in passato (perdita subita), estendendola sino a comprenderne le eventuali ripercussioni future (mancato guadagno)²³.

Si è sostenuto che tramite tale ultima voce risarcitoria il legislatore del 1942 abbia mitigato il requisito della certezza del danno, dischiudendo, invero, le porte alla risarcibilità del danno solo probabile²⁴.

²³ Sul requisito della certezza del danno insiste: A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 304; ancor prima: G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1906, 317 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, Fonti delle obbligazioni. Quasi contratti. Fatti illeciti. Legge*, Firenze, 1907, 269; G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, in *Diritto civile italiano*, IV, Padova, 1940, 109; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III. *L'attuazione*, Milano, 1948, 468 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, XVI (1969), Torino, 4 ss. In particolare, sul rapporto tra perdita di chance e requisito della certezza del danno, cfr.: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 55 ss., ivi si rammenta che, in tema di certezza del danno, la giurisprudenza più volte fa riferimento alla regola secondo cui il lucro cessante deve sempre risultare positivamente dimostrato e che un risarcimento dei danni non può essere concesso in dipendenza di elementi meramente ipotetici; Cfr.; Cass., 3 agosto 1962, n. 2372, in *Resp. civ. prev.*, 1962, 66; Cass., 13 ottobre 1964, n. 1967, *ivi*, 1968, 285; Cass., 26 ottobre 1968, n. 3597, in *Giust. civ.*, 1/1969, 1313; Cass., 29 luglio 1994, n. 7647, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 1128; Cass., 18 aprile 2000, n. 5014, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 20.

²⁴ Cfr.: G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 184 ss.; R. PUCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, Torino, 2007, 81 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 49 ss.; M. FRANZONI, *I fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 821 ss.; P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 283 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, Padova, 1994; M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chance, dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. comm.*, 2/2008, 143 ss.

Detto altrimenti, con la voce «mancato guadagno» ci si riferisce a quel guadagno eventuale, la cui mancanza è certa.

Da quanto esposto discende, dunque, uno stretto legame di dipendenza tra le due voci risarcitorie in esame, nel senso che i presupposti necessari per il verificarsi del mancato guadagno sono inevitabilmente presenti nella perdita subita, conferendogli in tal modo la certezza del suo accadimento. La perdita di chance assurge a modello generale di danno, senza ulteriori qualificazioni, che può consistere sia nella «*perte qu'il a faite*», sia nel «*gain dont il a été privé*»²⁵, ossia, traducendo in italiano, sia nella «perdita subita», sia nel «mancato guadagno» (ex art. 1223 c.c.). In tal senso, tale figura di danno non è identificabile né (soltanto) con il danno emergente, né (soltanto) con il lucro cessante, ma costituisce un evento dannoso che, a sua volta, in relazione ai singoli casi concreti, può essere composto, al pari di ogni altro pregiudizio, da un danno emergente, da un lucro cessante o, come spesso accade, da entrambi. Se è vero che il danno emergente ha ad oggetto un interesse attuale, ovverosia l'interesse relativo a un bene già spettante ad una persona nel tempo in cui il danno medesimo è cagionato e che, nel lucro cessante, viceversa, oggetto del danno è un interesse futuro, ovverosia l'interesse relativo a un bene non ancora spettante ad una persona, qualora il danno da perdita di chance si concreti, ad esempio, nella perdita delle possibilità di guarigione, il paziente potrà subire sia un danno emergente, consistente nella frazione, espressa in termini percentuali, di mancato risparmio delle spese chirurgiche ed ospedaliere, sia in un lucro cessante, cioè nella frazione di «utile ottenibile nel futuro da quei beni patrimoniali che la conservata integrità fisica avrebbe fatto conseguire»²⁶. Pertanto, il danno da perdita di chance, proprio perché consiste nella perdita della possibilità di realizzare un guadagno o di evitare una perdita, può concernere, come ogni ulteriore evento dannoso, sia un danno emergente, sia un lucro cessante, sia entrambi.

²⁵ V.: art. 1149, codice civile francese.

²⁶ M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, 94.

La distinzione tra danno emergente e lucro cessante non deve essere confusa con «l'altra, non espressamente menzionata dalla legge, tra danno presente e danno futuro»²⁷. In realtà, il significato ne è diverso, poiché tale partizione assume un proprio significato in ordine al momento del giudizio sul danno. Il danno presente è il danno già verificatosi, e quindi esistente in atto, nel momento in cui si giudica intorno ad esso e, quindi, intorno al sorgere della responsabilità. Per danno futuro «s'intende, invece, il danno non ancora verificatosi in tale momento»²⁸. Il danno emergente può essere sia presente sia futuro, «e del pari dicasi per il lucro cessante; quest'ultimo, che è sempre futuro riguardo al momento in cui è cagionato (avendo per oggetto un interesse ancora futuro), può essere presente o futuro in relazione al momento del giudizio su esso»²⁹.

Il danno da perdita di chance, come figura generale di danno, potrà consistere in un danno emergente presente o futuro e/o in un lucro cessante presente o futuro, a seconda che il giudice "ripari", in termini percentuali, la lesione di un interesse giuridico relativo a un bene presente o futuro, rispetto al tempo in cui il danno stesso è cagionato (danno emergente o lucro cessante) e rispetto al momento in cui si giudica del danno (danno presente o danno futuro). Se il giudice, nel risarcire un danno da perdita di chance di guarigione, ripara, in termini percentuali, spese chirurgiche e ospedaliere che sono già state o che non sono ancora state sostenute dalla vittima rispetto al momento del giudizio, si avrà, rispettivamente, un danno emergente presente o futuro. Così, se il giudice ripara proporzionalmente l'impedito incremento patrimoniale che si è sofferto nell'intervallo tra il fatto dannoso e il giudizio o, invece, quello che è successivo rispetto al momento della valutazione, si avrà, rispettivamente, un lucro cessante presente o futuro. Il danno da perdita di chance, quindi, al pari di qualsiasi

²⁷ A. PROCIDA MIRABELLI di LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino, 1999, 37.

²⁸ M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., 95.

²⁹ *Ibidem*.

altro evento dannoso, può essere fonte di conseguenze patrimoniali che possono essere inquadrare sia nel danno emergente presente e/o futuro, sia nel lucro cessante presente e/o futuro, sia in entrambi³⁰.

A tale soluzione si perviene anche se si legge il fenomeno della causalità giuridica sulla base dell'art. 1223 c.c., norma che, presupponendo il concetto di fatto generatore della responsabilità, non lo disciplinerebbe, inerendo soltanto al problema delle "conseguenze". Pur nella consapevolezza della relatività delle nozioni di fatto e conseguenze, se è vero che il fatto si estende fino all'evento contrario al contenuto dell'obbligazione, cioè fino all'inadempimento, il danno da perdita di chance apparterebbe al novero delle "conseguenze" e, pertanto, troverebbero automatica applicazione i criteri elaborati in merito dall'art. 1223 c.c. Ciò significa che il giudice, nel riparare il danno da perdita di chance, dovrà risarcire sia le eventuali "conseguenze" che possono essere collocate nell'ambito del danno emergente presente e/o futuro, sia quelle che eventualmente ineriscano al lucro cessante presente e/o futuro³¹.

³⁰ A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1/1986, 1181.

³¹ G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica, «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1/1951, 405. *Contra*, facendo coincidere la risarcibilità della perdita di chance con il lucro cessante ex art. 1223 c.c., M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 2000, 662 ss.; D. BELLANTONI, *Lesione dei diritti della persona. Tutela penale-Tutela civile e risarcimento del danno*, Padova, 2000, 288; E. RONCHI, *Perdita di chances, nesso di causalità e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetti medico-legali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 840 ss.; R. PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, *ivi*, 2000, 566; A. BALDASSARI, *Il danno patrimoniale*, in *Enciclopedia*, (a cura di) P. CENDON, Padova, 2001, 177 ss.; A. M. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 659 ss; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, (a cura di) R. SACCO, Torino, 2/2004, 263; 605; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2004, 493; F. PARISI - M. CENIM, *Interesse positivo, interesse negativo e incentivi nella responsabilità contrattuale: un'analisi economica comparata*, in *Riv. dir. civ.*, 2008 suppl., 220.

Altri autori, al fine di negare l'esistenza del danno da perdita di chance, hanno identificato tale specifica problematica in quella del lucro cessante, più o meno futuro³².

4. Prova del danno da perdita di chance: evoluzione in giurisprudenza e dottrina

Molti studiosi hanno teorizzato la necessità della preesistenza della chance nel patrimonio del danneggiato come requisito necessario per giungere ad ipotizzarne la tutela, anche sotto il profilo della soddisfazione dell'onere della prova³³.

³² Così: G. CATTANEO, *La responsabilità*, cit., 184 ss. Ritengono, inoltre, che la perdita di chance costituisca un lucro cessante, invero dandolo come dato acquisito, R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 2/2004, 263 e 605; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2004, 493; F. PARISI - M. CENIM, *Interesse positivo, interesse negativo e incentivi nella responsabilità contrattuale: un'analisi economica comparata*, in *Riv. dir. civ.*, 2008 suppl., 220.

³³ La differente concezione della perdita di chance, come danno emergente o come lucro cessante, influisce anche sul piano probatorio. All'idea che identifica la perdita di chance con il mancato guadagno si accompagna la maggiore difficoltà di prova della lesione: in tal caso la parte lesa avrà l'onere di provare non solo il nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo (danno emergente), ma anche che quest'ultimo ha provocato la cancellazione di un ulteriore evento che vi sarebbe stato con ragionevole probabilità (lucro cessante). Cfr., sul punto, N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2003, 875; Id., *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, in *Giust. civ.*, 2004, 298; sulle problematiche inerenti l'onere della prova e l'utilizzo delle presunzioni, cfr.: G. ROMANO, *Spunti in tema di regime probatorio*, in *Le Corti Calabresi*, 3/2014, 101, «Or bene, l'identità del regime probatorio (quale che fosse la domanda azionata dal creditore) veniva affermata, dunque, sia in virtù di argomenti di ordine giuridico, nonché al servizio di esigenze di ordine pratico. Alla soddisfazione di queste ultime viene richiamata la applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, [il quale impone] in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui

Al riguardo si è sostenuto che il mancato guadagno ricorrerebbe nelle fattispecie in cui vengono a mancare solo alcuni degli elementi che fungono da presupposti del lucro stesso, e ciò in quanto gli altri presupposti non potrebbero ancora far parte della sfera giuridica del soggetto: «se tutti i

sfera si è prodotto l'inadempimento [o l'inesatto adempimento], e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore. Sennonché, il rigore della tecnica sottesa alla regola coltiva, al suo interno, una intima e sottile contraddizione, come si potrà notare, a seguito di analisi critica. Ma, soprattutto sollecita una verifica in ordine alla tenuta dell'impianto argomentativo, giacché mentre l'inadempimento rinviene nella totale insoddisfazione dell'interesse creditorio un sufficiente elemento di organizzazione del molteplice, l'inesattezza della prestazione si frantuma in tanti profili, non riducibili ad un denominatore comune; tant'è che il concetto di inesatto adempimento appare una mera sintesi verbale, che raggruppa ipotesi, tra loro, molto eterogenee. Innanzitutto, l'inesatta esecuzione di prestazione avente ad oggetto cose (vizi e difetti della cosa, nella vendita, nella locazione e negli altri contratti di concessione in godimento, come vizi e difetti dell'opera, nell'appalto, garanzia di conformità) deve essere provata dal creditore. Ma, anche all'interno della tipologia di prestazioni aventi ad oggetto un fare ovvero un'attività professionale, l'assunta uniformità del regime probatorio sembra lasciar posto ad un differente dosaggio tra onere di mera allegazione e onere di specifica prova, altrimenti fondato su presunzioni giudiziali. In questo ambito, una inequivoca linea di coerenza con l'indirizzo giurisprudenziale è stato offerto dalla disciplina delle cc.dd. obbligazioni sanitarie, sintetizzabile nella massima secondo la quale, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e/o il "contatto sociale" e allegare l'inadempimento del professionista, che consiste nell'aggravamento della situazione patologica del paziente o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico dell'obbligato – sia esso il sanitario o la struttura – la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile. Sì che, il problema della distribuzione dell'onere della prova viene risolto non già, in virtù di un criterio oggettivo (fatto positivo / fatto negativo: criterio che pure presenta una decisiva carica di persuasività); bensì in ragione di una maggiore difficoltà di prova e di un coesenziale *favor* per il paziente/creditore».

presupposti necessari e sufficienti alla produzione del lucro si trovassero riuniti nella di lui sfera giuridica, questi avrebbe già realizzato il lucro»³⁴.

Nondimeno, in tale costruzione, la preesistenza di tutti gli elementi costitutivi per il verificarsi del guadagno, se da un lato fa sì che lo stesso sia già avvenuto, dall'altro lato appare l'unico modo che consente di lamentarne la mancanza per il futuro, permettendone, peraltro, una più agevole quantificazione (come avvenuto, peraltro, nella quantificazione del danno operata dalla sentenza che ha offerto gli spunti argomentativi del presente lavoro, esaminata *infra* nel primo paragrafo); ciò è confermato a livello positivo dall'art. 2697 c.c., che condiziona la possibilità di agire a tutela di un proprio diritto alla prova dei suoi elementi costitutivi.

In tale quadro normativo colui che propone l'azione di risarcimento del danno deve provare l'esistenza di una lesione – patrimoniale o non patrimoniale – (elemento costitutivo) da cui discende in maniera immediata e diretta una perdita attuale e futura³⁵, essendo stati eliminati il bene, da un lato, e la sua attitudine ad essere fonte di guadagno, dall'altro³⁶.

In tale ottica la chance appare risarcibile soltanto là dove il soggetto sia in grado di dimostrare la preesistenza di un'aspettativa «giuridica o legittima»

³⁴ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 75. Pare orientarsi in tal senso da tempo in tal senso la giurisprudenza di legittimità, cfr.: Cass., SS.UU., 26 gennaio 2009, n. 1850, in *Giust. civ.*, 2/2009, 98: «il creditore che voglia ottenere, oltre al rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di "chance" - che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta».

³⁵ P.G. MONATERI, *Causazione e giustificazione del danno*, Torino, 2016, 101.

³⁶ Cfr.: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 77-78, il quale sottolinea sul punto che tale tipo di prova non sarebbe possibile per la perdita di chance intesa come mancato guadagno: la stessa in questa prospettiva risulterebbe priva degli elementi costitutivi di cui dovrebbe rappresentare l'esternazione dannosa futura.

di un'occasione favorevole sfumata a causa della condotta inadempiente o illegittima di controparte (danno emergente)³⁷.

Su tutt'altro piano si pone, poi, la problematica relativa alla prova necessaria per ottenere il risarcimento del danno per il mancato guadagno connesso al possibile sfruttamento della chance³⁸.

³⁷ In seno al nascente dibattito sulle modalità risarcitorie della perdita di chance, cfr.: A. DE CUPIS, *Aspettativa legittima e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 2/1983, 105, il quale precisa che «l'aspettativa giuridica è individualizzabile quando l'interesse al futuro verificarsi di un fatto futuro è tutelato giuridicamente (artt. 1356, 1358, 1359 c.c.): quando, invece, tale interesse, come verificarsi riguardo alla futura successione, non è tutelato giuridicamente, non corrisponde ad esso un'aspettativa giuridica o legittima, di cui non è indebitamente dilatabile, a proprio arbitrio, la nozione». L'A. in particolare critica la sentenza della Cassazione, 18 agosto 1981, n. 4137, ivi, 1/1981, 2213 ss., nella quale, sulla scia del riconoscimento dell'obbligo per i genitori di provvedere al mantenimento dei figli oltre la maggiore età, si concede il risarcimento del danno subito dal figlio a causa della morte del padre, quantificandola in misura maggiore al limite del raggiungimento della maggiore età ed oltre l'ulteriore limite del conseguimento dell'idoneità al lavoro produttivo, in quanto il figlio nutre un'aspettativa legittima basata sull'istituto della successione *mortis causa*. Tuttavia, come sottolinea l'A., la Corte sembra non tener conto della circostanza per cui «la futura esistenza di un patrimonio ereditario è una mera eventualità, basata sulla incerta formazione di esso, sulla discrezionale e spontanea propensione del genitore alla conservazione e al risparmio, al cui riguardo lo stesso genitore non ha obbligo alcuno, avendo al contrario [...] diritto di pienamente consumare i propri beni e i propri guadagni per le proprie esigenze. E di fronte a questo diritto del genitore, è assurdo contrapporre una legittima aspettativa ereditaria del figlio».

³⁸ Il punto è spiegato da M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 97 s. attraverso il parallelo con l'avviamento commerciale, il quale è generalmente considerato come un bene autonomo (v., per conforto argomentativo, G. G. AULETTA, *Dell'azienda*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964, 15-16) e, dunque, anche in tal caso è possibile distinguere tra lucri futuri e possibilità di conseguirli. Ciò nonostante si evidenzia un particolare di non poco conto sotto il profilo probatorio: mentre l'esistenza dell'avviamento è condizionata alla aspettativa di futuri guadagni, non potendo altrimenti nemmeno essere preso in considerazione, nell'ipotesi di chance, al contrario, non è l'esistenza dell'eventuale lucro che condiziona la possibilità, bensì «è l'esistenza di un'attuale possibilità che

Su quest'ultimo versante si è proposta l'analogia a livello probatorio tra il mancato guadagno e la perdita di chance³⁹, in quanto in entrambe le fattispecie si perseguirebbe la mera possibilità di verifica del danno, non riuscendo quasi mai l'indagine «ad accertare con sicurezza che senza quel precipuo fatto dannoso si sarebbe verificato un determinato guadagno»⁴⁰.

Tuttavia, tale assimilazione non pare compatibile con la lettura, peraltro condivisa dalla dottrina che si analizza⁴¹, della perdita di chance come danno presente ed immediato nel patrimonio del contraente c.d. fedele: la perdita subita, in quanto elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria, deve essere dimostrata con certezza, tale prova, poi, costituisce a sua volta il presupposto per poter domandare il risarcimento degli eventuali guadagni sfumati e ad essa connessi. Ne consegue che, come esplicito più sopra, altro è parlare di perdita di chance, altro è disquisire di perdita delle utilità scaturenti dall'occasione perduta⁴².

costituisce il presupposto logico indispensabile in vista di un eventuale vantaggio futuro». *Ibidem*.

³⁹ Cfr.: P.S. MIGLIORI, *Ancora sulla responsabilità legale per negligenza*, in *Foro lombardo*, 1932, 593; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 60.

⁴⁰ *Ibidem*; v. pure: G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., 270; secondo G. CATTANEO, *La responsabilità*, cit., 194 se si pone mente alla fattispecie di responsabilità del professionista. In quest'ultima l'A. ritiene che, ove il giudice sia in grado di pervenire alla conclusione per cui il cliente avrebbe potuto vincere la causa in appello, non sia possibile escludere *a priori* che l'avvocato responsabile possa essere condannato al risarcimento di tutti i danni derivanti dalla propria omissione, cioè il lucro cessante.

⁴¹ Cfr.: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 78.

⁴² La perdita di chance risulta risarcibile solo qualora non abbia la veste di danno meramente ipotetico, bensì costituisca un danno certo ed effettivo, anche secondo A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 264; Id., *Aspettativa legittima*, cit., 105; Id., *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1/1986, 1183; A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 2/1997, 447 s.; P. G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 185.

La distinzione ora menzionata appare con più evidenza nelle fattispecie di responsabilità professionale derivante da errata consulenza: la possibilità di soluzione alternativa della controversia – la chance – è presente nel patrimonio del danneggiato ed è eliminata nel medesimo momento in cui il professionista presta l'errato consiglio.

Di conseguenza, non si può nemmeno condividere la tesi, peraltro largamente seguita in giurisprudenza, che lega il soddisfacimento della prova degli elementi costitutivi della chance (art. 2967 c.c.) alla dimostrazione che le possibilità di un suo accadimento siano maggiori di quelle contrarie, limitando così il risarcimento della perdita di chance all'ipotesi in cui la percentuale di verifica della stessa sia superiore al 50%⁴³.

Se la chance infatti rappresenta o, meglio, rappresentava un'occasione alternativa effettivamente esistente nel patrimonio della parte al momento della conclusione del diverso contratto non andato a buon fine, ciò sembra essere sufficiente a dimostrare che una perdita vi è stata. La percentuale di probabilità di accadimento dell'evento vantaggioso effettivamente perduto può influire sulla determinazione del *quantum* risarcitorio. Bisogna, perciò, sempre distinguere tra la dimostrazione dell'esistenza della chance e la sua quantificazione pecuniaria⁴⁴.

⁴³ Cfr.: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 101; v. anche per la dottrina statunitense C.T. MCCORMICK, *Handbook on the law on damages*, St. Paul Minn., 1935, 118 ss.

⁴⁴ Così anche F.D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 4/1965, 51, che pone l'esempio di un vettore che, effettuando un trasporto non autorizzato, avrebbe fatto perdere una *chance de clientèle* ad un'altra società di trasporto (*Société Nazionale des Chemins de Fer -s.n.e.f.-*). In tal caso non si può affermare con certezza che le merci irregolarmente trasportate sarebbero, in caso contrario, state affidate alla *S.n.e.f.*, non effettuando quest'ultima il servizio in regime di monopolio. D'altra parte, è certo che «la *S.n.e.f.* aveva una *chance de profit*; e la perdita di questa "chance" dà luogo, *di per sé*, ad un danno». Insistono sulla distinzione tra il profilo della rilevanza giuridica del pregiudizio e quello della sua quantificazione: A.M. PRINCIGALLI, *Quand'è più sì che no:*

L'equivoco che porta a considerare la perdita di chance come un danno ipotetico è generato dalla circostanza che la sua valutazione risulta il più delle volte effettuata attraverso il riferimento alle possibilità del suo avveramento, creando in tal modo confusione tra il valore della perdita in sé e quello del guadagno che sarebbe potuto derivare dal suo utilizzo. Tale metodo di valutazione rappresenta, implicitamente, la dimostrazione dell'inesistenza di un valore pecuniario della chance *stricto sensu* considerata. Dunque, la sola possibilità di determinare il valore pecuniario della chance è tramite il riferimento al guadagno correlato al suo impiego: il valore della proposta contrattuale scartata, ad esempio, è misurabile, anzitutto, sui guadagni che sarebbero derivati dalla stipula del contratto⁴⁵. Il valore della chance potrebbe, d'altra parte, derivare dal riferimento, non già alla prestazione alternativa in sé considerata, bensì a tutto ciò che attorno ad essa e per essa si muove: l'inadempimento di controparte comporta la perdita non solo delle spese sostenute per il contratto inadempito, ma anche di quelle eventualmente effettuate per finanziare un progetto contrattuale alternativo scartato. In questo senso, l'occasione messa da parte e successivamente perduta è traducibile in termini pecuniari nel costo delle ore lavorative impiegate dal contraente o dai suoi dipendenti per prestarvi attenzione.

Tali argomenti contribuiscono, dunque, a definire i contorni di una lesione che, alla luce di quanto esposto, risulta «emergente» nel patrimonio del danneggiato e solo in tale ottica risarcibile.

Pertanto, la reale distinzione tra perdita di chance e lucro cessante è data dalla sua irrilevanza normativa laddove se ne postuli l'equivalenza; quest'ultima è possibile, infatti, soltanto a livello fenomenico, poiché se si

perdita di una «chance» come danno risarcibile, in *Foro it.*, 1/1986, 384 ss., O. MAZZOTTA, *Problemi giuridici del lavoro bancario*, Padova, 1987.

⁴⁵ V., al riguardo, G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 109, il quale nutre forti perplessità in merito all'idea di apprestare tutela risarcitoria alla chance perduta, stante l'inesistenza di un suo valore di mercato.

volesse considerare la perdita di chance come un mancato guadagno, la stessa finirebbe col rispecchiare quell'aspetto del verbo «mancare» dai contorni indefiniti⁴⁶, e come tale non risarcibile⁴⁷.

⁴⁶ In questo senso si condivide la critica all'identificazione della perdita di chance con il lucro cessante che fa M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 77-78: «colui che asserisce di aver subito la perdita di un guadagno può, invero, essere in grado di dimostrare i fatti costitutivi così da richiedere, fondatamente, il risarcimento dei danni sofferti; nell'ipotesi di perdita di una chance, invece, si rimane sempre nel campo dell'ignoto, perché in tal caso il danno è per definizione indimostrabile, anche sotto il profilo dei presupposti di natura costitutiva. Da questo punto di vista si può, in un certo senso, dire che la chance rappresenta quel lucro i cui elementi costitutivi rimangono nell'eventuale».

⁴⁷ Esistono riferimenti giurisprudenziali che hanno sostenuto il risarcimento della chance specificandone la natura futura del danno, cfr.: Cass., 15 ottobre 1998, n. 9598, in *Studium juris*, 1999, 81: «la cosiddetta *perdita di chance* costituisce un'ipotesi di danno patrimoniale futuro. Come tale, essa è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità del verificarsi, in futuro, del danno». Sulla stessa scia sono le pronunce della giurisprudenza francese in materia di risarcimento per perdita di *chance de survie o de guérison*, puntualmente criticate da A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/1985, 320-321. La dottrina in discorso non condivide l'orientamento insito in alcune decisioni afferenti la responsabilità del medico in cui le pretese chance perdute non sembravano avere valore autonomo (ad es.: Cass. francese, 1 giugno 1976, in *J.C.P.*, 2/1976, 18483): «non si sapeva se effettivamente vi era una possibilità di guarire, in quanto s'ignorava la ragione del pregiudizio finale. [...] L'uso della nozione di *perte d'une chance*, in simili casi, non sfugge a gravi incongruenze logico-giuridiche: confusione tra la perdita di vere chances, proiettate nel futuro, e l'evento – morte o invalidità – che si è mai verificato; disconoscimento della differenza che esiste tra le possibilità statistiche di evoluzione positiva di una malattia e le chances individuali del paziente; infine mancata distinzione tra il momento dell'accertamento dei fatti in cui può intervenire il criterio della probabilità, e il momento dell'applicazione del diritto». Di conseguenza si insiste sulla necessità che la perdita della possibilità di conseguire un utile non sia eventuale: «ciò avviene quando la chance è alla seconda potenza nel senso che il fatto ipotizzato postula il verificarsi di una doppia serie di eventualità. Per esempio nel caso di uccisione di un figlio minore, il risarcimento del danno rappresentato dalla perdita del diritto agli alimenti non sarebbe dovuto se i genitori, al momento del fatto illecito, non si



n. 1/2018

L'unica ipotesi, dunque, di compatibilità del dato normativo con la perdita di chance sembrerebbe sussistere nel caso in cui questa rappresenti un danno emergente per il soggetto, circoscrivendo così l'ambito dei possibili lucri cui essa può dare origine⁴⁸. Mutuando i termini di alcuni studi in materia, soltanto la considerazione della perdita di chance come danno emergente consente il suo trapasso dalla realtà fenomenica a quella giuridica, potendo in tal modo essere considerata un danno in senso giuridico⁴⁹.

La giurisprudenza italiana, influenzata (forse) anche da decisioni dei giudici francesi, ha inizialmente riconosciuto la tutela della chance nei limiti in cui

trovano in una situazione di bisogno». Per una più completa ricostruzione della giurisprudenza transalpina v.: M. FEOLA, *Nesso di causalità e perdita di «chances» nella responsabilità civile del professionista forense*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2004, 158 ss.

⁴⁸ Cfr.: A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances*, cit., 315 e M. FEOLA, *Nesso di causalità e perdita di «chances»*, cit., 152; Id., *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, 45 ritengono, in adesione all'atteggiamento seguito dalla dottrina francese, inutile il dibattito tutto italiano sulla classificazione dogmatica della chance, in quanto tale pregiudizio non può risolversi interamente né in un danno emergente, né in un lucro cessante, rappresentando, invero, un evento dannoso che, a seconda delle ipotesi, si compone di una perdita subita e di un mancato guadagno ovvero di entrambe queste voci. Ne consegue che la risarcibilità della perdita di chance non è affatto condizionata dalla sua riconducibilità al danno emergente o al lucro cessante.

⁴⁹ V., al riguardo, A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 7 ss., il quale ricorda che il concetto di danno è duplice, in quanto appartiene sia all'ordine fisico, sia all'ordine giuridico. L'appartenenza al primo ordine si desume agevolmente dal significato del termine «danno»: nocimento, pregiudizio; la vita quotidiana è caratterizzata da una serie infinita di nocimenti o alterazioni ai quali si può dare il nome di danni fisici. Diversamente la seconda sfera di pertinenza è determinata attraverso lo studio del giurista, il quale deve individuare, a livello naturale, l'ambito comprensivo di quelle alterazioni che la legge prende in considerazione apprestandogli tutela (danni giuridici): deve determinare l'area del giuridicamente rilevante.

la sua perdita costituisca un danno emergente per il soggetto (art. 1223 c.c.), e tale impostazione sembra trapelare sin dalle prime pronunce sul tema⁵⁰.

⁵⁰ Il riferimento è alla giurisprudenza francese, la quale pur dopo alcuni tentennamenti, ha riconosciuto «la preesistenza della *chance de survie* al comportamento dannoso. Se il chirurgo omette di accertare, prima dell'intervento, che l'operando è digiuno e due ore dopo il paziente muore, la responsabilità del convenuto afferma la Cassazione, si ricollega al fatto che il malato è stato privato di una possibilità di sopravvivenza. Viene fatto lo stesso ragionamento se il medico ritarda la messa in opera di terapie adeguate, in presenza di sintomi di complicazioni postoperatorie, cfr.: Cass. francese 2 maggio 1978, Mandryka, in *J.C.P.*, 2/1978, 18966». A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances*, cit., 320. Cfr., sul punto, C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 302 ss; nella già citata: Cass., 19 novembre 1983, n. 6906, in *Giust. civ.*, 1/1984, 1842 ss, con nota di E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, si concede il risarcimento del danno da perdita di chance conseguente alla illegittima estromissione di alcuni candidati dalle ulteriori prove previste per il superamento di un pubblico concorso. Nella fattispecie in questione i candidati, che avevano superato l'esame sanitario, lamentavano il danno derivante dall'esclusione dalla partecipazione alle ulteriori prove consistenti nell'esame di guida, di dettato e di aritmetica. Il concetto di chance fatto proprio dalla Corte di Cassazione risulta abbastanza chiaro nel passaggio seguente: «ai lavoratori è stata sottratta una situazione [...] di cui avevano diritto di usufruire; il risarcimento si riferisce non alla perdita di un risultato favorevole, bensì alla perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, possibilità esistente nei loro patrimoni al momento in cui hanno subito il comportamento illecito dell'azienda e la lesione del diritto»; cfr. anche: A. M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances*, cit., 323-324, che mette in risalto come in tale sentenza si proceda al risarcimento della perdita di una possibilità esistente nel patrimonio dei lavoratori, ai quali era stata sottratta una situazione – ammissione a sostenere le ulteriori prove – di cui avevano diritto di usufruire. In particolare nella fattispecie in discorso ci si trovava dinanzi non già ad un rifiuto dell'azienda di assumere i lavoratori, bensì al diniego di far espletare loro «le ulteriori prove al cui superamento era condizionato della procedura di assunzione. L'elemento d'incertezza, insito nella prova, poteva far dubitare del diritto al risarcimento del danno. Tuttavia, la Cassazione accoglie l'idea che la perdita di una chance è un danno autonomo (e, pertanto, risarcibile) e afferma che il concetto di perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. non si riferisce solo a entità pecuniarie, ma a qualsiasi utilità economicamente valutabile».

La necessaria preesistenza della chance nel patrimonio del danneggiato e la conseguente identificazione della stessa quale perdita subita ex art. 1223 c.c. è esplicitamente affermata più tardi dalla giurisprudenza, quando viene riconosciuto in capo ad un candidato, illegittimamente estromesso dalla prova orale di un concorso, il risarcimento della «perdita della possibilità di conseguire il superamento della selezione», qualificandola come «danno emergente»⁵¹. Una volta provati i presupposti della chance, ossia l'esistenza di un'occasione oramai perduta, la probabilità di conseguirla, e quindi di trarne un utile, inciderà sulla quantificazione del danno risarcibile e non già sulla statuizione circa l'esistenza o meno di tale aspettativa/possibilità.

Al riguardo, però, la giurisprudenza successivamente muta indirizzo, ancorando il giudizio sulla rilevanza giuridica del danno subito alla prova che la percentuale di verifica del risultato sperato sia superiore al 50%⁵².

⁵¹ Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1/1986, 384 s., con nota di A.M. PRINCIGALLI, *Quand'è più sì che no*, cit.; in *Giur. it.*, 1/1986, 1182 ss. con nota di A. DE CUPIS, *Il risarcimento*, cit.; in *Riv. dir. comm.*, 2/1986, 207 ss. con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*. Secondo quanto esposto nella decisione, la chance è sempre risarcibile, una volta provata la sua preesistenza nel patrimonio del soggetto: «va considerato, ai fini della sussistenza e della determinazione del danno risarcibile [...] che il concetto di perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. non si riferisce solo ad entità pecuniaria, ma a qualsiasi utilità economicamente valutabile. In concreto, costituisce un'entità patrimoniale anche una situazione cui è collegato un reddito probabile: il valore economico è offerto dall'entità di questo reddito e dal grado di probabilità che il reddito sia effettivamente prodotto; il fatto che la situazione sia idonea [...] a produrre solo probabilmente e non con assoluta certezza il reddito ad essa rannodato, influisce non sull'esistenza, ma sulla valutazione di un danno risarcibile».

⁵² Cfr., *ex multis*: Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 580; Cass., 22 ottobre 2013, n. 23915, in *Giust. civ. mass.*, 2/2013, 641; Cass., 30 aprile 2010, n. 10607, *ivi*, 4/2010, 646; Cass., 10 ottobre 2008, n. 25028, *ivi*, 10/2008, 1474; Cass., 27 gennaio 1997, n. 814, in *Foro it., Mass.*, 1997; più di recente, Cass., 21 luglio 2011, n. 15991, in *Resp. civ. e prev.*, 12/2011, 2505.

4. Alcune considerazioni.

Dinanzi all'impossibilità di dimostrare l'esistenza di un nesso eziologico certo tra inadempimento e perdita del risultato, l'interprete (il giudice), in una logica teleologicamente ed assiologicamente orientata ai valori costituzionali del nostro ordinamento, fugge l'insoddisfacente alternativa del negare o concedere per intero il risarcimento grazie allo strumento della chance. Tale considerazione è confermata proprio dalla sentenza del Tribunale di Parma che ha dato lo spunto per questo contributo, che ha statuito la responsabilità (contrattuale) del ritardo di ricezione della raccomandata al gestore del servizio postale (in assenza di prova di impossibilità sopravvenuta della prestazione) ritenendo, nel caso, ascrivibile proprio alle Poste il nesso causale fra inadempimento e mancata possibilità di partecipare al concorso.

Dal quadro sin qui delineato è evidente lo sforzo, soprattutto giurisprudenziale, di risolvere il problema dell'accertamento del nesso di causalità in un vaglio di conoscenze e valutazioni scientifiche (*ex ante*) della idoneità della condotta umana ad avviare o contrastare il processo causale, ovvero di conoscenza delle leggi scientifiche, universali ma soprattutto probabilistiche, sotto la cui copertura va dimostrata la sussistenza del rapporto causale⁵³.

Resta, quando si affronta il tema della chance, la estrema difficoltà di accostare il concetto di certezza a quello di causa, pertanto, qualsivoglia "scelta" di un modello per accertare il nesso causale, sia essa effettuata a fini civilistici oppure in seno alla responsabilità penale, muove oggi dall'approdo, ormai pacifico, secondo cui l'incertezza, così come le ipotesi di errori nelle decisioni⁵⁴, sono connaturate alla causalità, non solo giuridica⁵⁵.

⁵³ Sul tema, v. F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 17 ss.

⁵⁴ Cfr.: A. PORAT, A. STEIN, *Tort liability under uncertainty*, cit., 23 e ss.

⁵⁵ Cfr.: M. PUCELLA, *La causalità incerta*, cit., 1-22.

Con riguardo al profilo processuale, come visto, il (probabile) legame eziologico deve essere provato “oltre ogni ragionevole dubbio” in ambito penale, mentre nel settore civile vale la diversa regola probatoria che ritiene sufficiente la prevalenza delle probabilità favorevoli rispetto a quelle contrarie; in ogni caso, i dati numerici e scientifici dovranno ricevere conferma attraverso il vaglio della probabilità logica. In quest’ottica, la definizione delle modalità di accertamento del nesso causale non viene fondata sulla possibilità delle scienze naturali di pervenire alla conoscenza delle cause di un evento, ma piuttosto sulla necessità che ha il diritto di giungere ad una certezza processuale in ordine alla conoscenza degli elementi della fattispecie.

Lo stesso discorso vale, naturalmente, per il settore della responsabilità civile ove occorre constatare come, al di là delle affermazioni di principio, che sanciscono come essenziale la sussistenza di un nesso causale tra condotta ed evento, il quadro di riferimento si presenti molto più complesso, soprattutto in ragione delle considerazioni di *policy* che potrebbero portare a giustificare l’efficienza dei criteri impiegati in giudizio sulla base di un piano di indagine diverso e distinto rispetto a quello squisitamente giuridico⁵⁶. Difatti, le decisioni degli organi giudicanti sembrano spesso il frutto di scelte di *policy* non sempre esplicitate, quando si ritenga, in base alle circostanze del caso, di far ricadere il danno su una delle parti⁵⁷.

⁵⁶ L’influenza degli obiettivi di *policy* si riscontra soprattutto nel campo della responsabilità sanitaria, qui le incertezze sono evidenti poiché tale fattispecie è spesso caratterizzata dalla presenza di più fattori idonei alla causazione del danno, tra cui gli stati preesistenti del paziente, che accrescono le difficoltà di stabilire con ragionevole certezza che il pregiudizio causato sia effettivamente riconducibile al comportamento del sanitario. Tali difficoltà interpretative sono mutate con l’avvento della legge n. 24, 8 marzo 2017 con l’introduzione di misure di mitigazione del rischio sanitario attraverso una funzione trasparente di *risk management* che si riflettono in giurisprudenza nell’evoluzione in ordine all’onere della prova.

⁵⁷ Cfr.: M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 15.

Al riguardo, secondo i realisti americani, le teorie di consueto richiamate nell'accertamento del nesso causale non rappresentano delle regole monolitiche, con la conseguenza che non offrono al giudice un criterio operativo stabile da poter impiegare nella decisione. Tale impostazione risolve quindi il problema del nesso causale attraverso considerazioni di opportunità e in sostanza di *policy*⁵⁸.

Il sistema della responsabilità civile è caratterizzato da un concetto di causalità mobile ed incerto; difatti, nel campo dell'illecito civile trovano spazio soluzioni meno rigorose rispetto a quelle affermate in ambito penale, con criteri volutamente più elastici, al fine di consentire una tutela residuale, di tipo risarcitorio, alla vittima dell'illecito a fronte delle insoddisfacenti soluzioni cui il rigore dell'accertamento penalistico potrebbe condurre.

Gli stessi parametri di accertamento del nesso causale, anche se formalmente sempre improntati a esigenze di certezza, risentono di continui aggiustamenti, rimessi spesso agli interpreti⁵⁹.

Da un esame approfondito delle decisioni giurisprudenziali del nuovo millennio emerge un dato di valutazione di prevedibilità, sebbene con sfumature diverse, senza che però siano individuati con chiarezza i criteri sulla cui base compiere tale giudizio.

Ciò vuol dire che nelle applicazioni della giurisprudenza l'accertamento del nesso causale risulta condizionato dalle circostanze del caso concreto, cosicché pare non potersi ricostruire una disciplina astratta e generale, considerata la grande varietà degli strumenti utilizzati dagli organi giudicanti per l'accertamento dei fatti. Ciò pare emergere dall'esame di

⁵⁸ Sul realismo giuridico e sulla lettura delle decisioni in tema di causalità proposta da tale movimento, cfr.: G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, 131.

⁵⁹ Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, 30, dove si afferma che «il sistema della responsabilità civile diventa, così, un'opera di ingegneria sociale, commissionata quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene [...] lo studio dei criteri di traslazione del danno [...]».

alcune fattispecie giurisprudenziali caratterizzate da particolare incertezza circa la sussistenza della relazione causale, dove l'esistenza di un nesso eziologico sembra giustificarsi in virtù dell'appartenenza della fattispecie ad una classe di fattispecie, con la contestuale valorizzazione della tipicità dello svolgimento dei fatti secondo regole di esperienza⁶⁰, per cui il nesso causale è ritenuto consistente proprio nei casi in cui esso risulti giustificato dalla costante regolarità nel concatenarsi degli eventi.

Il tentativo giurisprudenziale di individuare una teoria causale univoca e certa si scontra dapprima con la complessità dei concetti di causa e causazione in ambito extragiuridico, dall'altro con la ricerca di un significato di causa in senso giuridico, che resta soggetta ad ineluttabili evoluzioni.

In tale panorama variegato è utile ricordare che il legislatore, talvolta, al fine di arginare le incertezze e le difficoltà probatorie, ha introdotto delle "presunzioni di causalità".

Anche nel diritto tedesco, ad esempio, il legislatore è ricorso alle presunzioni legali di causalità, estendendole altresì ad altri settori, quali la responsabilità per danno ambientale e per manipolazione genetica⁶¹.

Obiettivo dell'interprete è valutare se il modello decisionale accolto dalla nostra prevalente giurisprudenza con il principio del "più probabile che non" sia adeguato a gestire le situazioni di maggiore incertezza, o se possa essere migliorato. Tale regola, che implica inevitabilmente oscillazioni del

⁶⁰ S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca, Zanichelli-Foro it.*, Bologna-Roma, 1987, 172.

⁶¹ Sul danno ambientale, così dispone la legge tedesca, *Umwelthaftungsgesetz*, par. 6: «se un impianto appare idoneo, in base alle circostanze del caso, a causare il danno provocato, si presume che il danno sia stato causato da quell'impianto». *Gentechnikgesetz*, par. 34: «se il danno viene provocato da organismi manipolati geneticamente si presume che esso sia stato provocato dalle caratteristiche degli organismi legate al lavoro di manipolazione genetica».

giudizio da un estremo all'altro nella logica dell'*all or nothing*, è stata, infatti, sottoposta a serrate critiche⁶².

Pertanto, quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva, tramite un calcolo probabilistico, dell'esistenza della perdita di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale chance è risarcibile come danno indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della chance avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato il raggiungimento del vantaggio stesso, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione. La idoneità della chance a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente tale vantaggio è, viceversa, rilevante, soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da calcolare in via equitativa, all'esito di una valutazione in concreto della prossimità ed idoneità della chance persa rispetto alla consecuzione del risultato.

⁶² Ciò in quanto il meccanismo dell'*all or nothing*, che conduce al risarcimento dell'intero danno laddove si ritenga accertato il nesso causale ovvero porta a negarlo *in toto* in caso di ritenuta insussistenza dello stesso, comporta inevitabilmente un sotto o un sovra risarcimento del danno nelle ipotesi in cui l'incertezza del nesso di causalità sia rilevante: cfr., M. FEOLA, in nota, Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, 45, rileva che «imputare per intero il danno all'agente, nel caso in cui le probabilità statistiche indicano una percentuale del 51% significherebbe addossargli, in ossequio a una mendace idea di certezza (del rapporto causale) e del diritto un danno che per il 49% non è stato da lui causato. Viceversa, escludere qualsiasi risarcimento allorché le probabilità stimate sono circa del 49% vorrebbe dire far gravare interamente il danno sulla vittima. Si avrebbe nel primo caso un fenomeno di *overcompensation* e nel secondo un caso di *undercompensation*; entrambi i casi sarebbero insoddisfacenti rispetto alla funzione compensativa della responsabilità civile».



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

ELISABETTA ERRIGO

La negoziazione assistita obbligatoria come condizione di procedibilità della domanda: funzione, criticità e questioni aperte

ABSTRACT – The mandatory assisted negotiation assumptions, contemplated by the law, concern the application for payment of sums of money for any reason and the claim for compensation for damages deriving from the circulation of vehicles and boats. In such hypotheses, the negotiation assumes the function of condition of application procedure. One of the problematic profiles that emerges from the institution's study concerns the possibility that mandatory assisted negotiation overlaps with other forms of alternative dispute resolution. The problem of this overlap is solved in doctrine with often contradictory and never univocal solutions. In the face of evident legal perplexities and problems in practice, an alternative solution is proposed here: making the assisted negotiation attempt optional. This solution is perhaps the most appropriate to allow the institution in question to fulfil its original function of simplifying and accelerating civil proceedings as well as ensuring legal certainty.

KEYWORDS – assisted negotiation – civil procedure– condition of procedure – alternative dispute resolution.

ELISABETTA ERRIGO*

La negoziazione assistita obbligatoria come condizione di procedibilità della domanda: funzione, criticità e questioni aperte**

SOMMARIO: 1. *Premessa – La natura dell'accordo di negoziazione: l'autonomia privata ricalca la disciplina della mediazione* – 2. *Negoziazione obbligatoria e altre forme di ADR: la complementarità tra più condizioni di procedibilità* – 3. *La sovrapposizione di condizioni di procedibilità nelle domande soggettivamente e oggettivamente complesse* – 4. *L'infondata questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1 d.l. 132/2014 alla luce della sentenza C. Cost. 162/2016* – 5. *Censure di opportunità e ragionevolezza all'obbligatorietà del tentativo*

1. Premessa. La natura dell'accordo di negoziazione: l'autonomia privata ricalca la disciplina della mediazione.

Il d.l. 132/2014 ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della negoziazione assistita. La *ratio* di tale previsione è stata individuata nella necessità di operare una degiurisdizionalizzazione delle controversie civili, al fine di ridurre il carico delle liti pendenti negli uffici giudiziari, causa evidente dell'intollerabile lentezza della giustizia civile. Al di là dalle critiche mosse in ordine al lessico scelto per dare un nome all'innovazione normativa¹, non si può fare a meno di ritenere lodevole il fine ultimo che ha

* Dottore di ricerca in teoria del diritto ed ordine giuridico europeo, diritto civile, presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Autorevole dottrina si è espressa sul punto. Merita un cenno Luiso, il quale ha chiarito che il neologismo non è piaciuto né dal punto di vista linguistico né dal punto di vista teorico, posto che è stato correlato ad un arretramento della tutela giurisdizionale, garantita dalla Carta costituzionale: F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, 8 ed., Milano, 2015, 82.

n. 1/2018

spinto il legislatore ad intervenire in tal senso. Infatti, l'intervento di cui si discute rientra nel più ampio progetto di semplificazione della giustizia già operato attraverso l'introduzione della mediazione di cui al d.lgs. 28/2010. A ben vedere nulla di nuovo è stato immesso nel panorama internazionale, posto che l'istituto della negoziazione assistita ha origini nord americane² e la relativa disciplina è stata mutuata dall'ordinamento francese³.

Il lavoro si propone di mettere in luce alcune questioni che hanno sollevato non poche perplessità relative all'attivazione e all'opportunità stessa della procedura di negoziazione assistita obbligatoria, come disciplinata dall'art. 3 d.l. 132/2014. Risulta opportuno, a tal fine, prendere le mosse dalla natura dell'accordo di negoziazione. Com'è noto la convenzione di negoziazione consiste nell'accordo attraverso il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere stragiudizialmente e in via amichevole la controversia⁴.

Tale convenzione può essere definita un accordo-mezzo, un contratto con comunione di scopo, in quanto entrambe le parti mirano ad ottenere il

² E infatti, oltre il confine nazionale, l'istituto ha trovato una puntuale disciplina sia nel codice civile che nel codice di rito, come esempio di "giustizia contrattuale", introdotto dalla L. 1609/2010 (cd. *loi Beteille*). Non solo. La negoziazione assistita ha solide radici anche nel territorio americano, nel quale gli studi legali si stanno sempre più specializzando nel cosiddetto diritto collaborativo, come chiarisce C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione assistita da avvocati*, in *Le nuove leggi civili - La riforma del processo civile*, Milano, 2015, 59.

³ Il Governo, presentando la riforma della giustizia, nel luglio del 2014 ha espressamente ammesso di aver fatto riferimento ad un istituto noto dell'ordinamento francese. R. BOLOGNESI, *Il "contratto" sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in www.judicium.it. L'a. cita la relazione governativa, dalla quale è emerso che mediante l'istituto si è voluto realizzare una procedura cogestita dagli avvocati delle parti e volta al raggiungimento di un accordo conciliativo che eviti il giudizio e consenta la rapida formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale.

⁴ È quanto recita testualmente la disposizione di cui all'art. 2, comma 1 del d.l. 132/2014.

medesimo risultato⁵. Ciò posto non si può fare a meno di ritenere sussumibile tale accordo nella figura del contratto di cui all'art. 1321 c.c.⁶. La causa tipica dell'accordo, quindi la funzione economico sociale del contratto, consiste nella collaborazione tra le parti in vista della risoluzione in via bonaria della lite. È perciò necessario che tra le parti sia già insorto un litigio. La cooperazione tra le parti è poi ispirata alla clausola della buona fede oggettiva⁷, la quale deve orientare i partecipanti nell'esecuzione dell'accordo. Sicché ciascuno dei soggetti coinvolti è titolare di una situazione soggettiva di obbligo, il quale consiste nel comportarsi con lealtà e adoperarsi per la buona riuscita della negoziazione. Ed infatti soltanto se la successiva attività di negoziazione assistita vera e propria va a buon fine, tra le parti si instaura un vincolo contrattuale, il c.d. accordo compositivo della lite, il quale costituisce titolo esecutivo.

Dal punto di vista strutturale, la convenzione di negoziazione si perfeziona con lo scambio dei consensi e quindi con la perfetta adesione tra la proposta, o invito e l'accettazione, manifestato in un atto contestuale avente forma scritta *ad substantiam*, in un termine non inferiore ad un mese e non superiore a tre.

⁵ L'accordo-mezzo, per il suo contenuto ed i suoi effetti deve essere assimilato alla convenzione di arbitrato: F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, 8 ed., Milano, 2015, 86.

⁶ Si tratta, più specificatamente, di un negozio sulla (o di) procedura. L'accordo, infatti, è funzionale alla risoluzione di una lite al fine di prevenire ed evitare un contenzioso giudiziale; pertanto l'accordo stesso presenta le analogie del contratto di diritto sostanziale e al contempo sottostà alle regole del processo civile: C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, in *Le nuove leggi civili*, cit., 60. In tema di negozi sulla procedura o contratti procedurali cfr. R. BOLOGNESI, *Il "contratto" sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in www.judicium.it.

⁷ È quanto spiega ancora C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 61. L'a. chiarisce che la buona fede oggettiva deve essere intesa come la correttezza sia in fase di stipulazione sia in fase attuativa, ai sensi degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.

Un elemento qualificatorio della fattispecie, oltreché presupposto di validità, è l'assistenza di uno o più avvocati, tale che una convenzione stipulata dalle sole parti non potrebbe produrre gli effetti del contratto tipico⁸. Si registra un orientamento in base al quale, nel caso di mancata assistenza, il contratto sarebbe addirittura inesistente⁹. Tuttavia, è bene aggiungere che autorevole dottrina, muovendo dalla premessa secondo la quale la negoziazione avrebbe una perfetta coincidenza funzionale con la mediazione, ha sostenuto che l'eventuale accordo compositivo della lite sarebbe comunque possibile anche senza la precedente convenzione di negoziazione e che l'eventuale violazione delle norme che disciplinano la procedura non produce invalidità dell'accordo compositivo¹⁰.

Per quanto riguarda l'oggetto della convenzione, esso è elemento essenziale del rapporto di negoziazione alla stregua dell'art. 4 d.l. 132/2014, allo stesso modo in cui l'oggetto assurge ad elemento essenziale del contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c. In particolare, nell'accordo conciliativo, l'oggetto della convenzione attiene alla situazione giuridica soggettiva per la quale si chiede tutela. Ad una attenta analisi si desume che sono escluse dalla previsione, e conseguentemente non possono essere oggetto della convenzione, le

⁸ Si tratterebbe infatti di una figura negoziale diversa perché prodotto di una negoziazione diretta, vale a dire perorata dalle parti. Secondo quanto sostenuto da C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 63.

⁹ R. BOLOGNESI, *Il "contratto" sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in www.judicium.it.

¹⁰ Ciò in quanto ove un accordo sia raggiunto senza la stipulazione della convenzione, risulterebbe un formalismo inutile imporre la redazione della convenzione, perché superflua: v. F. P. LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Le nuove leggi commentate*, Cedam, 4/2015, 649. L'a. chiarisce, a tal proposito, che, essendo la negoziazione finalizzata alla risoluzione della controversia, la causa del contratto è quella tipica della transazione o di altro contratto atipico. Di guisa che il contratto stipulato in sede di negoziazione avrà gli stessi effetti e lo stesso regime di quello stipulato liberamente tra le sole parti, ancorché esso non sia preceduto da una convenzione di negoziazione.

controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili e materie di lavoro¹¹. Trattandosi di contratto sulla procedura, l'oggetto della convenzione deve essere determinato con l'ausilio dei medesimi criteri utilizzati per individuare una domanda giudiziale: quindi mediante il *petitum* e la *causa petendi*. Non è però necessaria l'indicazione puntuale dei due presupposti, essendo sufficiente la determinazione degli elementi di fatto e di diritto sui quali poggia la controversia¹². Ne consegue che una individuazione eccessivamente generica dell'oggetto della convenzione non produce invalidità dell'accordo eventualmente raggiunto dalle parti. Deve ritenersi che una tale convenzione, ancorché valida, non sia in grado di esplicare soltanto taluni effetti, quali l'interruzione della prescrizione e l'adempimento dell'obbligo legale nella negoziazione assistita obbligatoria¹³. Al contrario, la mancanza assoluta dell'oggetto della convenzione determina nullità dell'invito, per impossibilità della prestazione¹⁴, sul presupposto che la causa della convenzione sia quella di

¹¹ La ragione è intuibile: se il diritto è indisponibile nessun accordo negoziale è idoneo a risolvere la controversia. Il secondo limite è stato introdotto dalla legge di conversione e si applica a tutte le controversie di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c.: F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 86. Per tali controversie il legislatore ha preferito il ricorso alla tutela giudiziale reputando iniquo prevenire detti contenziosi mediante procedure stragiudiziali. Ciò in ragione del rango primario delle situazioni giuridiche coinvolte, della delicatezza degli interessi in gioco e della sproporzione delle posizioni giuridiche delle parti: C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 67.

¹² Dunque, ciò che occorre è identificare il c.d. *petitum* mediato e non già il *petitum* immediato, poiché la soluzione auspicabile rappresenta la conclusione che la procedura di negoziazione assistita mira a raggiungere, cioè l'effetto e non il suo presupposto: C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 67.

¹³ Tanto si verifica ad esempio nel caso in cui le parti si limitano a scrivere che la controversia riguarda una servitù di passaggio, senza determinare il fondo servente o quello dominante. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 87.

¹⁴ Ed infatti, in tal caso, la convenzione non potrebbe produrre alcun effetto in vista della risoluzione amichevole della controversia. R. BOLOGNESI, *Il "contratto" sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in www.judicium.it.

cooperare. L'individuazione dell'oggetto della convenzione, del resto, assume un ruolo rilevante sotto un ulteriore profilo. È necessario che l'oggetto della convenzione trovi corrispondenza con l'oggetto del successivo processo¹⁵. Tale che, in caso di esito negativo della negoziazione, quindi in mancanza di convenzione e successivo accordo, le parti possano specificare le loro pretese in sede giudiziale, purché non prospettino una nuova *causa petendi*, trattandosi in tali ipotesi di *mutatio libelli*¹⁶.

La natura dell'istituto consegna il profilo funzionale cui è volta l'attività di negoziazione. Quest'ultima infatti deve essere orientata verso una risoluzione della controversia soddisfattiva¹⁷ per entrambe le parti, anche se la stessa può essere conclusa pur in assenza di reciproche concessioni¹⁸. Tale scopo consente di unificare l'istituto in questione con altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, quali la mediazione di cui al d.lgs. 28/2010 e la transazione di cui all'art. 1965 c.c., seppur con qualche precisazione. In particolare nella mediazione vi è la presenza di un terzo soggetto imparziale, l'organo mediatore, che si adopera affinché le parti raggiungano un accordo conciliativo, mentre la transazione è un tipico istituto negoziale mediante il quale sono le parti stesse a stipulare l'accordo

¹⁵ Tanto che, in sede giudiziale, il giudice è tenuto ad assegnare un termine alle parti per il rinnovo del tentativo obbligatorio di negoziazione laddove l'oggetto del processo si distacchi dall'oggetto della convenzione. M. RUVOLO: *Negoziazione assistita in materia civile: casi e questioni*, www.ca.milano.giustizia.it. Con riferimento alla negoziazione assistita obbligatoria, al fine di verificare l'adempimento dell'obbligo legale, è necessario poter paragonare i due oggetti: e se uno di essi non è identificato, il paragone è impossibile. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 97.

¹⁶ Quest'ultima infatti non sarebbe consentita posto il rapporto intercorrente tra l'invito alla negoziazione e la successiva proposizione della domanda giudiziale. P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambulum ad lite ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2/2015, 514.

¹⁷ E ciò si desume dal fatto che l'istituto è stato costruito dal legislatore come deterrente del ricorso alla giustizia statuale, già gravata da un contenzioso insostenibile. C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 77.

¹⁸ M. RUVOLO, *Negoziazione assistita in materia civile: casi e questioni*, op. cit.

di composizione della lite. A ben vedere la diversità dei due istituti, negoziazione e mediazione, si risolve apparentemente nel punto di vista strutturale, avendo entrambi la stessa identità di scopo. Inoltre, pare che i due strumenti possano coesistere quando la loro attivazione sia ispirata dalla libera iniziativa degli interessati¹⁹. Se dunque, dal punto di vista funzionale i due istituti hanno perfetta coincidenza, può ragionevolmente presumersi che tanto è bastato al legislatore per ricalcare la disciplina della mediazione, con riferimento alla funzione (art. 1, comma 1 d.lgs. 28/2010), alla condizione di procedibilità, alle controversie escluse, all'oggetto dell'accordo, alla sanatoria per mancanza di invito a stipulare (art. 5, commi 1 bis, 2 bis, 3, 4, 5 d.lgs. 28/2010)²⁰.

In definitiva può ritenersi pacifica la considerazione secondo la quale la negoziazione assistita costituisce un prodotto, ed è quindi espressione, dell'autonomia privata²¹, la quale esplica i suoi effetti sul piano processualcivilistico laddove le parti si accordino, unitamente all'assistenza tecnica, per risolvere bonariamente una controversia prevenendo, in tal modo, la lite giudiziale.

¹⁹ E infatti, ai sensi dell'art. 2 comma 2 della legge che regola la mediazione, il ricorso a quest'ultima non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche. C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 61.

²⁰ Ed infatti anche la mediazione mira alla ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia. Inoltre, essa è condizione di procedibilità per una serie di materie specificatamente indicate: in tali casi essa si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza accordo, mentre se il tentativo non viene esperito il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte proposta alla prima difesa, assegna alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. La condizione di procedibilità è poi esclusa per una serie di procedimenti, in termini analoghi a quanto si verifica per la negoziazione assistita.

²¹ In tal senso cfr. P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambulum ad lite ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.* 2/2015, 514, il quale ha specificato che l'accordo di negoziazione costituisce una vera e propria transazione, in quanto espressione dell'autonomia negoziale.

2. *Negoziazione obbligatoria e altre forme di ADR: la complementarietà tra più condizioni di procedibilità.*

Ai sensi dell'art. 3 d.l. 132/2014 l'esperimento della negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda in ipotesi specificamente contemplate²².

A fronte della volontarietà della procedura di negoziazione, tali ipotesi hanno natura eccezionale²³. Si tratta delle domande di risarcimento del danno da circolazione dei veicoli e dei natanti e delle domande aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro a qualsiasi titolo purché inferiori a € 50.000. Deve ritenersi che nell'insieme in questione debbano rientrare tutte le controversie aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, quindi sia le controversie di diritto privato che quelle di diritto pubblico²⁴. Restano escluse dalla previsione dell'obbligatorietà le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili e le controversie di lavoro, oltreché tutte le controversie già sottoposte al tentativo di mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, d.lgs. 28/2010. Rimangono escluse dalla previsione, altresì, le controversie aventi ad oggetto i contratti tra consumatori, le controversie in cui la parte può stare in giudizio personalmente e tutte le controversie per le quali era stato già escluso il tentativo di mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 4 d.lgs. 28/2010²⁵. Per la proposizione delle domande indicate, il tentativo di

²² Negli stessi termini previsti per l'obbligatorietà della mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis di cui al d.lgs. 28/2010. M. VACCARI *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, in www.judicium.it.

²³ Anche nella materia della composizione della crisi familiare: C TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 76.

²⁴ Ad eccezione di quelle attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. F. P. LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Le nuove leggi commentate*, cit., 660.

²⁵ Quali i procedimenti per ingiunzione, quelli di consulenza tecnica preventiva, i procedimenti incidentali al processo esecutivo, quelli in camera di consiglio e nell'azione civile esercitata nel processo penale (art. 3, comma 3 d.l. 132/2014). Tutti procedimenti,

negoziiazione assistita è obbligatorio tale che l'eventuale omissione può essere eccepita dal convenuto ed essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Nel caso in cui il giudice si convinca della necessità del previo esperimento della negoziazione obbligatoria, assegna alle parti un termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito a stipulare la convenzione²⁶. La condizione di procedibilità si considera avverata se l'invito a negoziare è stato rifiutato o non è stato accettato nel termine di trenta giorni dalla ricezione o, ancora, sia spirato il termine di durata della negoziazione²⁷.

Dal tenore delle disposizioni può evincersi che la negoziazione assistita obbligatoria assuma il ruolo di presupposto processuale per una pronuncia di merito. Il fine ultimo è quello di evitare un accumulo, sulle scrivanie dei giudici, dei fascicoli aventi ad oggetto tali domande, oltretutto molto frequenti, per favorire una conciliazione stragiudiziale. Non meno di quanto era stato prospettato con l'introduzione della mediazione obbligatoria²⁸, di cui, come detto, la negoziazione ha ricalcato la disciplina. Sennonché, sono emerse non poche criticità con riferimento al carattere obbligatorio del tentativo in analisi.

La prima questione riguarda la sovrapposizione di più strumenti di risoluzione alternativa alle controversie per la medesima domanda. Di là dalle espresse esclusioni di sovrapposizione, quali quelle contemplate dalla disciplina della mediazione, pare che in tutte le altre fattispecie in cui siano

insomma, in cui un accordo delle parti non è idoneo a sostituire un provvedimento giudiziale. Per un approfondimento in ordine alle singole fattispecie escluse v. M. VACCARI, *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità*, in AA.VV., *Arbitrato deflattivo, negoziazione assistita e mediazione*, Giuffrè, 2016, 159 e ss.

²⁶ La disciplina dell'improcedibilità della domanda soggetta a negoziazione assistita obbligatoria di cui all'art 3, comma 1 d.l. 132/2014 riproduce la relazione intercorrente tra la mediazione obbligatoria e il processo di cui all'art. 5, comma 1-bis del d.lgs. 28/2010.

²⁷ Si riporta testualmente la disposizione di cui all'art. 2, comma 1 d.l. 132/2014.

²⁸ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile V: la risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 8 ed., Milano, 2015, 96.

previsti più forme di ADR, i vari tentativi di conciliazione e di mediazione obbligatoria devono essere cumulati con il tentativo di negoziazione assistita obbligatoria. Ciò è quanto emerge dalla lettura del comma 5 dell'art. 3 d.l. 132/2014. Il disposto infatti giustifica la sovrapposizione facendo salva la disciplina contenuta in leggi speciali²⁹. Si tratta di stabilire quale sia la relazione tra le norme speciali richiamate e l'art. 3 d.l. 132/2014³⁰. Senza pretese di completezza, è bene fare un cenno alle ipotesi in cui è stata riscontrata tale criticità. Innanzitutto, la perplessità che è emersa a seguito dell'introduzione della negoziazione assistita come condizione di procedibilità della domanda ha riguardato la sovrapposizione di quest'ultima con il procedimento delineato all'art. 145 del Codice delle Assicurazione Private, per domande aventi ad oggetto il risarcimento del danno da circolazione dei veicoli. Non vi è chi non veda come la negoziazione assistita abbia riprodotto le medesime perplessità già affrontate con riferimento alla mediazione obbligatoria, posto che anche quest'ultima risultava incompatibile con la condizione di proponibilità della domanda di cui all'art. 145 Cod. Ass. Priv.³¹

²⁹ Riportato testualmente, l'art. 3, comma 5 d.l. 132/2014 recita: «Restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati. Il termine di cui ai commi 1 e 2, per materie soggette ad altri termini di procedibilità, decorre unitamente ai medesimi».

³⁰ M. VACCARI, *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità della domanda giudiziale (e la sua incidenza sul processo)*, in *Arbitrato deflattivo, negoziazione assistita e mediazione*, AA.VV., Giuffrè, 2016, 125.

³¹ Ed infatti era risultato controverso il rapporto tra il presupposto di procedibilità integrato dalla mediazione obbligatoria e quello di proponibilità previsto dall'art. 145, comma 1 Cod. Ass. Ed anche qui la questione da risolvere era se il danneggiato potesse attivare la procedura di mediazione prima o durante il decorso del termine previsto dalla normativa speciale. Se la giurisprudenza ha propeso per il cumulo delle due procedure, la dottrina è rimasta dissenziente: per la tesi negativa v. F. MANIARI, *La mediazione con uno sguardo all'assicurazione*, in *Assicuraz.* 3/2010, 431. Per la tesi affermativa v. L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it.

Analoga questione si è posta con riferimento alle controversie agrarie, laddove la parte può proporre una domanda di condanna fino alla somma di € 50.000 solo dopo aver esperito il tentativo di conciliazione con la controparte e l'ispettorato agrario; tentativo che, ai sensi dell'art. 11 d.lgs. 150/2011 integra una condizione di proponibilità della domanda giudiziale. Parimenti un problema di sovrapposizione si è posto con riferimento alle domande che per legge devono sottostare al tentativo di mediazione obbligatorio: basti pensare alle domande che si fondano su un contratto bancario connesse a domande aventi ad oggetto il pagamento di una somma non superiore ad € 50.000.

Le sovrapposizioni di cui sopra sono state apparentemente risolte dalla legge con la previsione del comma 5 dell'art. 3, il quale, come detto, giustifica la sovrapposizione di ADR diverse. Di guisa che, in tali casi, la procedura di negoziazione concorre e si aggiunge a quelle previste dalle leggi speciali³², dal momento che è stata esclusa una priorità³³ o un ordine logico tra le diverse condizioni di procedibilità³⁴. Non appare inutile effettuare alcune precisazioni. Il legislatore ha inteso adottare un modello di complementarietà tra le varie forme di risoluzione alternativa delle controversie e non già un modello di alternatività.

Ciò vuol dire che ove sia previsto dalla legge l'esperimento della mediazione obbligatoria, non è richiesto il previo tentativo di negoziazione assistita: e

³² Di modo che si dovranno seguire iter stragiudiziali differenti che possono avere tempi di svolgimento diversi: M. VACCARI, *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, in www.judicium.it.

³³ P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambulum ad lite ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2/2015, 514

³⁴ Sicchè le procedure ulteriori operano contestualmente alla procedura di negoziazione assistita senza che vi sia alcuna subalternità cronologica o previsione di sospensione di una procedura in attesa che si espliciti l'altra: C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 83.

dunque quest'ultima assurge a ruolo meramente residuale³⁵. E infatti, la normativa ha previsto una unificazione dei termini per l'esperimento del tentativo di negoziazione assistita con quelli previsti dalle altre fattispecie di conciliazione obbligatoria³⁶. Dunque, si è voluto evitare che la proposizione di una domanda giudiziale possa subire dei rallentamenti nell'attesa del decorso dei termini di procedibilità previsti dalle altre leggi speciali. Ne consegue che il termine fissato per lo svolgimento della procedura di negoziazione decorre unitamente agli altri termini di procedibilità. In altre parole, i differenti termini per l'esperimento delle diverse procedure di conciliazione decorrono simultaneamente³⁷. E pertanto, per la stessa domanda, non potranno cumularsi due diversi termini di procedibilità³⁸. Tuttavia, nella prassi, in caso di complementarietà tra due strumenti di risoluzione alternativa alle controversie, si assiste ad una attivazione contemporanea delle procedure conciliative, posta l'obbligatorietà delle medesime. Non vi è chi non veda come una tale soluzione renda superflua l'attività stessa delle parti laddove una delle due procedure abbia esito positivo. Non solo. Il cumulo previsto dalla disciplina in esame importa una ulteriore conseguenza di non poco conto. Ed infatti laddove una procedura obbligatoria dia esito negativo, occorrerà esperire l'altra procedura obbligatoria prevista per la medesima controversia³⁹. È facilmente intuibile

³⁵ Almeno nelle controversie aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro a qualsiasi titolo, dal momento che per le controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno da circolazione dei veicoli non è richiesto il previo esperimento della procedura di mediazione: C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, op. u. cit., 80.

³⁶ F. P. LUISSO, *La negoziazione assistita*, in *Le nuove leggi commentate*, cit., 660.

³⁷ C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, op. u. cit., 84.

³⁸ C. MANDRIOLI- A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile, III L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione, la negoziazione assistita*, 13 ed., Torino, 2015, 419

³⁹ Che questo sia il significato della disposizione lo si evince anche dalla sua collocazione dopo l'elenco dei giudizi per i quali la negoziazione assistita costituisce condizione di

che una tale previsione sia del tutto inutile. Del resto a seguito del fallimento di una procedura conciliativa è ragionevole ritenere che fallisca anche la successiva procedura conciliativa, ancorché obbligatoria.

Sì ragionando, non si è tenuto in debito conto il fatto che attivando contemporaneamente più procedure conciliative aventi il medesimo scopo, finirebbe per essere compromesso il ragionevole contenimento dei tempi di accesso alla giustizia⁴⁰. Oltretutto la considerazione secondo la quale la negoziazione e la mediazione unitamente alle altre forme di ADR, svolgano una funzione complementare, pare forzosa⁴¹. Ed infatti, ancorché tutti gli istituti di degiurisdizionalizzazione assolvano alla medesima funzione, comunque gli stessi non si equivalgono dal punto di vista della struttura e dei presupposti e di conseguenza sarebbe difficile immaginare una procedura che vada a cumulare contestualmente tutti i meccanismi di risoluzione alternativa alle controversie.

3. La sovrapposizione di condizioni di procedibilità nelle domande soggettivamente e oggettivamente complesse.

Un'ulteriore criticità in ordine all'obbligatorietà del tentativo di negoziazione assistita è emersa con riferimento all'ipotesi in cui nello stesso processo vengano proposte più domande, laddove soltanto la prima, o

procedibilità della domanda: v. M. VACCARI, *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità*, cit., 155.

⁴⁰ Muovendo da tali premesse, molti hanno sostenuto che l'istituto della negoziazione assistita non pare conforme ai parametri costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost. Analoghe considerazioni sono state osservate, altresì, per quanto riguarda le domande oggettivamente o soggettivamente complesse, alcune soggette a negoziazione e altre a mediazione: M. VACCARI, *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, in www.judicium.it.

⁴¹ Per le differenze funzionali tra l'istituto della negoziazione assistita e l'istituto della mediazione, v. C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 74 e ss.

alcuna di esse, abbia soddisfatto la condizione di procedibilità integrata dall'esperimento del tentativo di negoziazione assistita obbligatoria.

Si ricordi preliminarmente che, nell'ambito delle domande di cui all'art. 3 d.l. 132/2014 per le quali il tentativo di negoziazione assistita assurge a condizione di procedibilità della domanda, rientrano tutte le domande sia proposte in via principale, sia in via incidentale, ad esclusione di quelle di accertamento e di quelle costitutive non accompagnate da una sentenza di condanna. A ciò si aggiunga che l'accordo di negoziazione deve riguardare sia la domanda principale che quella riconvenzionale⁴². Ne consegue che il quesito della sovrapposizione di forme di ADR diverse può essere affrontato in termini analoghi sia per quanto riguarda plurime domande connesse sia per quanto riguarda la relazione tra domanda principale e riconvenzionale⁴³. All'uopo appare maggiormente convincente quell'orientamento secondo il quale per le domande riconvenzionali non valga la condizione di procedibilità. Ciò in quanto, a seguito del fallimento del tentativo di conciliazione sulla domanda principale, sarebbe inutile un successivo tentativo avente ad oggetto la riconvenzionale. Se così non fosse si dilaterrebbero ulteriormente i termini di definizione del processo, dal momento che le due domande verrebbero separate⁴⁴.

Può ora passarsi all'analisi delle domande complesse. Per quanto riguarda le domande oggettivamente complesse, è bene specificare che il decreto legge, inopportunamente, non ha chiarito la modalità in cui opera la

⁴² A tal riguardo l'onere di invitare la controparte a stipulare la convenzione incombe sul convenuto non solo quando egli proponga una nuova domanda riconvenzionale soggetta a negoziazione obbligatoria, ma anche quando l'attore non ha provveduto in tal senso per la domanda principale. P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambulium ad lite ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2/2015, 514. Sul tema v. anche giurisprudenza di legittimità: Cass. 27255/08.

⁴³ C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., Milano 2015, p. 81.

⁴⁴ Così esponendo l'art. 3 della legge 162/2014 a possibili censure di incostituzionalità per violazione dell'art. 111 Cost.: M. RUVOLU, *Giudice del Tribunale di Palermo, Negoziazione assistita in materia civile: casi e questioni*, www.ca.milano.giustizia.it.

condizione di procedibilità⁴⁵. Orbene, nel caso in cui le domande connesse, pur rientrando nelle ipotesi di negoziazione obbligatoria di cui all'art. 3 d.l. 132/2014, non abbiano soddisfatto la condizione di procedibilità, allora per queste ultime dovrebbe operare il meccanismo sanante di cui all'art. 3 comma 1 d.l. 132/2014. La dottrina sul punto non è pacifica, ed anzi gli orientamenti appaiono disomogenei e le soluzioni piuttosto contrastanti. Da una parte si è ritenuto che la questione potesse risolversi, *mutatis mutandis*, nello stesso modo in cui è stata risolta la problematica per le domande connesse alcune sottoposte a mediazione obbligatoria. E pertanto, per le domande oggettivamente connesse per titolo o oggetto, non vi sarebbe alcuna necessità di un nuovo procedimento conciliativo; mentre nel caso di cumulo oggettivo di domande non connesse si dovrebbe rilevare il difetto di condizione di procedibilità separando la domanda da sottoporre a mediazione dalle altre domande⁴⁶. Secondo alcuni, nel caso di domande connesse una delle quali sottoposta a negoziazione e l'altra a mediazione, la mediazione andrebbe considerata assorbente rispetto alla negoziazione, pur in assenza di alcun coordinamento normativo⁴⁷. Un orientamento pragmatico ha sostenuto che, pur valendo le medesime considerazioni svolte nel caso di sovrapposizione di ADR per la stessa domanda, non sarebbe opportuna una attivazione contemporanea dei tentativi, perché attività superflua e di ostacolo al raggiungimento di una soluzione conciliativa. Altri, al fine di uscire dall'*empasse*, hanno proposto di privilegiare la condizione di procedibilità della domanda principale sulla scorta della disposizione di cui all'art. 31 cod. proc. civ. che individua il

⁴⁵ M. VACCARI, *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità*, cit., 144.

⁴⁶ Nel primo caso infatti la soluzione contraria darebbe luogo a lesione del principio di ragionevole durata del processo: M. VACCARI, *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità*, cit., 145.

⁴⁷ P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambulium ad lite ad outsourcing della decisione del giudice*, cit., 514.

giudice competente per territorio⁴⁸. Sennonché tale soluzione è stata respinta tenuto conto che quest'ultimo criterio non è stato richiamato dalla riforma e comunque è riferito esclusivamente alle domande giudiziali⁴⁹. Infine, un ulteriore indirizzo muove dalla considerazione secondo la quale la soluzione ideale sarebbe quella di non separare le domande ed inviare in negoziazione assistita le parti con riferimento alle domande oggetto di negoziazione obbligatoria⁵⁰. E tuttavia, dal tenore della legge può desumersi che la negoziazione assistita non sarebbe esclusa se il giudice inviasse in mediazione l'intera causa, dal momento che la negoziazione è esclusa solo per quelle cause soggette a mediazione obbligatoria.

Dall'analisi su esposta, tutt'altro che uniforme, pare emergere un'ulteriore perplessità. Se nel procedimento vengono proposte due domande di cui una soggetta a negoziazione obbligatoria e l'altra a mediazione obbligatoria, allora concorrono due diverse condizioni di procedibilità per due diverse domande. Al di là dal dibattito puramente teorico, appare opportuno argomentare tenendo a mente ragioni di mera convenienza oltretutto di ponderatezza rispetto agli interessi in gioco. La lettera della legge impone che ogni qual volta sia proposta una nuova domanda connessa e non sottoposta a negoziazione obbligatoria, occorrerebbe mettere in moto il procedimento di sanatoria di cui all'art. 3, comma 1 d.l. 132/2014⁵¹. Ora,

⁴⁸ Tale dottrina ha quindi concluso che l'unica soluzione in capo alle parti sarebbe quella di prevedere nella convenzione di negoziazione assistita che la procedura si svolga davanti ad un mediatore da loro stesse prescelto. M. VACCARI *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, in www.judicium.it. Per le tesi della prevalenza del regime della causa principale v. anche C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 81.

⁴⁹ Del resto, sarebbe complicato stabilire quale domanda sia la principale nel momento di avvio della procedura stragiudiziale. M. VACCARI *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità*, cit., 158.

⁵⁰ M. RUVOLO, *Negoziazione assistita in materia civile: casi e questioni*, www.ca.milano.giustizia.it.

⁵¹ Identico problema si è posto per la mediazione obbligatoria: v. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 98.

l'estensione della condizione di procedibilità alle domande proposte in corso di causa porterebbe ad una molteplicità di rinvii del processo oltre che ad un aumento esponenziale dei costi per le parti⁵². In tal caso il fine ultimo dell'istituto della negoziazione assistita verrebbe ad essere vanificato. Ciò in quanto la funzione della convenzione mira non solo a soddisfare l'interesse privato ad una risoluzione in via amichevole delle controversie, quanto soprattutto l'interesse pubblico alla diminuzione del contenzioso civile⁵³. Se tale è la *ratio legis* che ha orientato la riforma della giustizia, è giocoforza ritenere che la previsione di soddisfare ogni volta la condizione di procedibilità per ogni domanda connessa nel medesimo procedimento, andrebbe a frustrare la funzione svolta dall'istituto. Del resto, la deflazione giudiziaria deve essere pur sempre bilanciata con gli interessi delle parti a non dilatare eccessivamente i tempi processuali, cagionati dai continui rinvii del processo, per consentire alle parti l'eventuale trattativa della negoziazione in ordine ad ogni domanda connessa⁵⁴.

Con riferimento, infine, alle domande soggettivamente complesse, può accadere che l'oggetto della convenzione di negoziazione assistita coinvolga più parti. Tanto si verifica quando il diritto controverso afferisce alla sfera giuridica di soggetti diversi. In tali casi, posta la unitarietà della

⁵² A sostegno di tale soluzione, del resto, sono state addotte molteplici ragioni, quali: l'allungamento dei tempi processuali per la soluzione avversata, l'aumento esponenziale del numero dei fascicoli per non ritardare l'iter processuale sulla domanda principale, l'interpretazione restrittiva sulle condizioni di procedibilità, costituenti deroga al diritto di azione. Cfr.: M. VACCARI, *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità*, cit., 147.

⁵³ Del resto, l'obbligatorietà della negoziazione è finalizzata non all'interesse delle parti bensì a quello pubblico della diminuzione del contenzioso: ed è proprio in quest'ottica che la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia hanno avallato i tentativi obbligatori di conciliazione: v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 8 ed., 98.

⁵⁴ Così dunque, immaginare che ogni nuova domanda proposta nel giudizio comporti una dilazione di almeno quattro mesi e mezzo sembra ingiustificato nel bilanciamento degli interessi: v. F. P. LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Le nuove leggi commentate*, cit., 664.

negoziazione assistita⁵⁵, la parte che dà impulso alla negoziazione dovrà inviare l'invito a tutti i litisconsorti. In questo modo, soltanto nel momento in cui tutti quanti i soggetti abbiano aderito all'invito potrà darsi corso alla negoziazione, dal momento che la condizione di procedibilità vale soltanto in quanto inviata a tutti i litisconsorti. SÌ argomentando, nel caso in cui la domanda di tutela debba essere preceduta da un tentativo di negoziazione assistita obbligatorio, la condizione di procedibilità si considera avverata soltanto se l'invito è comunicato a tutti i destinatari necessari. Diversamente, occorrerebbe integrare previamente il contraddittorio in udienza⁵⁶, per poi inviare le parti in negoziazione assistita, assegnando loro un termine per l'espletamento della procedura, dopo averle fatte interloquire sulla necessità o meno del tentativo. Non è difficile immaginare che tale incombenza cagioni irrimediabilmente un allungamento dei tempi processuali, soprattutto in considerazione di eventuali irreperibilità, non infrequenti, dei litisconsorti. Oltretutto tale previsione rischia di determinare una vera e propria disparità di situazioni tra i soggetti che devono prendere parte alla negoziazione. Tali disparità possono avere luogo per la presenza di una serie di variabili dipendenti da eventi verificatisi anche prima della conclusione della convenzione⁵⁷. A ciò si aggiunga che il decreto legge non ha chiarito, anzi ha lasciato aperta, la questione in ordine al termine per il decorso della procedura di negoziazione, nel caso in cui gli invitati siano più di uno e che questi ultimi ricevano l'invito in momenti diversi. La dottrina maggioritaria, ad ogni modo, ha proposto per attribuire tale momento al giorno dell'ultimo invito in ordine di tempo⁵⁸.

⁵⁵ La relativa esigenza di mantenimento della unitarietà giustifica la disposizione che prevede che il destinatario debba rispondere all'invito mediante un unico atto: v. C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 70.

⁵⁶ Come già deciso dalla giurisprudenza di merito; v. Trib. Como, Sez distaccata di Cantù, 02 febbraio 2012.

⁵⁷ È quanto aggiunge M. VACCARI, *Profili di incostituzionalità*, cit., 6.

⁵⁸ Sul punto v. M. VACCARI, F.P. LUISO.

Rispetto infine all'intervento del terzo, la questione si complica. Ed infatti si è ritenuto che laddove si tratti di intervento adesivo autonomo⁵⁹ non vi sia la necessità di procedere alla negoziazione (già esperita tra le parti originarie) in ordine alla domanda proposta dal terzo. Soluzione opposta nel caso di intervento principale⁶⁰ ai sensi dell'art. 105, comma 1 cod. proc. civ. Per quanto riguarda l'intervento del terzo su istanza di parte, occorre distinguere ulteriormente. Nel caso di chiamata del terzo per comunanza della causa ai sensi dell'art. 106 cod. proc. civ., è necessario il tentativo di negoziazione obbligatorio nel caso in cui il terzo vanti un diritto incompatibile con quello oggetto di causa. Nel caso di chiamata del terzo in garanzia, soltanto nel caso di garanzia propria non è richiesto il previo tentativo di negoziazione già svoltosi tra le parti⁶¹.

Non vi è chi non veda come a fronte delle eventualità sopra richiamate, che attendono alla sovrapposizione di ADR diverse nelle domande soggettivamente e oggettivamente complesse, non resta alle parti che seguire iter stragiudiziali differenti, con tempi e struttura diversificati dal momento che varie sono le eventualità e le variabili che possono incidere e che attengono ora alle situazioni giuridiche dei vari soggetti coinvolti, ora ai possibili ampliamenti dell'oggetto del processo. Ed ulteriori questioni sorgono proprio in merito alla specificazione dell'oggetto della controversia profilata nell'invito, ai sensi dell'art. 4 d.l. 132/2014. Si pensi alle problematiche in ordine alla estensione qualitativa o quantitativa della domanda rispetto alla pretesa formalizzata⁶². È ragionevole dunque ritenere che laddove il rapporto venga investito, come spesso accade, da una serie di

⁵⁹ Che, si ricorda, è volto a sostenere le ragioni di una delle parti.

⁶⁰ Nel quale il terzo fa valere, nei confronti delle altre parti, un diritto incompatibile con quello già oggetto di controversia.

⁶¹ Tali considerazioni sono state espresse da M. VACCARI, *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità*, cit., 152 e 153, alla luce della mutuata disciplina della mediazione.

⁶² Questa e altre criticità sono state messe in luce, tra gli altri, da R. BOLOGNESI, *op. cit.*

situazioni contingenti che attengono ora all'ampliamento dell'oggetto del processo, ora alla presenza di più soggetti coinvolti, sarà inevitabilmente difficoltoso raggiungere una soluzione stragiudiziale tra le parti. Non solo. Sul piano pratico avrebbe fin poco senso imporre a tutte le ulteriori domande proposte il tentativo di negoziazione assistita obbligatoria se l'esperimento dello stesso in ordine alla domanda principale non abbia avuto esito positivo. Ed allora, l'unica soluzione per rendere utile e fruttuosa l'attività di conciliazione sia nell'interesse privato che nell'interesse pubblico, sarebbe quella di prevedere che il giudice, nel caso in cui rilevi il mancato assolvimento della negoziazione assistita per una domanda connessa soggettivamente o oggettivamente, non separi le domane piuttosto invii d'ufficio in mediazione l'intera controversia ai sensi dell'art. 5, comma 2 d.lgs. 28/2010 (comprese le domande soggette a negoziazione assistita obbligatoria). Ciò in ragione del fatto che la mediazione consente alle parti di trattare sull'intera controversia e, per ciò solo, favorisce maggiormente la conciliazione⁶³.

4. *L'infondata questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1 d.l. 132/2014 alla luce della sentenza C. Cost. 162/2016.*

Gli istituti della negoziazione assistita e della mediazione sono accomunati sotto un ulteriore profilo. Premessa la difficoltà operativa di conciliare l'istituto della negoziazione assistita con gli altri meccanismi di risoluzione stragiudiziale⁶⁴, si è posto un problema di incompatibilità tra il nuovo strumento alternativo alla lite con i principi della Costituzione che fanno

⁶³ M. VACCARI *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità*, cit., 159.

⁶⁴ L'efficacia dell'istituto della negoziazione assistita obbligatoria ha creato problemi di compatibilità non solo con l'istituto della mediazione bensì con altri meccanismi di composizione della lite stragiudiziale: cfr.: R. MAZZON, *Le procedure stragiudiziali per la liquidazione del danno in RC auto*, Milano, 2015, 73.

riferimento al diritto di difesa e alla ragionevole durata del procedimento. Ciò in base alla considerazione, ragionevolmente condivisa, che il tentativo obbligatorio di negoziazione precluda l'accesso alla giustizia in tempi ragionevoli⁶⁵. E tanto sia per quanto riguarda la già esaminata sovrapposizione di ADR diverse per le stesse domande, sia per domande soggettivamente e oggettivamente complesse.

Nell'attribuire al tentativo di negoziazione assistita obbligatoria il ruolo di condizione di procedibilità della domanda, il legislatore ha immaginato che all'invito di una parte faccia seguito immediatamente la stipula della convenzione⁶⁶. In realtà, nella prassi, non è stata riscontrata tanta immediatezza a causa di una serie di variabili che incidono ora sulla complessità della pretesa ora sulla presenza di più soggetti ora sulla durata delle trattative laddove le parti scelgano di rivolgersi ad un consulente tecnico. Non è difficile immaginare come in tali ipotesi l'arco temporale in cui debba darsi luogo alla convenzione si dilati irrimediabilmente. Una tale situazione non può non ricadere negativamente nella sfera giuridica dell'invitante, il quale è tenuto ad aspettare l'esito del proprio invito prima di rivolgersi alla giustizia per chiedere tutela. A ciò si aggiunga che ogni variabile può incidere negativamente anche nella sfera giuridica degli altri convenuti, i quali potrebbero subire differenti condizioni di negoziazione. L'anzidetto profilo di incompatibilità è venuto in evidenza con riferimento ad un caso specifico che ha costituito occasione affinché la Corte Costituzionale si pronunciasse in merito. Si tratta della relazione tra l'istituto della negoziazione assistita obbligatoria e il procedimento di risarcimento del danno da circolazione dei veicoli e dei natanti di cui all'art.

⁶⁵ Del resto, la Corte Costituzionale ha ripetutamente affermato che la garanzia del diritto di azione tollera dilazioni temporali, ma ha precisato che tali dilazioni devono avvenire secondo modalità che "rendono ragionevole il limite all'immediatezza della tutela giurisdizionale": v. M. VACCARI, *Profili di incostituzionalità*, cit., 136.

⁶⁶ Spunti di riflessione in merito a fattispecie concrete sono da ravvisare in M. VACCARI, *Profili di incostituzionalità*, cit., 137 e ss.

145 Cod. Ass. Priv. In particolare ci si è interrogati sulla utilità della procedura di negoziazione assistita obbligatoria intercorrente tra il danneggiato e la compagnia assicurativa laddove la richiesta di risarcimento del danno abbia avuto esito negativo⁶⁷. Parte della dottrina ha considerato l'istituto della negoziazione assistita obbligatoria, almeno in tali casi, come null'altro che un rallentamento della tutela giurisdizionale⁶⁸. Si argomentando, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1 d.l. 132/2014 per la violazione degli artt. 2, 3 e 24 Cost. con riferimento al rapporto tra la negoziazione assistita obbligatoria e il procedimento di messa in mora della compagnia assicurativa di cui agli artt. 145, 148 e 149 del d.lgs. 209/2005, il quale costituisce una condizione di proponibilità della domanda. La Consulta, investita della questione, ha escluso che la negoziazione assistita sia un inutile doppione della messa in mora della compagnia, ritenendo infondata la questione di legittimità costituzionale⁶⁹. Ciò in quanto l'istituto della negoziazione assistita obbligatoria e quello della messa in mora assolvono due funzioni diverse⁷⁰.

⁶⁷ Il quesito a tal proposito è stato il seguente: coltivata diligentemente dalle parti la procedura prevista dal codice delle assicurazioni e, ciononostante, non raggiunta una soluzione conciliativa della controversia insorta, che effetto positivo potrebbe sortire l'applicazione (necessariamente successiva) della convenzione di negoziazione assistita? Cfr.: R. MAZZON, *Le procedure stragiudiziali per la liquidazione del danno in RC auto*, cit., 75.

⁶⁸ Sarebbe dunque auspicabile che i giudicanti, verificato l'effettivo svolgimento del procedimento di risarcimento del danno previsto dal codice delle assicurazioni, ritengano palesemente ingiustificato riconoscere la improcedibilità: v. R. MAZZON, *Le procedure stragiudiziali*, op. cit.

⁶⁹ Si tratta della sentenza C. Cost., 7 luglio 2016, n. 162.

⁷⁰ Nella sentenza in commento si legge: «I richiamati artt. 145, 148 e 149 di quel codice prevedono, infatti, un meccanismo che si sostanzia nella messa in mora della compagnia assicuratrice, con la presentazione di una circostanziata richiesta risarcitoria, la cui *ratio* è quella di rafforzare le possibilità di difesa offerte al danneggiato, attraverso il raccordo dell'onere di diligenza a suo carico con l'obbligo di cooperazione imposto all'assicuratore».

La negoziazione, da un lato, presuppone che l'offerta non sia stata soddisfattiva per il danneggiato o che non sia stata del tutto formulata dall'assicuratore; pertanto è un procedimento che precede ed evita l'accesso alla giustizia. Ne consegue che la negoziazione è complementare rispetto al previo procedimento di messa in mora dell'assicuratore. Ancora una volta, dunque, è emerso il concetto di complementarità tra forme di ADR diverse, negli stessi termini già sollevati in tema di mediazione. Di guisa che la negoziazione, come condizione di procedibilità della domanda non viola neppure il principio di cui all'art. 24 Cost. A ben vedere, la compresenza dei due istituti non protrae *sine die* l'esercizio del diritto di azione, attesa la brevità del termine entro il quale deve essere conclusa la negoziazione assistita obbligatoria.

La pronuncia presta il fianco ad alcune considerazioni. Se è vero che entrambi gli istituti sono complementari, è altrettanto vero che i tempi per il loro esercizio non sono affatto omogenei. In particolare, ai sensi della disciplina speciale, la proposizione della domanda è subordinata al decorso di sessanta giorni decorrenti dal momento in cui il danneggiato ha chiesto alla compagnia di assicurazione il risarcimento del danno. Ed in tal caso, il danneggiato ha l'onere di attivare la procedura di negoziazione prima o durante il c.d. *spatium deliberandi* concesso alla compagnia assicurativa?⁷¹ Per un verso è stato ritenuto che in caso di silenzio o di risposta negativa dell'assicuratore il danneggiato sia comunque tenuto ad inviare l'invito a negoziare prima di proporre domanda giudiziale⁷². Per altri versi la

Questa è una fase stragiudiziale che si svolge direttamente tra le parti in vista di una possibile e anticipata soddisfattiva tutela del danneggiato.

⁷¹ M. RUVOLO, *Negoziazione assistita in materia civile: casi e questioni*, op. cit.

⁷² P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambulum ad lite ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2/2015, 514.

soluzione migliore sarebbe quella di inserire l'invito alla negoziazione direttamente nella raccomandata indirizzata alla compagnia⁷³.

Permane un'ulteriore obiezione. In quali termini la negoziazione assistita obbligatoria e la messa in mora sono compatibili nel caso in cui la compagnia assicurativa rifiuti di stipulare la convenzione di negoziazione alla luce della mancata decorrenza dello *spatium deliberandi* previsto per la condizione di proponibilità di cui al Codice delle Assicurazioni?

A ben vedere, l'inutilità della negoziazione assistita emerge sotto un ulteriore profilo. Ed infatti, nella prassi, o l'assicurazione coinvolta è disponibile ad un accordo, ed allora avrà utile corso il procedimento di risarcimento del danno di cui agli artt. 145 e ss Cod. Ass. Priv., oppure no. In tale ultimo caso, soprattutto nell'ipotesi di sinistri complessi e di rilevante entità, la negoziazione è inutile e alla parte non resta che attendere la scadenza del termine prima di rivolgersi al giudice⁷⁴. Non vi è chi non veda come una tale situazione, frequentissima tra l'altro, cagioni un allungamento delle durate processuali in vista dei tempi indeterminati della procedura antecedenti la stipula della convenzione e in ragione di contenziosi plurisoggettivi o oggettivamente connessi. Tanto è bastato a sostenere l'incostituzionalità del tentativo obbligatorio di negoziazione assistita. E ciò in considerazione del fatto che esigere l'espletamento contemporaneo di più procedure conciliative è inutile e comunque

⁷³ Tale soluzione, oltretutto, avrebbe il merito di evitare, a fronte dell'esito negativo della fase stragiudiziale prevista dal codice delle assicurazioni, un ulteriore tentativo di conciliazione nelle forme della negoziazione assistita, inutilmente gravoso per la parte danneggiata: v. M. VACCARI, *La negoziazione assistita come condizione di procedibilità*, cit., 126. Cfr.: *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, in www.judicium.it.

⁷⁴ Solo in casi residuali complessi, dove per la compagnia di assicurazione vi sia un interesse all'accordo, ad esempio per non perdere l'assicurato che abbia stipulato un gran numero di polizze, si può immaginare l'utilità della negoziazione assistita: v. S. CHIARLONI, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1/2015, 229.

dispendioso dal momento che è sufficiente l'espletamento di una sola per il raggiungimento di una soluzione amichevole⁷⁵ e soddisfattiva.

In definitiva, è pur vero che l'introduzione di una condizione di procedibilità della domanda non viola l'art. 24 Cost. sul diritto di azione⁷⁶ (come del resto già sostenuto dalla Consulta), in quanto l'intera procedura di negoziazione si articola in termini piuttosto brevi. Ciò nonostante non si può fare a meno di concludere che la procedura, quando assurge a condizione di procedibilità, oltre ad essere macchinosa per certi versi, implica dei costi eccessivi per le parti. Tale inconveniente emerge soprattutto in quei casi in cui il tentativo di negoziazione fallisce. Ed allora, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1 d.l. 132/2014 potrebbe sollevarsi laddove all'esercizio dell'azione si facciano dipendere dei costi economici eccessivi per le parti, dal momento che in questo modo si appesantirebbe ulteriormente la situazione giuridica del danneggiato⁷⁷.

5. Censure di opportunità e ragionevolezza all'obbligatorietà del tentativo.

Tutto quanto fin qui argomentato presta il fianco ad una serie di considerazioni in merito alla opportunità e alla ragionevolezza del tentativo obbligatorio di negoziazione assistita. Per quanto riguarda le ragioni di opportunità, è bene innanzitutto chiarire che l'obbligatorietà della

⁷⁵ Tale assunto è sostenuto, tra gli altri, da C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 86.

⁷⁶ Nell'affrontare il dubbio di legittimità costituzionale, è stato rilevato che la negoziazione assistita obbligatoria come condizione di procedibilità della domanda principale, non rende troppo difficile l'accesso alla tutela giurisdizionale vista la brevità di tempo entro la quale la condizione di procedibilità viene meno. Cfr.: S. CHIARLONI, *Minime riflessioni*, cit., 227.

⁷⁷ Tanto è stato sostenuto, altresì dalla giurisprudenza della Consulta. Si vedano al riguardo le sentenze C. cost. 522/2002 e C. cost. 333/2001.

condizione di procedibilità del tentativo non è assoluta, bensì relativa⁷⁸. Ciò in quanto, laddove l'omesso tentativo di negoziazione non venga eccepito dal convenuto o rilevato d'ufficio dal giudice entro la prima udienza, la causa è comunque procedibile. In secondo luogo, anche laddove il mancato esperimento del tentativo venga eccepito o rilevato dal giudice, si darà corso al procedimento sanante di cui all'art. 3 d.l. 132/2014. Alla luce di questo, difficilmente lo strumento troverà la forza di ridurre il carico di liti pendenti⁷⁹.

Con riferimento all'irragionevolezza dell'obbligatorietà del tentativo si tengano a mente le controversie escluse dalla previsione. Intanto, non si sa quanto consapevolmente siano state escluse le controversie dei consumatori, previste invece dalla direttiva comunitaria⁸⁰. A ciò si aggiunga che in molti casi di controversie escluse la necessità di osservare la condizione di procedibilità dipende essenzialmente dalla scelta dell'attore sul rito. È quanto avviene nell'eventualità in cui una controversia, soggetta a negoziazione assistita, venga proposta nelle forme del giudizio monitorio

⁷⁸ C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 93. Nello specifico, l'a. aggiunge che la condizione di procedibilità è doppiamente relativa.

⁷⁹ Lo scetticismo sul perseguimento dei fini dell'istituto è stato avanzato da PROTO PISANI, *Premesse generali (e una proposta)*, I, in AA.VV., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato*, Torino, 2015, 2. L'autorevole Autore ha infatti segnatamente puntualizzato che l'istituto *de quo* è incapace in modo assoluto di aggredire i grossi numeri della giustizia civile con riferimento sia ai giudizi di cognizione presso il tribunale, sia ai giudizi di secondo grado.

⁸⁰ Infatti, la disciplina comunitaria di cui alla direttiva UE 2013/11, all'art. 2, comma 1 prevede l'applicabilità nelle controversie nazionali e transfrontaliere che possono avere fondamento in un contratto di vendita e servizi tra professionisti dell'Unione e consumatore residente nell'Unione Europea. Al contrario, l'art. 3 della disciplina della negoziazione assistita fa riferimento più generalmente alle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori, senza distinguere il tipo contrattuale né la provenienza delle parti: v. M. VACCARI, *La negoziazione assistita*, cit., 164.

piuttosto che in quelle del rito ordinario⁸¹. Ancora, si pensi alle controversie in cui la parte può stare in giudizio personalmente, anche queste escluse dalla previsione dell'obbligatorietà del tentativo. Tale scelta, non solo è in contrasto con quanto previsto dalla disciplina della mediazione obbligatoria, ma è oltremodo irragionevole. Basti pensare alle controversie aventi ad oggetto il recupero del compenso professionale di avvocato quando inferiore ad € 50.000⁸². Se il pagamento viene chiesto nelle forme di cui all'art. 14 d.lgs. 150/2011⁸³, quindi per compensi giudiziali, la negoziazione assistita è meramente facoltativa. Se viceversa viene attivato il rito sommario di cui all'art. 702 bis cod. proc. civ. per il recupero delle prestazioni di carattere stragiudiziale, la negoziazione assistita assurgerà a ruolo di condizione di procedibilità della domanda, dal momento che in tale rito la facoltà per le parti di stare in giudizio personalmente è loro preclusa ai sensi dell'art. 82, comma 3 cod. proc. civ.⁸⁴. Ne consegue che l'obbligatorietà del tentativo come presupposto processuale, dipende, in tali casi, dalla scelta dell'attore sul rito se non addirittura dalla natura della prestazione. Tale esito è inaccettabile. Non solo. A quanto detto si aggiunga, altresì, che il d.l. 132/2014, nel caso di negoziazione assistita obbligatoria, non riconosce il compenso al difensore della parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio a spese dello Stato. La soluzione non può che apparire iniqua in considerazione del fatto che il

⁸¹ In tali casi è facile immaginare che l'attore potrebbe essere indotto a preferire il rito monitorio per evitare la fase precontenziosa, vanificando in tal modo la finalità deflattiva della disciplina della negoziazione assistita obbligatoria. M. VACCARI, *op. cit.*, 163.

⁸² La questione è stata affrontata, tra gli altri, da E. DALMOTTO, *La negoziazione assistita e il recupero del credito professionale dell'avvocato*, in *Giust. it.*, 2/2016, 374 e da F. TIZI, *Negoziazione assistita obbligatoria - Brevi note in tema di obbligatorietà della negoziazione assistita in riferimento ad alcune particolari fattispecie*, in *Giust. it.*, 2/2016.

⁸³ Si tratta del procedimento speciale per la liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato per le prestazioni giudiziali in materia civile.

⁸⁴ Secondo tale disposizione, salvo diversa previsione di legge, davanti al tribunale le parti devono stare in giudizio con il ministero di un procuratore legalmente esercente.

patrocinio a spese dello Stato è invece previsto per la negoziazione facoltativa⁸⁵.

Ed allora, in considerazione della sussistenza dell'istituto della mediazione obbligatoria, di cui se ne è mutuata la disciplina oltre che la funzione, la soluzione migliore sarebbe forse quella di abolire la negoziazione assistita obbligatoria, ritenuta dai più un ulteriore "inciampo burocratico"⁸⁶. Alla medesima considerazione può giungersi alla luce della struttura e della funzione del nuovo istituto. La negoziazione assistita nasce per apprestare una soluzione al problema del carico di procedimenti civili pendenti presso gli uffici giudiziari, così da fornire una spinta deflativa e consentire una rapida definizione delle controversie. Essa è quindi volta alla stipula di una convenzione di negoziazione previo accordo tra le parti al fine di evitare la lite giudiziale. Di guisa che la negoziazione assistita è espressione dell'autonomia negoziale. Orbene, la previsione di una negoziazione assistita obbligatoria intanto è in contrasto con la concezione stessa di autonomia privata, dal momento che subordina l'avvio del procedimento giudiziale al previo tentativo di negoziazione. Del resto, la conclusione della convenzione è una "superfetazione dell'obbligo di legge". Infatti, è stato imposto come obbligo di legge l'esito di un accordo prodotto dell'autonomia privata⁸⁷. In secondo luogo, l'obbligatorietà della negoziazione assistita è del tutto contraria all'idea stessa di giustizia, dal momento che essa può concludersi positivamente solo con il previo accordo tra le parti private.

⁸⁵ La norma dunque non pare conforme ai principi di cui agli artt. 2, 3, 24 e 36 Cost. perché priva di assistenza difensiva la parte non abbiente che debba esperire la procedura di negoziazione assistita, dal momento che risulta difficile che un difensore accetti l'incarico gratuitamente: v. M. VACCARI, *La negoziazione assistita*, op. cit., p. 173.

⁸⁶ E. DALMOTTO, *La negoziazione assistita e il recupero del credito professionale dell'avvocato*, op. cit.

⁸⁷ In altri termini, la negoziazione assistita, pur concepita come forma di espressione dell'autonomia privata è stata imposta normativamente: v. M. VACCARI, *La negoziazione assistita*, cit., 130.

Di là dal dibattito in ordine agli eventuali profili di incostituzionalità, non può non ritenersi che l'introduzione dell'istituto difficilmente ridurrà il numero dei processi⁸⁸, considerando altresì l'assenza di incentivi fiscali al riguardo⁸⁹. Sono qui necessarie alcune considerazioni di ordine sistematico. Tutti gli strumenti di conciliazione assolvono alla funzione di ridurre il carico giudiziario solo quando la stessa giustizia da sola sia efficiente e funzionante di per sé⁹⁰. Una giustizia può dirsi proficua ed efficiente soltanto quando una parte non sia indotta a speculare sulle durate processuali al fine di ottenere dalla controparte una conciliazione in realtà non soddisfattiva⁹¹. In buona sostanza, i tentativi di conciliazione stragiudiziale sono "buoni" perché opportuni, utili ed efficaci se l'amministrazione della giustizia sia altrettanto puntuale ed efficiente⁹². Dunque è forse il caso di ritenere che l'istituto della negoziazione assistita è

⁸⁸ Al riguardo S. CHIARLONI, *Minime riflessioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2015, 228, argomenta riportando il fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione presso il giudice di pace francese oltreché nell'esempio spagnolo e argentino. L'a. continua chiarendo che in Italia il vecchio tentativo obbligatorio di conciliazione presso gli uffici provinciali del lavoro aveva comportato addirittura un aumento dei termini delle procedure dal momento che tali uffici non riuscivano ad esperire il tentativo alla stregua di una condizione di procedibilità. Oltretutto è stato rilevato come i maggiori successi dei tentativi di conciliazione sono stati registrati nei periodi in cui essi erano facoltativi.

⁸⁹ P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambulum ad lite ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2/2015, 514.

⁹⁰ Sicché il legislatore avrebbe dovuto prima individuare i rimedi per un adeguato funzionamento del giudizio rimesso all'autorità giudiziaria: v. C. TRAPUZZANO, *Procedura di negoziazione*, cit., 77.

⁹¹ Nella prassi tanto non avviene considerando le ragioni delle parti stesse. Ed infatti, soprattutto quando oggetto delle controversie sono somme di denaro, il creditore sarebbe tenuto ad accettare che il proprio credito venga enormemente decurtato da una conciliazione cattiva piuttosto che aspettare le lungaggini processuali che gli consentirebbero di far salva l'intera pretesa. S. CHIARLONI, *Minime riflessioni*, cit., 226.

⁹² «Mette il carro davanti ai buoi chi, come il legislatore, nella speranza di ottenere procedimenti più brevi, indirizza le controversie verso gli strumenti di conciliazione»: S. CHIARLONI, cit., 227.

stato concepito alla presenza di un vizio di impostazione. Se la *ratio* è quella di ridurre il contenzioso, scomodo problema della giustizia italiana, è incoerente pensare di risolverlo con l'introduzione di un rimedio stragiudiziale a pena di improcedibilità. Se vogliamo riconoscere un merito alla negoziazione assistita, tale è quello della valorizzazione della dignità della professione forense⁹³. Qui, il difensore, lungi dall'essere considerato un mediatore terzo ed imparziale, si cala necessariamente nelle situazioni giuridiche dei clienti, avvalendosi di un atteggiamento deontologicamente orientato verso la cristallizzazione di una collaborazione leale e soddisfattiva. È pur vero che la negoziazione assistita ha manifestato l'esigenza di confidare in un'avvocatura seria e matura, ma non ha fatto i conti con le conseguenze che il tentativo in analisi, quando obbligatoriamente previsto a pena di improcedibilità della domanda, apporta ora alla sfera giuridica delle parti, ora al funzionamento della giustizia. Ed allora occorre riassumere. Alla luce della disciplina del tentativo obbligatorio di negoziazione, non si possono sottacere i costi a cui è esposto il privato che prima di adire il giudice deve esperire la negoziazione obbligatoria; così come non si possono trascurare le disparità di trattamento in capo ai soggetti invitati nelle cause plurisoggettive e le lacune che ha lasciato la normativa in ordine alle cause connesse e alla corrispondenza tra l'oggetto della convenzione e l'oggetto del processo. A ciò si aggiunga che vi sono ragioni di opportunità pratica che mirano ad evitare la compresenza di più strumenti alternativi alle controversie per la stessa domanda. Quelle stesse ragioni pratiche che spiegano come l'introduzione di strumenti stragiudiziali difficilmente ridurrà il contenzioso giudiziale. D'altra parte, il nostro ordinamento già conosce un istituto affine alla negoziazione, di cui quest'ultima ha mutuato gran parte della disciplina, ed è quello della

⁹³ La negoziazione le ha infatti consentito di recuperare gli spazi professionali usurpati da protagonisti paraprofessionali considerati mediatori pur incapaci di comprendere i termini della lite ed i diritti delle parti. Più analiticamente v. R. BOLOGNESI, *Il "contratto" sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in www.judicium.it.

mediazione: al contempo utile e funzionante in considerazione del cospicuo numero di materie per le quali è stata prevista, rispetto a quello limitato delle controversie soggette a negoziazione assistita obbligatoria.

L'esito del ragionamento, dunque, non può che condurre in una direzione univoca: quella di rendere inapplicabile la condizione di procedibilità integrata dall'esperimento del tentativo di negoziazione assistita obbligatoria di cui all'art. 3, comma 1 d.l. 132/2014, perché inefficiente, superfluo e in definitiva inutile.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

KATARZYNA GROMEK-BROC

Vicissitudes of Unaccompanied Minors in the EU. In the best interests of a child: one step forward two steps back

ABSTRACT - The refugee crisis faced by the EU in recent years has demonstrated many weaknesses in the EU Immigration Policy. In particular, the protection offered to vulnerable groups, specifically unaccompanied minors, has been inconsistent and often not adapted to the children's needs. The Commission's 2016 Proposals promising a major revamp of the CEAS system are not fully satisfactory, improving some guarantees for unaccompanied minors but also removing some existing ones. This contribution attempts to answer the question why despite the numerous initiatives aiming at strengthening the position of children in Europe, unaccompanied minors are somehow overlooked. I will first discuss the place of children in the EU Law, the interpretation of the principle of best interests of a child by the European Courts. Secondly, I will consider the problem areas using Italian and Greek examples. Then, I will look at the strengths and ambiguities of the CEAS system and its proposed reform concluding with a reflection on the Italian Proposal to tackle immigration, the European Council Conclusions in June 2018, and its impact on unaccompanied minors.

KEYWORDS – unaccompanied minors, EU law, immigration policy.

Vicissitudes of Unaccompanied Minors in the EU. In the best interests of a child: one step forward two steps back**

SOMMARIO: 1. *Introduction* – 2. *Structural inconsistencies and fragmented legal framework – How a “Europe of Rights” could benefit unaccompanied minors* – 3. *Evolving concepts of a rights-based approach and best interests of the child – A Europe’s Rights-based approach embracing all the children* – 4. *The CEAS System and its flaws in Protection of Unaccompanied Minors* – 5. *The CEAS System and the 2016 Commission’s Proposals for its Reform - Unaccompanied Children still in Limbo* – 6. *The European Council Conclusions in June 2018 and the Italian 10-Point Plan* – 7. *Concluding Remarks*.

1. Introduction

The phenomenon of unaccompanied children fleeing their country is not new. Citing Bantekas’ example, the first unaccompanied child that everyone remembers, was the Biblical Moses found on the bank of the Nile River.¹ Minors have always fled their country for a variety of reasons; including fear of prosecution, war, parental abuse or extreme poverty. However, until quite recently, the problem was largely neglected; children were either assimilated with the adult asylum seekers or International Community simply chose to ignore the scale of the problem.² The first

* Associate Professor of Law of regional integration and Migration and the Law–University of Pavia (Italy).

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. The author would like to thank Paola Chiarella, Luigi M. Guzzo, Tony Ward and Nick Kontraros for valuable comments.

¹ I. BANTEKAS, *Unaccompanied Children and their Protection under International Refugee Law*, in S.S. JUSS (ed.), *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, Routledge, Abingdon, 2013, 347.

² *Ibidem*, 347.

significant instrument at international level recognising the specificity and uniqueness of children's needs was the 1989 UN Convention on the Rights of the Child.³ Whilst, the CRC does not address the issue of unaccompanied children purposely, nonetheless, it distinguishes them from accompanied minors, recognising that this category of children should form a category apart: Article 22(1).⁴

The current refugee crisis brought the question of unaccompanied children to the fore.

“In 2015, 88,245 unaccompanied children applied for asylum in the EU, including 3,045 in the UK.”⁵ In 2016, 100,264 children arrived in Greece, Italy, Spain and Bulgaria, of whom 33,806 (34%) were unaccompanied.⁶ In Italy, the number of unaccompanied children in 2016 increased by 98.4% in relation to 2014 and 109.1% to 2015 amounting to the total number of children of 28,223 of which 25,846 were unaccompanied or separated.⁷ The unprecedented number of unaccompanied children in the last two years tested the limits of accommodation capacity, often making it impossible to follow the existing legal provisions providing extra guarantees for vulnerable groups.

“Greece accommodates currently an estimated 18,500 migrant children, of which more than 2,500 separated. The camps on the Greek islands of Samos and Lesbos are overstretched, accommodating more than 200

³ *Ibidem*, 347.

⁴ *Ibidem*, 347.

⁵ European Union Committee, 2nd Report of Session 2016-17, *Children in crisis: unaccompanied migrant children in the EU (HL Paper, 34)*, at <https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldeucom/34/34.pdf>

⁶ UNHCR, UNICEF and IOM, *Refugee and Migrants Children – Including Unaccompanied and Separated Children in Europe, Overview of Trends*, 2016, also <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/62345> (accessed 9 March 2018).

⁷ *Dossier Statistico Immigrazione*, IDOS, Roma, 2017, 480 at 146.

separated children, which is 170 more than their average capacity.”⁸ In June 2018, there were 3790 unaccompanied children in Greece, 95,9% are boys and 4,1% girls.⁹ Clearly, the situation in Europe does not seem to improve at all. Their percentage has increased as compared to previous years. In June 2018, in only one incident, when the Aquarius stationed by Sicily waiting for Spain to open the port of Valencia to emergency, on the board were 629 survivors of which 123 unaccompanied minors.¹⁰

Given the scale of the emergency, the EU is confronted with a complex problem and an unparalleled challenge where its ability to handle the crises is tested. Whereas at the political level the debate on possible solutions to mass immigration is still ongoing, the consequences of a tardy EU reaction, the weakness of the legal framework – in particular of the CEAS legislation – and disjointed EU policies have already had an adverse impact on unaccompanied children. Despite ambitious rhetoric towards realisation of children’s rights, efforts by the EU to endower unaccompanied children with adequate protection on its territory had rather limited effect.

In fact, children’s vulnerability is often overlooked and negotiated at the mercy of a political will. By the time they arrive in Europe they have often been through traumatic experiences. They might have been walking “huge distances, hiding in lorries, hanging under trains [...]” They might have been “abused and exploited *en route* by adults, and/or they may experience hunger, illness or injury.” On arrival in Europe they face “complex asylum and immigration procedures; probing interviews from

⁸ <http://www.scepnetwork.org/p/1/230/separated-children-in-dire-conditions-in-greek-refugee-camps>

⁹ Unaccompanied children in Greece by 15th of June 2018 at <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/64331> (accessed 17 July 2018).

¹⁰ F. PACI, *Quei viaggi della speranza di migliaia di bambini non accompagnati*, in *La Stampa*, 14 June 2018.

uninformed officials; fingerprinting and invasive medical examinations; detention in airport ‘waiting zones’, reception centres, or even prisons.”¹¹

The recent immigration crisis has demonstrated starkly that the holistic approach towards children’s visibility has not been applied to unaccompanied children and the loopholes in legislation and policy have been detrimental to these children. In short, the complex and porous CEAS legal framework was unable to offer sufficient and nuanced protection for children seeking shelter in Europe.

The CEAS legal framework has been revised and improved, but the efforts towards children have not been sufficient. In 2016, the Commission put forward two packages of proposals for a major revamp of the CEAS, curbing some lacunae but also creating other. The Commission’s reform concentrated on the two issues: a fair mechanism regulating the responsibilities for asylum procedures; and the harmonisation of the standards for secondary migration.¹² But, “several Member States strictly refuse the planned corrective mechanism for a fair sharing of responsibility” and the possible financial contribution has been also controversial.¹³ Moreover, the crux of the system, a proposed Dublin IV Regulation is under a heavy scrutiny by the Conte government.

The system clearly needs complementary efforts and concessions coming from the Member States. Inevitably, it will always present many weaknesses that owes to its originally fragmented skeleton.

¹¹ S. RUXTON, *Separated Children and EU Asylum and Immigration Policy*, Save the Children, 2003, at <https://resourcecentre.savethechildren.net/sites/default/files/documents/1834.pdf> (accessed 9 March 2018).

¹² D. BRÄUNINGER, *Reform of the Common European Asylum System – A difficult undertaking*, 12 April 2018, at https://www.dbresearch.com/PROD/RPS_EN-PROD/PRODooooooooo466806/Reform_of_the_Common_European_Asylum_System%3A_A_dif.pdf (accessed 7 July 2018).

¹³ *Ibidem*.

Malmström promised “An area of protection and solidarity in favour of the most vulnerable people”, but the promise has never fully materialised.¹⁴ From the start, the system was very fragmented, based on multiple documents that were not always coherently linked together. As a result, the system was porous, lacking practical details on execution and more importantly leaving too much discretion to Member States. This fragmentation is reflected in the lacunas in protection of unaccompanied children. Chetail notes: “from its inception [the system] has been conceived as a flanking measure of European Integration to compensate for the abolition of internal borders.” “The CEAS is halfway between *bric-à-brac* and a true system.” However, he acknowledges that “the system is more than the sum of different legal instruments adopted on the same topic.”¹⁵

In its first part, this paper considers overdue and haphazard legal steps taken by the EU to enhance child visibility in its territory. Subsequently it further develops the concepts of ‘rights’ and ‘child best interests’ as informed by recent ECtHR and the CJEU jurisprudence. Notwithstanding the incremental added value of structural reforms, EU’s Asylum system remains ill-suited to protect unaccompanied minors substantially and comply with human rights objectives. Thirdly, this paper evaluates the protection offered to unaccompanied minors by exposing the legal lacunae and identifying shortcomings and problems that need to be remediated. This part also gives consideration to practical difficulties encountered by unaccompanied minors during the ongoing immigration crisis including hotspots and transit zones. In its final part, this paper contributes to the argument surrounding the reform of CEAS instruments in 2016 and maintains that a sustainable system is within Member States’ reach.

¹⁴ https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-factsheets/ceas_factsheet_en.pdf

¹⁵ V. CHETAÏL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Brill, Leiden, 2016, 4.

2. *Structural inconsistencies and fragmented legal framework – How a “Europe of Rights” could benefit unaccompanied minors*

It is not surprising, given the tardy attention to unaccompanied minors in International Law, that in Europe legislative framework focusing on this group of children has been slow to develop. Likewise in International Law, their vulnerability was not outlined and as a result many children have been detained.¹⁶ The earlier cases involving unaccompanied children were decided by the ECtHR, given that the ECJ did not yet assume responsibility for the application of human rights. The ECtHR applied Articles 8, 3 & 13 of ECHR, nonetheless the decisions were lacking child visibility, as some important cases such as *Rahimi* demonstrate.¹⁷ The ECtHR, although referring to the best interests principle, was very prudent trying to reconcile immigration policies with individual rights. This cautious approach continues to some extent in some recent cases as *Abdullahi Elmi*, for example, confirms.¹⁸ Yet, the ECtHR has paved the road towards a higher protection by declaring in *Rahimi* that the Greek authorities failed to recognise the applicant’s vulnerability and breached Articles 3 and 13 ECHR. A violation of Articles 3 and 13 ECHR was also

¹⁶ J. BHABHA, *Child Migration and the Lacunae in International protection*, in S.S. JUSS (ed.), *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy* (Chapter 14), Routledge, Abingdon, 2013, 326.

¹⁷ E. PSYCHOGIOPOULOU, *Does Compliance with the Jurisprudence of the European Court of Human Rights Improve State Treatment of Migrants and Asylum Seekers? A Critical Appraisal of Aliens’ Rights in Greece*, in *Journal of International Migration and Integration*, 16 (3)/2015, 819-840, at <https://link.springer.com/article/10.1007/s12134-014-0360-6> (accessed 2 February 2018).

¹⁸ *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, ECtHR (Applications nos. 25794/13 and 28151/13), November 2016.

found in *Mahmundi and Others*.¹⁹ In short, even though the ECtHR role in upgrading standards regarding unaccompanied children is often contested,²⁰ the Court did however attract attention to children's vulnerability and the specificity of their situation.

At the EU level, the issue of unaccompanied children was initially considered sporadically mainly in relation to free movement of workers with reference to family reunification but only with the creation of the CEAS, it has become, a growing but somehow for long time neglected problem.²¹ Hence, it was predictable that the creation of the CEAS would demand Member States to take a degree of responsibility for the consequences and flaws in the system.

Unaccompanied minors were first defined in Council Resolution in 1997 as "third country nationals or stateless persons below the age of eighteen, who arrive at the territory of the Member States unaccompanied by an adult responsible for them."²² Other definitions coexist but all have three elements in common: the children are third country nationals, underage and not accompanied.²³ Hence, there are a number of difficulties from the EU Law perspective; they are third country nationals, generally outside of the scope of application of the Treaty, for whom the EU has some but not clearly discernible responsibility. In addition, the Member States have

¹⁹ *Mahmundi and Others v. Greece* (Application no. 14902/10), 24.10.2012.

²⁰ C. SMYTH, *The common European asylum system and the rights of the child: an exploration of meaning and compliance*, in *European Journal of Migration and Law*, 17 (1)/2015, 7-103 at 1.

²¹ H. STALFORD and E. DRYWOOD, *Coming of Age? Children's Rights in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 46/2009, 143-172.

²² *Council Resolution of 26 June 1997 on unaccompanied minors who are nationals of third countries (97/C 221/03)*, 19.7.97 EN, in *Official Journal of the European Communities*, C 221/1997, 23.

²³ E. ZSCHIRNT, *Does migration status trump the best interests of the child? Unaccompanied minors in the EU asylum system*, in *Journal of Immigration and Nationality Law*, 36/2011.

been rigorous about their border control; and to recent times, the EU did not claim to be a final arbiter in Human Rights claims.

The development of the EC/EU and its primarily economic objectives concentrated on the economically active population, neglecting children's interests. Childhood matters were only loosely related to economic goals and the EU lacked explicit legal basis on which the EU could enact enforceable rights.²⁴ Regrettably, the growing concern for child welfare that has transpired in many EU Policy documents did not inform sufficiently legislation within the CEAS system. Thus, although children's visibility within the EU has increased sensibly, the child protection within the CEAS is often tested and manifestly subjected to political Agenda. On one hand, the initiatives to protect children multiply and legislation is increasingly centred on children, following the 2011 Commission's Agenda on the Rights of the Child.²⁵ On the other hand, the protection of unaccompanied minors is a chapter on its own since they are third country nationals and until their destiny has not been decided, the EU declares only a partial responsibility for them. Also, unaccompanied minors fall in 'a grey zone' where the legal framework becomes weak, stepping in a politically sensitive domain of immigration and asylum laws. Flowing from this artificial division between child EU nationals and child asylum seekers, the efforts to make children's interests paramount have been uneven: many recent directives on trafficking, pornography, or cyber-crime, show steps forward whereas these involving immigration status have progressed at a slower pace. As a result, we are confronted with a double standard, despite the EU's constant commitment and reaffirmation

²⁴ H. STALFORD, *Children and the European Union, Rights, Welfare and Accountability*, Hart Publishing, Oxford, 2012, 28.

²⁵ *An EU Agenda for the Rights of the Child*, Brussels, 15.2.2011, COM(2011) 60 final, at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0060&from=EN> (accessed 1 March 2018).

that “all children must benefit from the rights as children without discrimination.”²⁶

3. Evolving concepts of a rights-based approach and best interests of the child – A Europe’s Rights-based approach embracing all the children

The rapid development of other EU policies is one of the causes to blame. Children’s rights developed chaotically driven by three key dynamics: market integration, social integration and lately the fundamental rights dynamic.²⁷

Also, strategic and pragmatic plans to strengthen children’s rights have been undermined by the EU’s limited experience in “formulating, implementing and upholding these rights.”²⁸ Stalford observes that up to relatively recently the EU did not have an institution specifically designed to promote children rights or the EU’s judiciary was particularly competent in endorsing International Children Rights’ standards. Instead, children’s issues have been dealt with at the niche aspect of the broader mandates, and seen “as something of a side-line to broader political and economic objectives.”²⁹ The language of rights used unequivocally in the Agenda for the Rights of the Child³⁰ that brings the Commission’s promise to adopt a child’s rights perspective in all measures affecting children.³¹ Nonetheless, without a clear guidance, precisely defined concepts, details

²⁶ *Save the Children briefing note on the Stockholm Programme*, Brussels, 2009, at https://www.savethechildren.net/sites/default/files/libraries/Briefing_Document_Stockholm_Programme_FINAL_2.pdf (accessed 25 February 2018).

²⁷ H. STALFORD, *Children and the European Union*, cit., 16.

²⁸ *Ibidem*, 11.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *An EU Agenda for the Rights of the Child*, cit.

³¹ *Ibidem*.

on its implementation, systematic financial support, the rights' based approach risks to remain within the sphere of its ambitious rhetoric.³²

The question is to what extent the rights-based approach could benefit unaccompanied minors?

The concept of rights, understood widely, covers a range of claims, such as the right to physical safety, to grow up in peace, not to suffer violence and abuse, right to appropriate shelter, education, health care and many others.³³ "To date, neither legislatures nor courts have developed a coherent philosophy or approach when addressing questions related to children's rights."³⁴ A rights based-approach is hardly discernible concept having many possible interpretations. The numerous definitions refer to human rights observance in application of the law and the concept is generally understood by connotation to "the notions of accountability, universality, international cooperation, participation and non-discrimination."³⁵ "The process leading to achieving a goal is as important as a goal itself."³⁶ Alston explains, a rights-based approach imposes a duty on private and public actors: state-parties, the EU institutions to respect

³² H. STALFORD, *Constitutionalising Equality in the European Union: A Children's Rights Perspective*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 8 (1, 2)/2005, 53-73.

³³ M.S. WALD, *Children's Rights: A Framework of Analysis*, in *UCD L. Rev.*, 12/1979, 257.

³⁴ *Ibidem*, 258.

³⁵ J. TOBIN, *Understanding a Human Rights Based Approach to Matters Involving Children: Conceptual Foundations and Strategic Considerations*, in A. INVERNEZZI, J. WILLIAMS (eds.), *The Human Rights of Children: From Visions to Implementation*, Ashgate, Farnham, 2011, 61, 68, in H. STALFORD, *Children and the European Union*, cit., 29.

³⁶ A.A. TUN, G. CAVE, D. TROTTER, B. BELL, *The Domestic Fulfillment of Children's Rights: Save the Children's Experience in the Use of Rights-Based Approaches*, in A. ALEN, H. BOSELY, M. DE BIE (eds.), *The UN Children's Rights Convention: Theory and Practice*, Intersentia, Netherlands, 2007, 33, 34, in H. STALFORD, *Children and the European Union*, cit., 27.

and uphold human rights obligations; the duty that consists of adapting and instituting processes that facilitate fulfilment of those rights.³⁷

The EU commitment to adherence to human rights has not, in case of children, been assisted by the tools that would facilitate this process. There is no enough guidance how those rights will be secured and to what extent these rights provide clear entitlements that can be enforced by the Courts.³⁸ Freeman advocates “Rights are a militant concept [...] apart from an ideology in a complain for social change”, “rights are also a resource.”³⁹ “Rights are important advocacy tool, a weapon to use to secure recognition.”⁴⁰ Thus, the Court’s involvement is fundamental to discern the scope of these rights. Freeman observes “The language of rights can make visible what has for too long been suppressed. It can lead to different and new stories being heard in public.”⁴¹

Hence “the child rights perspective” promised in An Agenda for the Rights of the Child is more a political statement, a manifesto, but the methods how this goal in going to be translated into the concrete results is yet to be defined. The Commission’s Action Plan on Unaccompanied Minors (2010-2014) intended to provide the concrete responses linking in a way insiders

³⁷ P. ALSTON, *Ships passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals*, in *Human rights Quarterly*, 27/2005, 755, in H. STALFORD, *Children and the European Union*, cit., 29.

³⁸ H. STALFORD, *Children and the European Union*, cit., 29.

³⁹ M. FREEMAN, quoting Cohen 1980, 52 in A. INVERNIZZI, *The Human Rights of Children, From Visions to Implementation*, Taylor & Francis Group, 2016, 21.

⁴⁰ M. FREEMAN, *The Value and Values of Children’s Rights*, in A. INVERNIZZI, *The Human Rights of Children*, cit.

⁴¹ M. FREEMAN, *Why it remains important to take Children’s Rights seriously*, in *International Journal of Children’s Rights*, 15/2007, 5, 6-7, in H. STALFORD, *Children and the European Union*, cit., 29.

with outsiders.⁴² Reiterated to an extent in the 2017 Commission's Communication.⁴³ The policy is stronger and clearer but there is mismatch between the policy and practice what unaccompanied children experience reveals.

The question arises to what extent these rights could become justiciable rights and effectively protect children asylum seekers in the EU.⁴⁴ At least under current CEAS system it is difficult to envisage it happen. In contrast, discretion left to Member States allowed for a restrictive interpretation to the child's detriment.⁴⁵ For example, a lack of details led to the noticeable discrepancy between Member States in relation, to identification of underage asylum seekers, required qualification of officials dealing with children or what constituted adequate medical, psychological assistance, appropriate counselling,⁴⁶ or legal representation.⁴⁷ The second conceptual hurdle consists in restrictive interpretation of the principle of best interests sometimes contradicting Article 3 of UNCRC.⁴⁸

⁴² *Action Plan on Unaccompanied Minors (2010-2014)*, COM(2010) 213 final, at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0213:FIN:en:PDF> (accessed 1 March 2018).

⁴³ Communication from the Commission, Brussels, 12.4.2017, *The protection of children in migration*, COM(2017) 211 final {SWD(2017) 129 final}.

⁴⁴ C.M. SMYTH, *The common European asylum system and the rights of the child: an exploration of meaning and compliance*, Leiden, 2013 thesis, 3.

⁴⁵ U. KILKELLY, *The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child*, in *Human Rights Quarterly*, 23/2001, 308-326.

⁴⁶ C.M. SMYTH, *The common European asylum system*, cit., 21, 23.

⁴⁷ E. DRYWOOD, *Challenging Concepts of the "Child" in Asylum and Immigration Law: The Example of the EU*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 32 (3)/2010, 309-323.

⁴⁸ M. WOOLF, *Coming of Age? – The Principle of "The Best Interests of the Child"*, in *European Human Rights Law Review*, 2/2003, 205-221.

Smyth⁴⁹ observes that the principle of best interests is “the most amorphous and least understood of legal concepts” [“an ‘open concept with no definite content’”⁵⁰], or “a vehicle for the furtherance of the interests or ideologies of others, not of the interests of children.”⁵¹ “In the asylum context, it has frequently been ‘hijacked’ to serve absolutist agendas.”⁵² Further, using an example given by Bhabha and Young, Smyth argues that “[i]n the majority of cases where unaccompanied minors seek asylum, it will be in their best interests to be granted refugee status, both in terms of their immediate protection needs and their future legal status and standard of living.”⁵³ However, there might be many reasons why such a solution would not be suitable to the child’s needs. Also, there is a general perception that prioritising a child’s best interests signifies a lowering or softening of standards, or that the child’s best interests will be to remain in Western Europe, whatever his/her provenance, identity, personal experience or circumstances.⁵⁴ This is a very one sided view that disregards many factors such as the family rights, the sense of belonging, and the cultural and social settings in which the child has grown up. Accordingly, the lack of visibility and vulnerability of children’s issues, could be attributed to the poor interpretation of this principle.⁵⁵ Most

⁴⁹ C.M. SMYTH, *The common European asylum system*, cit., 23, G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1998, 46.

⁵⁰ J. SCHIRATZKI, *The Best Interests of the Child in the Swedish Aliens Act*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 14/2000, 206.

⁵¹ J. EEKELAAR, *The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism*, in *International Journal of Law and the Family*, 8/1994, 58.

⁵² C.M. SMYTH, *The common European asylum system*, cit., 22, also J. SCHIRATZKI, *The Best Interests of the Child*, cit., 206. J. EEKELAAR, *The Interests of the Child*, cit.; J. BHABHA and W. YOUNG, *Not Adults in Miniature: Unaccompanied Child Asylum Seekers and the New U.S. Guidelines*, in *International Journal of Refugee Law*, 11 (1)/1999, 98.

⁵³ WOOLF, *Coming of Age?* cit., 205-221.

⁵⁴ C.M. SMYTH, *The common European asylum system*, cit., 21.

⁵⁵ *Ibidem*.

importantly, the question arises in particular within the CEAS framework whether the principle of best interests is a general welfare clause and as such not imposing on the Member States the obligation of results or if it could give rise to a rights-based approach discussed above.⁵⁶

The CJEU referred to the principle of best interests on many occasions – for example, in *Zarraga v. Pelza*,⁵⁷ and in *Mercredi v. Chaffe*,⁵⁸ – while not always being consistent. For example, in *Jasna Detiček*, the Court adopted a restricted view and did not follow the wishes of a 13 year old child to remain with her mother in Slovenia, narrowing the scope of Article 24 of the Charter of Fundamental Rights and Article 12 of the CRC.⁵⁹ This is a cautious approach to the best interests principle, compromising to an extent the child’s rights in favour of national judicial systems.⁶⁰ Later, the CJEU considered the principle of best interests in *Rendón Marín*⁶¹ and *Chavez-Vilchez and others* in which it held: “an account must be taken, in the best interests of the child concerned, of all the specific circumstances, including the age of the child, the child’s physical and emotional development, the extent of his emotional ties both to the Union citizen parent and to the third-country national parent, and the risks which

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Case C-491/10, *Zarraga v. Pelza*, 22.12.2010, at <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-491/10>

⁵⁸ Case C-491/10, *Mercredi v. Chaffe*, 22.12.2010, at <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-497/10&td=ALL>

⁵⁹ Case C-403/09 PPU, *Jasna Detiček v. Maurizio Sgueglia*, 2009, ECR I-12193.

⁶⁰ A. INVERNIZZI, *The Human Rights of Children*, cit., 212, also in H. STALFORD, *Children and the European Union*, cit.

⁶¹ Case C-165/14, *Rendón Marín*, 16.9.2016, at <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-165/14> and Case C-133/15, *Chavez-Vilchez*, 10.05.2017, at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190502&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=398771>

separation from the latter might entail for that child's equilibrium."⁶² The case indicates that the CJEU makes some progress and "the rights-based approach in conjunction with the best interests principle slowly paves a way towards more robust protection offered to children."⁶³ "Applied in the asylum context, "the close connection between the best interests of the child and the rights of the child means that any assessment of best interests in the CEAS instruments is essentially an inquiry into the degree of respect for the rights of the child."⁶⁴ In April 2018, the CJEU, recognised vulnerability of a child in case A & S (case C-550/16), adopting a protectionist approach towards a young Eritrean, who arrived in the EU as an unaccompanied minor.⁶⁵ In this case, the question raised before the Court was whether a Member State can deny both the status of being a child and the protection deriving from it under EU law if the child turned eighteen while waiting for the decision. "Could Member States be left to 'use' delays in the processing of children's applications for the refugee status as a mechanism to thwart their fundamental right to family

⁶² S. PEERS, *Think of the children: the ECJ clarifies the status of non-EU parents of EU citizen children living in their own Member State*, at <https://eulawanalysis.blogspot.nl/2017/05/think-of-children-ecj-clarifies-status.html>

⁶³ C.M. SMYTH, *The common European asylum system*, cit., 33 on coupling the best interest principle with the rights-based approach.

⁶⁴ *Ibidem*, also J. BHABHA, W. YOUNG, *Not Adults in Miniature*, cit., 84-125, E. ZSCHIRNT, *Does migration status trump the best interests*, cit., 4, J. BHABHA, W. YOUNG, *Not Adults in Miniature*, cit., 103, in E. ZSCHIRNT, *op. cit.*, 7; *UK - R (on the application of AA (Sudan)) v Secretary of State for the Home Department*, 9 March 2017, EWCA Civ. 138, also E. NYKANEN, *Protecting Children? The European Convention on Human Rights and Child Asylum Seekers*, in *European Journal of Migration and Law*, 3/2001, 315-345 at 323, E. ZSCHIRNT, *op. cit.*, 40, J. BHABHA, W. YOUNG, *op. cit.*, 103, in E. ZSCHIRNT, *op. cit.*, 7.

⁶⁵ S. PEER, *Childhood's End? The Court of Justice upholds unaccompanied child refugees' right to family reunion*, at <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/04/childhoods-end-court-of-justice-upholds.html> (accessed 7 July 2018).

reunification?”⁶⁶ The Court held that Article 10 (3) (a) of Family Reunification Directive (Directive 2003/86/EC) creates an enforceable right to unaccompanied minor refugees to be reunited with their parents; a right which cannot be thwarted by the ‘negligent’ behaviour of the national authorities. An unaccompanied child who has turned eighteen while awaiting for the decision should be considered as an ‘unaccompanied minor.’⁶⁷

Nonetheless, up to very recently, the CJEU decisions in the CEAS context, have been mostly noncommittal, with a great regard to the Member States’ stance on border control, and had a more symbolic status rather than imposing an obligation of results.

Regrettably, the ECtHR decisions reflect the same taciturn standpoint often leaning towards the Member States’ uncompromising position on immigration issues, which concedes nothing to safeguarding children’s best interests.

Such as evasive interpretation of the best interests’ principle does not sit very well with the principles enshrined in the UN CRC. Bhabha argues that the CRC by considering asylum seeking children as a category on its own regarded them as an individual agent, creating in this way an independent child-focused claim to have his/her rights protected.⁶⁸ Article 22 is a first manifest recognition of the specific needs of refugee children, “binding, explicit” and presumed to be globally applied.⁶⁹ The early ECtHR case in

⁶⁶ S. BARTOLINI, Blog, 7 May 2018, *The Right to Family Reunification of Unaccompanied Minor Asylum Seekers before the Court of Justice of the EU*, at <http://europeanlawblog.eu/2018/05/07/the-right-to-family-reunification-of-unaccompanied-minor-asylum-seekers-before-the-court-of-justice-of-the-eu/> (accessed 7 July 2018).

⁶⁷ CJEU, Case C- 550/16, *A & S*, at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0550&qid=1525436440896&from=EN>

⁶⁸ J. BHABHA, W. YOUNG, *Not Adults in Miniature*, cit., 103, in E. ZSCHIRNT, *Does migration status trump the best interests*, cit., 37.

⁶⁹ *Ibidem*.

Nsona judgment demonstrated no reliance on Article 3 of the CRC.⁷⁰ A nine year old girl was separated from her adult carer and sent back to Zaire without regard to the ‘best interests’ principle of Article 3 of CRC.⁷¹ In earlier case *Abdulaziz v. UK*,⁷² the ECtHR relied instead on Article 8 to defend the family unity. Very recently, in *Ustinova v. Russia*,⁷³ the ECtHR while deciding a case concerning a minor (with a mother) separated from his father in Russia, again invoked Article 8, to oppose the arbitrary expulsion of a mother with a small son from Russia.⁷⁴ The ECtHR held: “where children are involved, their best interests must be taken into account and national decision-making bodies have a duty to assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it.”⁷⁵

4. The CEAS System and its flaws in Protection of Unaccompanied Minors

⁷⁰ *Nsona v. The Netherlands*, no. 23366/94, ECtHR (Plenary), Decision of 06.07.1994.

⁷¹ *UK - R (on the application of AA (Sudan)) v Secretary of State for the Home Department*, 9 March 2017, EWCA Civ. 138.

⁷² *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. UK* (Application nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81), ECtHR, Decision of 28 May 1985.

⁷³ *Ustinova v. Russia* (Application no. 7994/14), ECtHR, Decision of 8 November 2016, final 6.03.2017.

⁷⁴ J. KANICS, D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, K. TOUZENIS (eds.), *Migrating Alone: Unaccompanied and Separated Children's Migration to Europe*, Unesco Publisher, 2010.

⁷⁵ *Ustinova v. Russia* (Application no. 7994/14), ECtHR, Decision of 8 November 2016, final 6.03.2017, the Court relied on the decision in *Jeunesse v. The Netherlands* (12738/10) – Grand Chamber Judgment, Bailii, [2014] ECHR 1036.

The CEAS in operation has brought to the fore a series of backdrops in the procedure and implementation detrimental children. Age assessment is one of the best-known flaws in the system. A very recent UK case, *R (on the application of AA (Sudan)) v. Secretary of the State*,⁷⁶ demonstrates again disproportionate and heavy handling of the UK Authorities of a child. An unaccompanied minor but in appearance an adult, was detained despite the age assessment procedure. But, the Commission Action Plan 2010-14⁷⁷ states clearly that “a presumed child should be considered as a child.” However, this time a High Court Judge Silber held “that the claimant had been unlawfully detained for an identified period and ordered the Secretary of State to pay damages caused by the wrongful detention.”⁷⁸ There is a vast array of procedures in Europe and some are very invasive and often unreliable. Dorling suggests that the most consistent approach towards age assessment is provided by specialist centres, where the staff are appropriately trained to conduct age assessment in coordination with social workers and paediatricians.⁷⁹ A 2017 Council of Europe report on age assessment recommends a series of precautions while assessing the child age⁸⁰ “including the presumption of a

⁷⁶ UK - *R (on the application of AA (Sudan)) v. Secretary of State for the Home Department*, 9 March 2017, at [http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law-search?f\[o\]=field_keywords%3A88](http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law-search?f[o]=field_keywords%3A88) (accessed 4 February 2018).

⁷⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – *Action Plan on Unaccompanied Minors 2010-2014* (6.5.2010 - COM(2010) 213 final), at https://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-policy/action-plan-unaccompanied-minors-2010-2014_en (accessed 5 February 2018).

⁷⁸ UK - *R (on the application of AA (Sudan)) v Secretary of State for the Home Department*, 9 March 2017, at [http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law-search?f\[o\]=field_keywords%3A88](http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law-search?f[o]=field_keywords%3A88) (accessed 4 February 2018).

⁷⁹ K. DORLING, *Seeking Change, reforms to the protection of unaccompanied asylum seeking children*, in *Journal of Law and Policy, ChildRight*, 15/2008.

⁸⁰ D. WENKE, *Age Assessment: Council of Europe member states' policies, procedures and practices respectful of children's rights in the context of migration*, 2017, at

minor age, care and protection prior to and during age assessment, age assessment methods should be child-sensitive and adapted to gender and cultural sensitivities, age assessment should not take place without the child's and their guardian's informed consent. [...] Age assessment interviews should uphold the dignity of the child. Physical and medical examinations should be measures of last resort.”⁸¹ The EU SCEP position paper evidenced that⁸² Europe is lacking a ‘common approach’ on the age assessment, that rights and procedural safeguards are not upheld consistently, the practice of age assessment is not monitored and the quality of standards is often questioned. Some methods are too invasive and detrimental to the child's physical and mental health. The results are often unreliable. What is then relevance of age for the investigations?⁸³ In many cases the outcome brings nothing or very little to the handling of the case.⁸⁴ The new Italian Law could be quoted here as an example for the rest of Europe providing that “a social and medical age assessment procedure may be ordered by the judicial authority, when there are well-

<https://rm.coe.int/age-assessment-council-of-europe-member-states-policies-procedures-and/168074b723> (accessed 15 February 2018).

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Position Paper on Age Assessment in the Context of Separated Children in Europe*, 2012 at <http://www.scepnetwork.org/images/16/163.pdf> (accessed 20 February 2018).

⁸³ *UNHCR Guidelines on Child Asylum Claims*, 2009, par. 7 and 75. G. LANSDOWN, *The Evolving Capacities of the Child, Innocenti Insight*, United Nations Children's Fund, Innocenti Research Centre, Save the Children, Sweden, 2005, 49; United Nations Children's Fund, *Age Assessment Practices: A literature review and annotated bibliography*, 2011, 7, 9. Separated Children in Europe Programme, *Position Paper on Age Assessment in the Context of Separated Children in Europe*, 2012, 6. Also quoted in the *Position Paper*, 2017 COE Report, at <http://www.separated-children-europe-programme.org/p/1/229/council-of-europe-publishes-report-on-age-assessment> (accessed 20 February 2018).

⁸⁴ Separated Children in Europe Programme, *Position Paper on Age Assessment in the Context of Separated Children in Europe*, 2012, at <http://www.separated-children-europe-programme.org/p/1/229/council-of-europe-publishes-report-on-age-assessment>

founded doubts about the age declared by a presumed unaccompanied minor and it is impossible to establish his or her age through documentary evidence.”⁸⁵

Another noteworthy concern is a risk of exploitation and trafficking that unaccompanied minors are exposed to. The UNICEF and IOM report, based upon interviews with 22,000 migrants and refugees, including 11,000 children (aged 14-17) and youth (aged 18-24), who came to Europe through the Mediterranean routes in 2016 and 2017,⁸⁶ revealed that children and young adults under the age of 25 are subjected to abuse, trafficking and sexual exploitation. Among those coming through the Central Mediterranean route, 78 percent of the children and 77 percent of the young adults have reported abuse, exploitation and/or trafficking, compared to 69 percent of the individuals aged 25 or more.”⁸⁷ Save the Children Report revealed an increase in 2017 in cases of trafficking, abuse and exploitation from the time of arrival in Italy, to pay off the debt incurred for the journey in particular in Ventimiglia, Rome and Calabria.⁸⁸ Often, they take clandestine, undetected routes where it is almost impossible to intervene. Yet, the problem needs to be taken seriously in the reception centres and transit zones and the existing rules on monitoring and supervision should be toughened. Moreover, there are many viable proposals on awareness-raising in form of templates and booklets that

⁸⁵ Italian Law 47/17; E. ROZZI, *The new Italian law on unaccompanied minors: a model for the EU?*, November 2017, at <http://eumigrationlawblog.eu/the-new-italian-law-on-unaccompanied-minors-a-model-for-the-eu/> (accessed 15 February 2018).

⁸⁶ UNICEF and the International Organization for Migration (IOM) Report, *Harrowing Journeys: Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking and exploitation*, 2017, at <http://www.scepnetwork.org/p/1/228/unicef-and-iom-publish-report-on-children-and-youth-on-the-move-at-risk-of-trafficking-and-exploitation> (accessed 1 February 2018).

⁸⁷ <http://www.separated-children-europe-programme.org/p/1/228/unicef-and-iom-publish-report-on-children-and-youth-on-the-move-at-risk-of-trafficking-and-exploitation>

⁸⁸ Save the Children 2017 Report, at <https://www.savethechildren.it/sites/default/files/files/rapporto%20young%20invisible%20enslaved%20DEF.pdf> (accessed 17 July 2018).

should rigorously be delivered to children in all centres. The tighter rules on the appointment of the guardian in the 2016 proposal insures more information, clarification delivered in a child friendly language as well as more vigilance to detect if a child was targeted in view of exploitation or trafficking. More importantly, the time in the reception centres should be reduced to minimum looking for some other solutions to accommodate children such as the use of family-based care/foster care.⁸⁹ The EU Commission also proposes “closely supervised open reception centres designed to ensure the protection of children, or small scale independent living arrangements for older children.”⁹⁰

The third identified problem is the child detention. However, the SCEP advocates that despite of legislative efforts, children are still frequently detained, referring to “the increasing reliance upon the immigration detention even it is not essential.”⁹¹ The European Committee on Legal Cooperation has reaffirmed that immigration detention is never acceptable for those who are in the situation of vulnerability, such as children. This includes matters related to their immigration status or illegal entry but also “temporary or otherwise, detention at the border or in international

⁸⁹ UNHCR, *Global Strategy: Beyond Detention 2014-19, Option Paper 2, Options for governments on open reception and alternatives to detention*, at <http://www.unhcr.org/protection/detention/5538e53d9/unhcr-options-paper-2-options-governments-open-reception-alternatives-detention.html> (accessed 20 February 2018).

⁹⁰ Communication from the Commission to European Parliament and the Council, *The protection of children in migration*, Brussels, 12.4.2017, COM(2017) 211 final, at https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20170412_communication_on_the_protection_of_children_in_migration_en.pdf (accessed 20 February 2018).

⁹¹ *A Fundamentally Different Approach is Needed, Joint Statement to the European Committee on Legal Cooperation on the Council of Europe on the Codification of European Rules for the Conditions of Administrative Detention of Migrants*, 22 June 2017, at https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2017/06/Joint-Statement_COE-administrative-detention-of-migrants_FINAL-1-1.pdf (accessed 1 March 2018).

zones, in detention centres, in police cells, in prisons or in any other special detention centres for young people.”⁹² An alarming number of unaccompanied children have been detained in Greece in police cells, detention centres called ‘protective custody’, “unaccompanied children are often detained in overcrowded and unsanitary conditions”, placed in small cells with adults of no relation to them where they have little access to information and basic care services. “The camps in Athens dispose of two Safe Zones of 24 shelters providing 600 places for unaccompanied children. The Safe Zones offer poor conditions where the safety of the children is in stake.”⁹³ Many unaccompanied children are under the protective custody of the police, meaning that in the absence of an alternative, they are detained in cells.⁹⁴ In June 2018 in Greece, there were 2832 children on the waiting list to be placed in shelters: 216 in protective custody, 318 in reception centres, 238 in informal housing arrangements, 690 reported homeless, 177 in open temporary accommodation facilities, 265 in Safe Zones, 467 in hotels and 412 no location reported.⁹⁵ The child detention could be improved by a functional relocation mechanism but again the Member States do not always want to cooperate.

In April 2017 “all 568 unaccompanied minors have been registered for relocation and 341 have been relocated [...] mainly by Finland (130 relocated). Member States with large allocations do not accept

⁹² <http://www.scepnetwork.org/p/1/222/scep-signs-joint-statement-on-immigration-detention>

⁹³ A. MONTERO, *Thousands of unaccompanied children in Greek island camps need help*, in *The Guardian*, 25 October 2017, at <https://www.theguardian.com/social-care-network/2017/oct/25/thousands-unaccompanied-children-greek-island-camps-need-help> (accessed 10 February 2018).

⁹⁴ Defence for Children, 2017, *Athens, the reflection of a broken protection system for refugee children*, 14 December 2017, at <https://www.defenceforchildren.nl/images/69/5484.pdf>

⁹⁵ *Unaccompanied Children in Greece*, data, at <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/64331> (accessed 20 July 2018).

unaccompanied minors (e.g. France), or only a few (e.g., Belgium or Spain) or impose requirements regarding family links in the Member State of relocation [...] leaving some separated minors and their relatives in a legal limbo, being rejected both under the Dublin Regulation and under the relocation procedure (e.g., Germany).”⁹⁶

The following hurdle unaccompanied children are facing are hotspots and the transit zones. The 2016 report on hotspots in Italy brought to light the use of coercive methods and physical force and prolonged detention in case of persons refusing to be finger printed. Unaccompanied minors are placed in hotspots although “Italian Law prohibits it, detention is frequent and there is no access to effective remedy against such a decision.”⁹⁷

The SCEP recommends the codification of EU rules on the conditions of detention of immigrants, which would provide greater transparency, greater fairness and equal treatment. Any decision in relation to detention of minors should be based on individual assessment.⁹⁸ If the child is however detained the system of thorough monitoring and supervision should be in operation.⁹⁹ The current Commission’s Proposal on detention of children maintain the *status quo*, allowing children’s detention as a last resort. It is regrettable that the children detention has not been completely outlawed.¹⁰⁰

⁹⁶ *Eleventh report on relocation and resettlement*, at https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20170412_eleventh_report_on_relocation_and_resettlement_en.pdf (accessed 1 February 2018).

⁹⁷ *The implementing of the hotspots in Italy and Greece*, at <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016..pdf> (accessed 15 February 2018).

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

A ‘hotspot’ approach introduced in 2015, provided an immediate solution to the mass influx of asylum seekers in Italy and Greece.¹⁰¹ The hotspots played a positive role in the procedural tasks but the reception conditions did not meet the standard;¹⁰² at the end of 2016 the reception facilities were extremely poor: “unaccompanied children [were] living in squalid conditions with poor infrastructure lacking of basic services being exposed to exploitation.”¹⁰³ Children in hotspots were “registered, identified and finger printed” but did not receive the treatment due to vulnerable groups, consideration for their young age or dignified accommodation conditions.¹⁰⁴ “As of September 2017, only 32 unaccompanied children had been relocated from Italy and 420 from Greece.”¹⁰⁵ In May 2016, Save the Children reported 50 cases of unaccompanied children being held for over a month alongside adults in Pozzallo.¹⁰⁶ The children were exposed to crime and violence did not have access to basic information. In sum, the hotspots approach did not convince the children rights defenders and

¹⁰¹ *EU response to the refugee crisis: the ‘hotspot’ approach* (Special report no. 06/2017), at <https://www.eca.europa.eu/en/Pages/DocItem.aspx?did=41222> (accessed 25 February 2018).

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ *Ibidem.*

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ *Keeping children at the centre*, at https://www.savethechildren.net/sites/default/files/libraries/KEEPING%20CHILDREN%20AT%20THE%20CENTRE%202017_%20DEF_%20LOW_%202020.pdf – http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/cruscotto_statistico_giornaliero_11_settembre_2017.pdf (accessed 1 March 2018) – European Commission, *Fourteenth Report on Relocation and Resettlement*, 2017, at https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20170906_fifteenth_report_on_relocation_and_resettlement_en.pdf (accessed 1 March 2018).

¹⁰⁶ *Keeping children in the centre*, at https://www.savethechildren.net/sites/default/files/libraries/KEEPING%20CHILDREN%20AT%20THE%20CENTRE%202017_%20DEF_%20LOW_%202020.pdf

apart administrative convenience failed to meet the most basic standards.¹⁰⁷

The situation is also difficult in the transit zones, such as airports, harbours and other border premises. Frontex elaborated a comprehensive Handbook for border guards, making some very useful recommendations such as that “border guards have to take care of a child at risk until a trained person arrives”, he/she should be interacting with a child, ensure that the child is not hungry, thirsty or has other needs or requires medical assistance; the guard needs to check for injuries. Vega Handbook also suggests the questions that could be asked in the first and second line of control.¹⁰⁸ The initiative is important, however, the Vega Handbook concerns only recommendations and cannot replace what the law does not prescribe. Both hotspots and the transit zones are more concern with formalities, identification assessment, registration, and human rights or a right of a child socio-psychological well-being come second. In addition, there is certainly a problem with a fluctuating number of unaccompanied children and in case of a massive influx, the situation gets out of control. Under the Estonian presidency a three-track approach was proposed, establishing a hierarchy between normal circumstances, challenging circumstances and severe crisis circumstances.¹⁰⁹ This strategy envisages a

¹⁰⁷ *Children in crisis: unaccompanied migrant children in the EU*, at <https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldeucom/34/34.pdf> (accessed 2 February 2018); also EMN Focussed Study 2014, *The Use of Detention and Alternatives to Detention in the Context of Immigration Policies*, at http://emn.ypes.gr/images/docs/EMN_FOCUSED_STUDIES/EMN_STUDIES_2014/12a_greece_emn_national_report_detention_alternatives_en.pdf (accessed 15 February 2018).

¹⁰⁸ *VEGA Handbook: Children at airports*, 2015, at http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Training/VEGA_Children_Handbook.pdf (accessed 10 February 2018).

¹⁰⁹ *Legislative train schedule*, at <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-revision-of-the-dublin-regulation> (accessed 18 February 2018); also *Migration: a Common Challenge*, at <http://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/priorities/20150831TST91035> (accessed 18 February 2018).

different type of measures depending on the gravity of the situation.¹¹⁰ Such a tailored approach would provide more organised and functional response to crises, unpredictable events and resources for hotspots.

5. The CEAS System and the 2016 Commission's Proposals for its Reform - Unaccompanied Children still in Limbo

The CEAS legal framework acknowledged from the beginning that unaccompanied children deserved special attention. But, a simple acknowledgment was not enough to assist them in a meaningful way. Instead, the system simply failed to protect them.¹¹¹ The system consists of pieces of secondary legislation, not always cohesive, thus some inconsistencies are easily predictable. Moreover, the political rivalries and a lack of solidarity among Member States have impeded any concrete steps to make it robust. Instead, the system very frail, driven by the obsession of the border controls, identification and registration where human rights of those concerned or child considerations seem to come after in a rage of priorities.

In a core of the System is Dublin Regulation (Dublin III Recast) which is undoubtedly the most controversial piece of legislation. Italian Prime

¹¹⁰ *CEAS reform: State of play of negotiations on the Dublin IV Regulation*, at <http://www.asylumineurope.org/news/30-11-2017/ceas-reform-state-play-negotiations-dublin-iv-regulation> (accessed 20 February 2018).

¹¹¹ The system comprises the Procedure Directive, Qualification Directive and Reception Conditions Directive, Dublin III Regulation and EURODAC, two more decisions were added in 2015 on the relocation of asylum seekers from Greece and Italy to other Member States, Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece; Council Decision (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece; also https://www.ceps.eu/system/files/pe%20583%20132%20en_All%281%29.pdf (accessed 1 March 2018).

Minister Conte purported to scrap it completely. Such a radical solution would undermine the CEAS ‘enterprise’ and would not achieve a consensus of other Member States but Premier Conte plan is going to be the principal dossier of the summit in Paris in Autumn.¹¹² Doubtfully, the Dublin III would disappear but the message is important, we need more solidarity, we need to compromise and agree on sharing responsibilities. In particular, the Visegrad Group should change the tone and align with the EU values and principles, and leave on the side the xenophobic ideas, its shared chauvinism and intolerance.

In any case the CEAS system is in a phase of its biggest reform and we can only hope that the final product would protect children and respect every child best interests. In 2016, the Commission put forward two packages of proposals for a reform of the CEAS. The proposals intend to amend the Dublin III Regulation, to replace the EASO with the European Union Agency for Asylum, to modify ERODAC and again to revise the (Recast) Reception Conditions Directive, and finally to replace the Procedures and Qualifications Directives with Regulations and to adopt a New Regulation on Resettlement. The shift from the Directives to Regulations is particularly important for standardisation of the procedure and uniformity of practices across the EU. From the very beginning, the system has been very complex and the provisions on unaccompanied minors have been dispersed in the different texts. Essentially, their basic needs were identified but the texts did not provide any guidance how these rights could be secured.

First, the Temporary Protection Directive¹¹³ identified the need for appropriate representation and accommodation (Article 16.1) though

¹¹² V. NUTI, *Migranti, Conte a Macron: istituire hotspot in Africa. Sì a riforma radicale di Dublino*, in *Il sole 24 Ore*, Italia, 15 June 2018.

¹¹³ H. BEIRENS, S. MAAS, S. PETRONELLA, M. VAN DER VELDEN, *Study on the Temporary Protection Directive Executive Summary*, January, 2016, at https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/elibrary/documents/policies/asylum/temporary-protection/docs/executive_summary_evaluation_tpd_en.pdf (accessed 1 March 2018).

without defining what is appropriate representation and accommodation, the missing definition weakened this provision.¹¹⁴ The Directive provided the possibility of accommodating an unaccompanied minor with adult relatives, foster families, in reception centres but also with a person who “looked after the child while fleeing” (Article 16.2). This was an important provision offering to an unaccompanied child some emotional support in case other options were unavailable.¹¹⁵ Unfortunately, the subsequent directives dropped this possibility.¹¹⁶ The Temporary Protection Directive has also some incontestable strengths: it envisaged “a solidarity mechanism upon its activation, i.e. financial solidarity via the AMIF and solidarity in terms of physical reception based on the rule of “double voluntarism.” Regrettably, this double voluntarism, due to the poor engagement on behalf of Member States made this provision ineffective.¹¹⁷ The Reception Conditions Directive lies at the heart of the political and social dilemma regarding unaccompanied children. First adopted in 2003,¹¹⁸ it was amended in 2013 bringing some additional guarantees to children. The directive provided for an appointment of a guardian, but competencies of a guardian, its appropriateness for the child’s needs or when exactly the guardian should be appointed, were not clearly defined and the 2013 (Recast) Directive was still not constringent enough to bring a significant change. The 2016 Commission’s Proposal is unequivocal in this respect; it sets up very tight time limit when the guardian should be appointed. Previously, there were significant delays in the guardian’s appointment depriving children of the necessary advice and support. The

¹¹⁴ E. ZSCHIRNT, *Does migration status trump the best interests*, cit., 45.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ H. BEIRENS, S. MAAS, S. PETRONELLA, M. VAN DER VELDEN, *Study on the Temporary Protection Directive*, cit.

¹¹⁸ Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers, L 31/18 at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:031:0018:0025:En:PDF> (accessed 1 March 2018).

2003 Directive considered already children with traumatic experiences. Article 18.2 of the Directive 2003 provided access to rehabilitation services for minors with traumatic experiences.¹¹⁹ Article 19 was designed only for unaccompanied minors and provided for a regular assessment of the suitability of the guardian. Article 19.4 required an appropriate training from those working with unaccompanied minors.¹²⁰

However, the directive 2003,¹²¹ left considerable discretion to Member States to restrict or withdraw assistance provided, retrograding in reality the scope of the directive. According to Article 16.2 Member States could “refuse reception conditions ‘where an asylum seeker has failed to demonstrate that the asylum claim was made as soon as reasonably practicable after arrival in that Member State’”,¹²² allowing only access to emergency health care. Carrera’s report in 2010 evidenced that majority of unaccompanied children have had access only to emergency health care and access to education was also widely limited.¹²³

Smyth noticed that in light of Article 16.4 “minors and unaccompanied minors were not exempted from having their health care under the directive reduced or withdrawn.” In fact, this Article has done very little to look after the child well-being.¹²⁴ A further point raised in the directive, though weakly defined, was the right to family unity and family tracing, in practice leading to a lengthy process not sustained by cooperation between

¹¹⁹ E. ZSCHIRNT, *Does migration status trump the best interests*, cit., 46.

¹²⁰ Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003, cit.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ S. CARRERA, M. MERLINO, *Assessing EU Policy on Irregular Immigration under the Stockholm Programme*, the Centre for European Policy Studies (CEPS) published a report on an *Action Plan on Unaccompanied Minors (2010-2014)*, COM(2010) 213 final, Brussels, 6 May 2010, at <https://www.ceps.eu/.../Carrera%20%20%26%20Merlino%20on> ... (accessed 15 February 2018).

¹²⁴ C.M. SMYTH, *The common European asylum system*, cit., 230.

the Member States.¹²⁵ The Reception Condition Directive (Recast) enhances a standard making a few important improvements. Unaccompanied minors are automatically classed as vulnerable (Article 19), therefore further identification is not necessary. Article 22(1) imposed an obligation on the Member States of “adequate support for persons with special reception needs throughout the duration of the asylum procedure [as well as] appropriate monitoring of their situation.” There is also a new Article 11 that guarantees access to health for vulnerable people and detention in their case is only permitted if there is no threat to their health conditions.¹²⁶ Furthermore, Member States are obliged to conduct an individual assessment in order to identify “special reception needs of vulnerable persons and to ensure that vulnerable asylum seekers can access medical and psychological support.” And, at last the directive talks about fundamental rights of asylum seekers in detention. Besides, the 2013 Reception Conditions Directive should “apply during all stages and all types of procedures concerning applications for international protection and in all locations and facilities hosting asylum seekers.”¹²⁷ The scope of this provision becomes of a crucial importance in emergency situations. Regrettably It appears that Member States did not strictly observe it in the overcrowded hot spots.¹²⁸

In short, the current Reception Conditions Directive displays the common features shared with other CEAS documents: a considerable degree of discretion left to the Member States regarding “What is an adequate standard of living and how it should be achieved?” Thus, reception conditions continue to vary considerably between Member States as to

¹²⁵ S. RUXTON, *Separated Children*, cit.

¹²⁶ C.M. SMYTH, *The common European asylum system*, cit., 230.

¹²⁷ The implementation of the hotspots in Italy and Greece, at <https://www.ecre.org/wpcontent/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016..pdf> (accessed 17 July 2018).

¹²⁸ *Ibidem*.

methods and forms under which the system is organised that impacts on the standard provided.

The European Agenda on Migration pointed out the need for “a clear, consistent and harmonised system for the reception of asylum seekers that should be operational in times of crisis.”¹²⁹ For the time being the 2016, (EASO) guidance on reception conditions brings some examples of possible common standards and indicators.

“The guidance describes specific common standards which are applicable to national reception systems across all EU Member States and the indicators with which such standards should be measured against. The standards included in the document reflect already existing practice in EU Member States.” The New 2016 Proposal for the Recast Reception Conditions Directive aims at harmonisation of standards and more equal treatment for asylum seekers, that would dissuade them from asylum shopping.¹³⁰ The new proposal should provide some solutions to the overcrowded temporary centres. Article 17a stipulates that an asylum seeker has no right to receive material assistance if he/she lodged the claim in another Member State, the solution judged by the European Social and Economic Committee too drastic and the final text of the directive should allow some exceptions to this provision.¹³¹ Similarly, other provisions “excluding, reducing and withdrawing” the entitlements have been condemned by the Committee and heavily criticised by the NGOs.

The 2016 proposed reform of reception conditions directive retains the possibility of detention of children as a last resort heavily criticised by the EU Parliament considering that “detention or any confinement of children, whether unaccompanied or with families, should be prohibited.” Also,

¹²⁹ *European Agenda on Migration*, COM(2015) 240 final.

¹³⁰ A. RADJENOWIC, European Parliamentary Research Service, 10 July 2017, at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593520/EPRS_BRI\(2016\)593520_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593520/EPRS_BRI(2016)593520_EN.pdf) (accessed 15 February 2018).

¹³¹ *Ibidem*.

COREPER advocated for a higher protection for unaccompanied children in relation to the right to education or a right to a legal representative concluding that the contingency plan imposed on Member States in case of massive number of arrivals could also benefit children.¹³²

The Qualification Directive, first adopted in 2004, laid down minimum standards for third country nationals to qualify for international protection. A few Articles are worth mentioning which in practice, in assessing a child's application, are more substantial. Member States are required to take an individual position whereas gender and ages are at stake. Article 6c recognised a Non State actors as actors of persecution and art 9.2.f r distinguished acts gender specific and child specific nature (child conscription, infanticide or child sale).¹³³

The Directive is, then, considerably wider in scope than the Geneva Convention 1951, enlarging the grounds on which the protection could be granted.¹³⁴ Hence, unaccompanied minors, even if their refugee status has been refused, might be granted a subsidiary protection until they reach the age of maturity.¹³⁵ The (Recast) Directive 2011 addressed a few issues in favour of unaccompanied children. The Recast Directive equalises beneficiaries of subsidiary protection with refugees regarding right to family unity (Art 23), issuance of travelling documents, access to healthcare and integration facilities.¹³⁶ In contrast, Article 23 is weak allowing Member States to determine who are the members of the family who would benefit, from subsidiary protection and who would be

¹³² *Legislative Train Schedule, Towards a New Policy on Migration*, at <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-reform-of-the-reception-conditions-directive> (accessed 15 February 2018).

¹³³ E. ZSCHIRNT, *Does migration status trump the best interests*, cit., 45.

¹³⁴ *Ibidem*, 48.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ C.M. SMYTH, *The common European asylum system*, cit., 63.

excluded.¹³⁷ Although the definition has been extended to the parents of a minor, it is limited to the existing family or family present in the host State in time when the application was made.

The Directive grants a differentiated treatment of vulnerable groups such as minors and victims of torture (Article 20.3). Article 31. 3 makes it clear that children's accommodation should be appropriate for their age and that the children's view should be taken into account.¹³⁸ Appropriate training should be provided for those who deal with children but still there is no precision what such a training should entail. The 2016 Proposal for Qualification Regulation is worrying and particularly detrimental to children in education. The proposal introduces compulsory status reviews for those who benefit from international protection.¹³⁹ These reviews are mandatory in case of the renewal of a residence permit and when there is an indication of "a significant change in the country of origin." In addition, those resettled under the proposed Resettlement Scheme would also be subject to status reviews. There is no explanation what constitutes a "significant change in the country of origin", opening in practice the door to arbitrary decisions.¹⁴⁰

¹³⁷ V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System*, cit., 245, Chapter 9, C. BAULOZ, G. RUIZ, *Refugee status and Subsidiary Protection, Towards a uniform content of International protection?*, 2016, 11.

¹³⁸ C.M. SMYTH, *The common European asylum system*, cit., 63 and 238.

¹³⁹ Articles 14-15, 26 (refugees) and 20-21 and 26 (subsidiary protection) proposed Qualification Regulation (Refugees).

¹⁴⁰ *The CEAS Reform Package: The death of Asylum by a Thousand Cuts* (Working Papers, 6), Jesuit Refugee Service Europe, Brussels, 2017, 18, at <https://jrseurope.org/assets/Regions/EUR/media/files/JRS-EuropeCEASreformWorkingPaper6.pdf> (accessed 17 July 2017).

The Procedures Directive¹⁴¹ regulates the process of claiming asylum, including how to apply, how the application “will be examined, what help the asylum seeker will be given, how to appeal and whether the appeal will allow the person to stay on the territory.” The guardianship and legal aid assistance are crucial in case of unaccompanied minors. They need to receive appropriate support, information and be assisted without a delay. The Recast Procedures Directive¹⁴² takes more holistic stance, “In assessing the best interest of the child, Member States should in particular take due account of the minor’s well-being and social development, including his or her background (recital 33).”

The first Procedure Directive 2005 was particularly harsh towards unaccompanied children. Article 17(2) allowed an option for a Member State to refrain from appointing a legal guardian for an unaccompanied minor, making this provision conditional.¹⁴³ Derogations in form of even lower standard were allowed for married minors or close to the age of maturity (Article 17.2).¹⁴⁴ Overall, the vagueness of the article indicated a multiple standard detrimental to many children.¹⁴⁵ The (Recast) Asylum Procedures Directive 2013¹⁴⁶ is more progressive and clearer. The Directive provides specific arrangements at the borders, processing applications within 6 months, better training for the decision makers and more help in the early stage of completing the application: an “unaccompanied minor should be assisted by a qualified representative

¹⁴¹ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), L 180/60, in *Official Journal of the European Union*, 29.6.2013.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ E. ZSCHIRNT, *Does migration status trump the best interests*, cit., 45.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast) (applicable from 21 July 2015).

while preparing his/her application” (Article 25). There are some additional guaranties for children who suffered abuse, during the interview proceedings, medical examination and age assessment (Article 25.5) although still no enough precision on the appointment of guardian. The new Proposal for Regulation replacing Procedures Directive is clearly a better choice of instrument imposing a uniform application of the law across the EU.¹⁴⁷

The proposal underlines importance to determine the needs of unaccompanied minors in the early stage in order to provide them with adequate support and guidance throughout all stages of the procedure (Article 20(1)). Children are entitled to a personal interview unless it is manifestly not in the child’s best interests (Article 21(1) and (2)). Finally, there is a long awaited provision imposing a time limit to appoint a guardian: Member States must appoint a guardian “as soon as possible and not later than five working days from the moment when an unaccompanied minor makes an application (Article 22(1)).”¹⁴⁸ The proposal is seeking “to standardise guardianship practices to make sure that guardianship becomes prompt and effective across the EU.”¹⁴⁹

The guardianship provisions have been further reinforced: a “guardian should not be made responsible for a disproportionate number of minors (22(4))”;¹⁵⁰ although, the understanding of what is ‘disproportionate’ might vary between different Member States. Moreover, an appropriate system will be put in place to monitor the performance of each guardian

¹⁴⁷ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU*, COM(2016) 467 final 2016/0224 (COD); E. GUILD, V. MORENO LAX, *Current Challenges regarding the International Refugee Law with Focus on EU Policies and EU Cooperation with UNHCR*, in *CEPS Paper*, 59/2013, 18. V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System*, cit., 550 at 4.

¹⁴⁸ *Ibidem*, 14.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

(22(4)).”¹⁵¹ The proposal brings an important detail on the right to family reunification by enlarging the scope of the current provision to include siblings as well as families formed in transit countries.¹⁵² In addition, the difficulties to offer appropriate assistance to children in overloaded centres, could be overcome through proper management and organisation of the crisis situations. For example, the Estonian Presidency proposed a Three-Track system distinguishing between preventive measures, measures reacting to particular pressure, and measures tackling the crisis consequences.¹⁵³ A Three-Track approach suggests additional financial support and staffing in crisis situations.

The proposed Dublin IV Regulation fuels the current debate. For unaccompanied minors, there are clear provisions on guardianship and transfers setting very tight time limit.¹⁵⁴ The transfers “must always be preceded by individual guarantees from the receiving Member State, confirming that it will fulfil its specific obligations – including the appointment of a guardian before the transfer takes place.”¹⁵⁵ Article 10(4) of the proposal is under attack for disregarding the decision of the CJEU in *MA and others v Secretary of State* regarding the ‘first lodged rule’ in relation to unaccompanied children.¹⁵⁶ The Court held in this case that the

¹⁵¹ *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*, Brussels, 4.5.2016, COM(2016) 270 final 2016/0133 (COD) EN (accessed 1 March 2018).

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *CEAS reform: State of play of negotiations on the Dublin IV Regulation*, cit.

¹⁵⁴ E. GUALCO, *Unaccompanied minors seeking for protection in the European Union: will a fair and adequate asylum system ever see the light?*, in G.C. BRUNO, F.M. PALOMBINO, D. AMOROSO (eds.), *Migration and development: some reflections on current legal questions*, National Research Council of Italy, 2016, 175-195.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, Case C-648/11, *MA, BT and DA v. Secretary of State of the Home Department*, 6 June 2013.

wording of Article 6(2) of Dublin III Regulation, refers to the state “where the minor has lodged his or her application for asylum”, cannot be construed as meaning “the first Member State where the minor has lodged his or her application for asylum.” The Court concluded that “according to Article 24(2) of the Charter of Fundamental Rights, the best interest of the child needs to be taken into consideration in all actions relating to children. Article 6(2) shall not disregard this fundamental right.” Thus, the CJEU obviates here the ‘first lodged rule’ and decides that “the Member State in which that minor is present after having lodged an asylum application there is to be designated the ‘Member State responsible.’”¹⁵⁷ The 2016 Commission Proposal “reverses the presumption that the Court of Justice has given and with that it places a disproportionate burden on the child to show that a transfer is not in his best interests.”¹⁵⁸ Furthermore insisting on transfer could be interpreted as against the CJEU decision as Van Zelm suggests: “the transfer prolongs the minor’s asylum process, which was explicitly held to be contrary to the best interests of the child in the *MA* case.”¹⁵⁹ Other amendments in the text are more encouraging. The Proposal for Dublin IV Regulation brings a broad definition of family members including siblings and other family relationship formed before arriving to the EU. Nonetheless, the proposal does not address the family relationship¹⁶⁰ such as parents and adult children or family relationship formed outside of country of origin.¹⁶¹ The extended definition of family is not even considered if an asylum seeker

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ L. VAN ZELM, *Dublin IV: Violating Unaccompanied Minor’s Best Interests in the Allocation of Responsibility*, Blog, 22 May 2018, at <http://leidenlawblog.nl/articles/dublin-iv-violating-unaccompanied-minors-best-interests> (accessed 13 July 2018).

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ ECtHR Case *Hode & Abdi v. UK*, Application Nr 22341/09, 2012, at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-114244"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

¹⁶¹ *Ibidem*, <https://jrseurope.org/assets/Regions/EUR/media/files/JRS-EuropeCEASreformWorkingPaper6.pdf>

does not fulfil the compulsory admissions criteria of Article 3(3) of the proposed Dublin Regulation IV. Therefore, its merit is limited, after all. The CEAS also includes the EURODAC Regulation enacted in 2003, (Recast) in 2013, and currently under scrutiny in the Commission's 2016 package.¹⁶² The 2013 (Recast) provided for the comparison of fingerprints, handy for the Europol' work. The fingerprinting was often a traumatising experience for unaccompanied minors. Member States used different techniques in conformity with the EURODAC Regulation more or less invasive.¹⁶³ Some countries used x-ray of the wrist and hand bones, other even more intrusive methods including physical examinations. The current proposal goes against all child defenders recommendations. The most controversial addition of the 2016 proposal is a facial image with the prospect of introducing at the later stage facial recognition software.¹⁶⁴ The measure appears to be exaggerated and disproportionate. Is it really necessary and justified to "keep the fingerprints for a period of five years of those people who do not apply for international protection and the processing of biometric data from children starting from the age of 6."¹⁶⁵ "Minors, suspects to be victims of torture, sexual abuse and gender-based violence, or victims of other serious crimes, [...] and traumatized [children], should not be constrained to undergo the procedure of

¹⁶² Brussels, 4.5.2016 COM(2016) 272 final 2016/0132 (COD), a *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council (EURODAC)*.

¹⁶³ European Agenda for Migration 2015 two packages. (2016 repealing Directive 2013/32/EU (COM(2016) 0467COM(2016) 0467, at http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.2.2.html (accessed 3 February 2018).

¹⁶⁴ Proposal at https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/2016_0504/eurodac_proposal_en.pdf

¹⁶⁵ I.M. ZLĂTESCU, *Aspects of the protection of migrant children's rights in the EU Law*, in *Law Review*, 6/2016, special issue (December), 117-123; see I.M. ZLĂTESCU, *Human Rights A Dynamic and Evolving Process*, Pro Universitaria, 2015, at <http://fiatiustitia.ro/ojs/index.php/fi/article/view/208> (accessed 11 February 2018).

fingerprinting.”¹⁶⁶ Moreover, such a procedure contravenes Article 7 and Article 8 of the CFR (respect for private life and right to data protection), that could only be justifiable if such an action is necessary and proportionate.¹⁶⁷ Clearly, apart from the administrative convenience, the harm to children is much greater than any gain for Information System.

Thomas believes that “the social and moral significance of fingerprinting children has been overlooked, children are being inducted into the world of the ‘surveillance society’ without really knowing what it means.”¹⁶⁸

The age assessment under the EUODAC was severely criticised by the NGOs and Human Rights organisations: children were subjected to invasive examination despite the fact that the procedure was often unnecessary and frequently unreliable; children were often wrongly identified as adults and deprived of the basic rights that should be available to children. The case *Darboe and Camara v. Italy*, concerned two unaccompanied minors in the reception centre of Cona¹⁶⁹ whose rights and the position of vulnerability as children were severely compromised.¹⁷⁰

¹⁶⁶ I.M. ZLĂTESCU, at <http://www.internationallawreview.eu/fisiere/pdf/12.pdf> (accessed 20 February 2018).

¹⁶⁷ M. KAYA, ‘Who breaks a butterfly on a wheel?': fingerprinting migrant children under the Eurodac Regulation, Blog, 8 May 2018, at <http://leidenlawblog.nl/articles/who-breaks-a-butterfly-on-a-wheel> (accessed 13 July 2018).

¹⁶⁸ T. THOMAS, *Children and Fingerprinting: Sleepwalking into a Surveillance society*, in *ChildRight, a Journal of Law and Policy affecting Children and Young People*, 2008/245, 22.

¹⁶⁹ ECtHR Application no. 579717, at <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-communicated-case-darboe-and-camara-v-italy-no-579717-communicated-14-february-2017>

¹⁷⁰ Legge 7 aprile 2017, n. 47, *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati* (17G00062), in *GU Serie Generale*, 93, 21-04-2017, also E. ROZZI, *The new Italian law on unaccompanied minors: a model for the EU?*, 13 November 2017, at <http://eumigrationlawblog.eu/the-new-italian-law-on-unaccompanied-minors-a-model-for-the-eu/> (accessed 1 March 2018); <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/darboe-and-camara-v-italy-appno579717-third-party-intervention-aire-centre-dutch-council>

The Italian Law (so-called *the Zampa Law*) introduced in 2017 could be quoted here, as offering much higher standard of protection for children; better guarantees and an exemplary procedure.¹⁷¹

The 2016 Proposals to reform the CEAS raised many objections in relation to children. The JRS Europe warned about the retrograding effects of the compulsory status reviews and their impact on families.¹⁷² JRS Europe advocates that the compulsory status reviews introduce “the instability, uncertainty and anxiety” running a high risk of undermining the ability of “children to make plans for their future, to make choices about whether to further their education or enter the workforce, to set long-term goals for themselves, and be motivated to continue their education and language instruction.”¹⁷³ JRS Europe observes that without a permanent and secured residence, children will be hampered in achieving the best in their education and future lives.¹⁷⁴ In addition, unaccompanied children who changed the country of their first entry are denied reception conditions, consequently also access to education and healthcare, the measure is supposed to deter secondary movements but instead,¹⁷⁵ it removes the previous entitlements with the exception of emergency health care.¹⁷⁶ Furthermore, collecting facial images and fingerprinting from six years of age seem to be unnecessary steps and invasive for children¹⁷⁷ “as the collection of such data is not *per se* efficient, proportionate or useful for

¹⁷¹ *Ibidem.*

¹⁷² *The CEAS reform package: the death of asylum by a thousand cuts?*, at <https://jrseurope.org/assets/Regions/EUR/media/files/JRS-Europe-CEASreformWorkingPaper6.pdf> (accessed 1 March 2018).

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ *Ibidem.*

¹⁷⁵ *Ibidem.*

¹⁷⁶ Case C-179/11 *Cimade & Gisti*, Judgment, 27 September 2012.

¹⁷⁷ Explanatory Memorandum, proposed Eurodac Regulation, p. 4. Brussels, 4.5.2016, COM(2016) 272 final 2016/0132 (COD), *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council.*

the better functioning of the system.”¹⁷⁸ Thus, the 2016 proposals do not seem to bring any significant improvements in handling unaccompanied minors coming to the EU.

6. The European Council Conclusions in June 2018 and the Italian 10-Point Plan

The European Summit, much awaited after the Aquarius crisis that caused a *bras de fer* between France and Italy, did not bring radical solutions to immigration deadlock rather maintained a *status quo*. Spanish PM Sánchez, qualified the talks as “frank and open”, although they had not resulted in any concrete consequences or conclusions.”¹⁷⁹ In short, the June European Council confirmed the governments’ attitudes and the general atmosphere that overshadows this crisis. The focus is on “putting deterrence and the protection of border control on forefront of the immigration *dossier*.”¹⁸⁰ It is all about building a ‘Fortress Europe’, which manifestly marks a retrograding step in the process of European Integration, it deviates its scope and values. It is clear however, that, Member States directly exposed to the problem such as Italy, Greece or Malta did not get sufficient support and understanding from other European colleagues and the ‘European Solutions’ are yet to come. Nonetheless, to shut the doors and to close eyes on humanitarian disasters, on people in distress, “building a wall even on the high seas” in the words of Joseph Muscat, Malta Prime Minister, is an unacceptable response from the European leaders and a very short sighted one. Italian

¹⁷⁸ ECRE, *ECRE Comments on Dublin IV*, 2016, 27, at <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/10/ECRE-Comments-Dublin-IV.pdf> (accessed 20 February 2018).

¹⁷⁹ J. RANKIN, *Migration is Threat to EU Travel Area, says Italian Prime Minister*, in *The Guardian*, 24 June 2018.

¹⁸⁰ P. FOSTER, J. CRISP, *The EU has embraced a harder line on its borders*, in *Ottawa Citizen*, 29 June 2018.

interior Minister Salvini rejoices his heavy handed resolution to ‘*refouler*’ the Aquarius vessel with on board more than 100 children. There is no consideration for their position of vulnerability, their health, well-being, the trauma they are going through and unacceptable conditions on board. In the time of writing, Minister Salvini stubbornly insists “that he is closing Italy’s ports to the ships of Catalan NGO Proactiva Opne Arms which are at the moment in the search-and-rescue area in front of Libya.”¹⁸¹ At any cost, he wants to send those on board elsewhere. His recent *propos* that Libya was a safe port, was strongly contested by Federica Mogherini.¹⁸² Antonio Tajani, President of the EU Parliament rightly noticed “The government lacks an overall strategy, it is dealing with the issue only from the standpoint of security. [...] It is not by sending 250 migrants to partners that problems are solved.”¹⁸³

Besides, Europe is more divided than ever, the Eastern European block stands strong behind Hungarian leader Viktor Orbán and his anti-immigration propaganda, Merkel and Macron call for the ‘European Solution’, the inclusive approach, but there is no sign of a truly European solution. Clearly, the governments have different perception what the “inclusive approach” could entail. In addition, the right wing politicians took the lead across Europe blocking any pro-immigrants’ initiative. German Interior Minister, Horst Seehofer was particularly proud that he just managed to deport 69 Afghans from Germany, backed by Austrian Leader Sebastian Kurz or Italian Mateo Salvini.¹⁸⁴

¹⁸¹ *Migrants: Salvini says ports closed to NGO Open Arms’ ships*, 17 July 2018, at http://www.ansamed.info/ansamed/en/news/nations/italy/2018/07/17/migrants-salvini-says-ports-closed-to-ngo-open-arms-ships_780ac7fa-4441-4dcf-b1de-b1d2f110bado.html (accessed 20 July 2018).

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ M. WELANDER, *Migration, Human Rights and Fortress Europe: How Far Will European Leaders Go to Protect the EU’s Borders?*, 2018, at <https://www.law.ox.ac.uk/>

In such a climate, there is no prospect for any better handling of unaccompanied minors' issues. The CEAS system and its functioning is under scrutiny and some practices, concessions and advantages given to unaccompanied minors are clearly undermined by the right wing politicians and the barriers they build.

Welander has described the EU Immigration *dossier*: the talks, negotiations – agreements where in fact a very little has been agreed, in the end – as “a multi-layered web of both disparate and overlapping negotiations, numerous speculations, and the promotion of political agendas at national and regional levels.”¹⁸⁵ The European Council conclusions, in June 2018 are only confirming it. Rightly so, she notices that, “the prospects of a rights-based approach, which safeguards human security is looking bleaker than ever.”

The agreement, that PM Conte has so enthusiastically welcome, consists of creating ‘disembarkation platforms’ outside Europe, a budget (the 500 million euro to the Trust Fund for Africa (and another 3 billion euros to Turkey for the management of refugees)), to fight illegal immigration and strengthening European support for the Libyan Coast Guard.¹⁸⁶

The European Council conclusions reaffirm the commitment to “fully implement the EU-Turkey Statement to, prevent new crossings”, in times when we are confronted with evidence of human rights violations and ill treatment of immigrants in Turkey and a danger of collective expulsion and ‘blanket returns’ from Greece. Further, the conclusions stipulate the creation of ‘disembarkation platforms’ possibly in Africa without any indication where, under which conditions and how these ‘disembarkation

research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2018/07/migration-human (accessed 20 July 2018).

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ A. MAGNANI, *Come è finito davvero il vertice Ue di Bruxelles sui migranti (e non solo)*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 June 2019, at <http://www.ilsole24ore.com/art/mondo/2018-06-29/come-e-finito-davvero-vertice-ue-bruxelles-migranti-e-non-solo-165404.shtml?uuiid=AENouDEF> (accessed 10 July 2018).

platforms' there would be protected.¹⁸⁷ In addition, the agreement envisages the creation of the 'controlled centres' in those Member States which are willing to accommodate them. The 'controlled centres' 'on a voluntary basis' will have a similar function like hot spots: mainly concerned with registration, identification and a swift return. There is also a vague commitment regarding secondary movements. The point 11 of the European Council conclusions reads "Member States should take all necessary internal legislative and administrative measures to counter such movements and to closely cooperate amongst each other to that end."¹⁸⁸ Finally, there is an acknowledgment related to the CEAS reform, in particular the necessity to review and amend the Dublin IV Regulation Proposal and the Procedure Regulation.¹⁸⁹

Prior to the Summit, the Italian newly appointed Prime Minister Conte prepared 10-point plan. The plan underlines the importance of shared responsibility and solidarity – a greater burden-sharing: "Anyone who lands in Italy arrives in Europe." It envisages the creation of "protection centres" in the various EU countries and in transit countries in Africa to alleviate the overcrowding Italian reception structures.¹⁹⁰ Other points considered fighting trafficking in human beings, and some statements on secondary movements.

Prime Minister Conte also called for "financial sanctions" for EU Member States – such as Hungary, Poland and other central European countries – that do not accept shares of refugees. The proposal envisaged joint responsibility between Member States on shipwrecks at sea, the quota for

¹⁸⁷ M. WELANDER, *op. cit.*

¹⁸⁸ The European Council Conclusions, 29 June 2018, at <http://sep.luiss.it/news/2018/07/02/european-council-conclusions-28-june-2018> (accessed 22 July 2018).

¹⁸⁹ *Ibidem.*

¹⁹⁰ *Migranti, i 10 punti della proposta Conte. Da "chi sbarca in Italia, sbarca in Ue" ai "centri di protezione"*, in *LaPresse*, 24 June, 2018, at <http://www.lapresse.it/migranti-i-10-punti-della-proposta-conte.html> (accessed 17 July 2018).

economic migrants. Most of these points, have been addressed in the Council Conclusions, apart from scrapping the Dublin Regulation and the first country rule. The Dublin Principle remains untouched, it has always been a bastion of the CEAS system, the founding pillar in its construction. Regrettably, the conclusions deal mainly with the short term solutions; human rights and well-planned integration measures that would benefit unaccompanied minors, were not given due consideration.

7. Concluding Remarks

There are many findings that we can draw from this research, some of which are long term objectives, other are recommendations that need to be put in place with the shortest possible delay if we want to protect unaccompanied minors.

From the start, the EU Law, primarily not designed to protect children, offered only a fragmented and incomplete legal framework unable to provide responses to challenging situations. Similarly, the Courts, the CJEU and the ECtHR did not step in to fill the gaps on the content of the best interests of a child or to interpret child-rights approach in a more authoritative way. We can even question the compatibility of the decisions regarding minors with obligations arising from the UNCRC. In addition, the rights-based approach appeared to be a difficult concept allowing for a range of different interpretations. The Commission's holistic approach besides its ambitious rhetoric, has not been robust enough to extend it over the politically sensitive area of the CEAS system. Nonetheless, some progress has been made and the Courts are more assertive nowadays in their interpretation of the child's best interests. This is particularly visible in the most recent decisions. Clearly, more emphasis is needed on the how to strengthen the implementation of the Commission's holistic strategy towards all children who are currently in the EU.

Unsurprisingly, the CEAS system, arising within the EU context, was tainted by the same shortcomings accentuated by a wide discretion left to the Member States in the application of the Law. Apart from a few express provisions addressing children's issues, the system was lacking child visibility and unable to protect unaccompanied minors. It is clear that the incremental reforms would not provide a miracle solution. However, the system overall is slowly improving and the Commission's 2016 packages enhance the level of protection clarifying some points while lowering the standard of others. The role of European Parliament as a co-legislator in the CEAS legislation might become crucial in renegotiating regressive provisions. However, the biggest weakness in the design of the CEAS system was the discretion left to Member States that the latter used favouring protectionism and national interests without making the best interests of unaccompanied children paramount.¹⁹¹ Many scholars have drawn attention to the importance of the solidarity principle, in particular in the CEAS where the Member States are the relevant actors.¹⁹² Bonino pointed out that the Member States did not want to give full competence to the EU in the area of immigration.¹⁹³ Thus, they bear responsibility for the malfunctioning of the system since they have impeded its further development by hanging on too much to national interests. It is time for a stronger cooperation between Member States; it is in their hands today to make the system work. Many lacunae have been closed in the Commission's 2016 packages; others might disappear with time throughout consistent good practice. What is really needed is good will on behalf of Member States, to work closely together. Solidarity, mutual trust and determination in achieving a common goal should prevail over

¹⁹¹ B. NASCIMBENE, "Refugees, the European Union and the 'Dublin System'. The Reasons for a Crisis", in *European Papers*, 1/2016, 101.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ E. BONINO, at <https://www.youtube.com/watch?v=7mkyDe5sptU> (accessed 1 March 2018).

national interests and protectionism.¹⁹⁴ This cooperation is particularly important in the case of unaccompanied children where the exchange of good practice, exchange of information, collection of data, exchange of findings and communication between guardians and legal representatives, could make the system more effective and avoid causing additional trauma to children.

Solidarity should become a guiding rule; a principle that involves sharing responsibility effectively in the entire process, sharing the burden of the new arrivals, relocations, hotspots and the transit zones as well as in ‘a follow up’ of these children once they have been relocated.

Secondly, as a long-term objective, it is vital to provide a context for successful integration of unaccompanied minors. In sum, there is no a viable programme on how to provide durable solutions, a healthy environment in which children can grow and develop. Hence, policy documents and legislative initiatives should prioritise a holistic approach and ensure proper monitoring and supervision, frequent assessment of children’s needs and their adaptability to the new living conditions. Schooling, accommodation and access to health services should be monitored in the long term in order to promote smooth integration. So far, the EU framework and the proposals are concentrating on regulating entry to the EU territory: on the asylum procedures, reception conditions, relocation mechanisms and emergency centres and on hotspots and transit zones that offer some solutions in the short term.

Thirdly, replacing the CEAS qualification directive and procedure directive with the two new Regulations is of particular importance to standardise the system given the discrepancies and inconsistencies depending on the country of entry in the current procedures to which unaccompanied minors are subjected.

¹⁹⁴ V. MITSILEGAS, *Solidarity and Trust in the Common European Asylum System*, in *Comparative Migration Studies*, 2 (2)/2014, 181-202.

Fourthly, some problematic Articles were hardly considered in the 2016 proposals, whilst some others remained *status quo*. The current proposals do not promote enough family unity or set up vehicles for family reunification and the procedural hurdles persist. Transfer procedures would need to ensure child visibility and again the Member States' cooperation is desperately needed in this process. The reception conditions in hotspots and transit zones are often not appropriate for children – the centres are overcrowded with only basic facilities, there is no quality of care and alternative measures are rarely considered. Member States need to make further efforts in this respect instead of prioritising administrative convenience. Identification and registration of minors continue to be a problem. Regrettably, the Commission's proposal does not incorporate the encouraging amendments regarding the age assessment procedures, imposing facial screening from the 6 years of age instead, and still leaving the methods to the Member States discretion. Hence, the invasive and traumatising practices will continue for children. At this point the new Italian Law 7/2017 regarding protection of unaccompanied minors provides some exemplary provisions on how to carry out the age assessment procedures in the least invasive manner. In addition, unaccompanied children might be adversely affected by the new time limits imposed under the proposed Dublin IV Regulation.¹⁹⁵ The short time (4 months including the appeal) might have a negative effect on the appointment of a guardian, the conduct of a best interests assessment, and the initiation of family tracing procedures.¹⁹⁶

Incontestably, the Commission's packages have some clear merits, strengthening the protection of unaccompanied minors in several places.

¹⁹⁵ ECRE, *ECRE Comments on Dublin IV*, 2016, at <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/10/ECRE-Comments-Dublin-IV.pdf> (accessed 20 February 2018).

¹⁹⁶ Article 8(4), proposed Dublin IV Regulation. Article 8(5), proposed Dublin IV Regulation. Article 14, recast Reception Conditions Directive. Article 5(3), proposed Dublin IV Regulation.

The Proposal for a Recast Reception Conditions Directive¹⁹⁷ is a big step forward in relation to children's access to information about their situation. Article 5 of the proposal envisages a standard template written in language appropriate for a child that is uniform across the EU. Similarly, a standard form could have been envisaged to raise awareness of risks of exploitation and trafficking. Further, the Proposal for Asylum Procedure Regulation in its Article 14 gives a child the right to a personal interview unless it is not in his/her best interests. The most important novelty in the proposal concerns the strict rules on the appointment of guardians. Article 36 of the proposed (Qualification Regulation) imposes on Member States a five day time limit to appoint a legal representative and a guardian.¹⁹⁸ Undoubtedly, this is a long awaited provision that would benefit children and accelerate the process.

All in all, the EU Law is porous in protecting children's best interests and it is even more porous within the CEAS system. The discretion left to the Member States in application of the CEAS legislation affected coherence of the system. The protection offered to unaccompanied minors developed unevenly and standards vary across Europe.

Chetail compares the system [CEAS] to a puzzle where you have to assemble the pieces in a coherent manner but some of the pieces are missing. He underlines that the success of the revamped CEAS depends very much on the seriousness of implementation by the Member States. Secondly, the CJEU's decisions are fundamental to shaping the road ahead and putting the puzzle together by giving meaning to different instruments

¹⁹⁷ *Proposal for a Directive of European Parliament and of the Council laying down standards for the reception of applicants for International Protection (recast)*, 13 July 2016, COM(2016) 465 final.

¹⁹⁸ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection*, 13 July 2016, COM(2016) 466 final.

and connecting them together.¹⁹⁹ The CJEU could also attribute more content to a child rights-based approach. Chetail argues that there is a need to develop EU Protected Entry Procedures and Humanitarian Visas and for this solidarity between Member States is needed.²⁰⁰ The lack of complete engagement on behalf of the Member States led to the failure of Relocation Procedures launched in the 2009 Joint Resettlement Programme, where 10 Member States were involved on a purely voluntary basis and only 700 places were offered.²⁰¹ Some other considerations refer to the procedures for family tracing which needs to be smoother and faster. Again, collaboration between Member States is fundamental here, as available funding. Nonetheless, the recent escalation of the problem, the new arrivals and vessels standing on Mediterranean Sea with children on board, desperately awaiting for a permission to disembark, only confirm the EU inertia to tackle the immigration issue and to provide concrete, planned and long-term solutions. In fact, reaching a consensus has become increasingly difficult in the current anti-immigration climate, fuelled by European Radical Right Wing that increasingly dominates the debate at the European forum. However, there is some compromise, the ‘controlled centres’ on a voluntary basis, the ‘disembarkation platforms’ if they are organised with a respect for human rights and a greater financial support; we need to wait and see if these objectives could bring some desirable results. Nevertheless, the European Council conclusions and the national proposals are predominantly centred on the border controls and such a strategy is necessarily at the expense of human rights. Children will continue to be exposed to the long procedures: identification, fingerprinting, placed in the centres and to some extent deprived of their childhood. Shutting the borders is only a temporary solution that will not

¹⁹⁹ V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MALANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System*, cit., 550 at 4.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ *Ibidem*.

n. 1/2018

solve the problem of immigration. Instead, more emphasis could be placed on the long term integration measures offering to unaccompanied children a prospect of stability and success in their future lives. Finally, children should never become hostages, as it has recently happened, of a political deadlock and their well-being should be a primary consideration regardless if they are documented, or not. Their vulnerability should be taken into account in all handlings and procedures involving them.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

LEONARDO MELLACE (ed.)

**Europe in Hard Times. A Conversation with
Dieter Grimm and Michael Wilkinson**

LEONARDO MELLACE (ed.)*

**Europe in Hard Times. A Conversation with Dieter Grimm
and Michael Wilkinson**

The past few years have been a lot more challenging for the European Union because of the obstacles it had to face, which created quite a few worries. The British Referendum, which decided the exit of Great Britain from the European Union, and the incessant landings of refugees along the coasts of the Mediterranean Sea, along with the lasting economic crisis, seem to have given vent to a debate, polarizing the attention of many scholars about the future of the Union.

The economic crisis seems to have weakened the effectiveness of European democracies, enough to look at new reflections about the rights of the citizens, especially of the poor and economically marginalized ones. However, the economic side is not the only one the scholars are concerned about; also, the geopolitical aspect implies different problems and questions that are not merely conceptual. The Brexit vote in the UK seems to have strengthened a tendency towards the disintegration of the European Union. Furthermore, the economic rescue of those countries risking default included new regulations and management techniques that limited the political and economic discretionary power of the single states. The logic of solidarity expressed in the national Constitutions seems to have been sacrificed in favour of the free market, the preservation and the expansion of what had turned into the main priority of supranational lawmaking. In such a context, the dissatisfaction and the fears of the forgotten and the excluded are growing deeper.

* PhD Student at *Magna Graecia* University of Catanzaro.

That being said – and here I combine several questions which have been raised – some aspect must be analysed further, and this is what I am about to do with the help of two distinguished professors, Dieter Grimm and Michael Wilkinson.

DIETER GRIMM**

1. It is appropriate to raise a preliminary question. If we ask what kind of legal system the United Nations is, nobody would hesitate to answer that it is an International Organization, as well no one would doubt that France is a State. However, uncertainties arise when the same question is referred to the European Union. Why is it so difficult to define it?

The EU is a unique and unprecedented institution. It differs from other international organizations in that it has a much denser organization, including all branches of government, and a much higher number of public powers. In addition, these powers are exercised permanently, not only on special occasions, and the legal acts of the EU are directly binding in the member states and supersede national law. The EU differs from a state in that it is not sovereign. Sovereignty means self-determination of a political entity with regard to its existence, its purpose, its legal foundation. The EU is not self-determined but hetero-determined. It owes its existence to an agreement by the member states, which can be revoked, and the member states determine its legal foundation by way of concluding a treaty under international law.

2. It seems that the monetary and fiscal system developed in Maastricht has been unprepared to face the economic crisis.

** Professor of Law at Humboldt University of Berlin and a Permanent Fellow, Former Director of the Wissenschaftskolleg zu Berlin Institute for Advanced Study and Former Justice of the Federal Constitutional Court of Germany.

It was assumed that each state would fulfil its own economic commitments, with no possibility, for the other States and the Union, to take on the debts of a state in crisis. How much has the existence of the Euro, a single currency without a state, influenced the growth of the national public debt?

When the Monetary Union was founded in 1992, it was a common understanding among economists that a monetary union of states of very different economic strength could function only if either economic policy was communalized as well or the strong states were willing to pay for the debts of the weaker states. Politicians ignored this warning. The financial crisis showed that the economic experts were right. The Monetary Union deprives the states of a number of fiscal instruments such as revaluation or devaluation of the currency. This contributed to the crisis.

3. Regarding the introduction of the Fiscal Compact, the crystallization of the *golden rule* of balanced budget, in the individual national systems, has evidently given preference to a specific economic theory: a neoliberal approach, which seems to have relegated politics to a second place in favour of technical or technocratic solutions, forbidding the implementation of interventionist policies by the states. How could one then reconcile the current institutional European framework with the democratic social state?

In my view, it is extremely difficult. The main problem is what I call the over-constitutionalisation of the EU, which, in turn, is a consequence of the two ground-breaking judgments of the ECJ of 1963 and 1964. The over-constitutionalisation has a de-politicizing and

democracy-weakening effect (“The more constitution, the less democracy” - see my book “The constitution of European Democracy”, OUP 2017). The solution would be to downgrade all provisions in the Treaties, which are not of a constitutional nature, to European secondary law and thus re-open them for decision-making in the democratic instead of the judicial process.

4. After the crisis of 2009-2010, the Union adopted an emergency legislation that goes far beyond the letter of the Treaties. We are confronted with macro-economic criteria – not always agreed-upon – imposed by the fear of a crisis. Governments prefer to act in association with other executives rather than dealing with fundamental questions through parliamentary debate. How could we guarantee European democracies from such a development that centers around decisions taken by executives?

The measures were taken in the intergovernmental method, not the community method. Hence, they operate outside the parliamentary powers, more precisely outside the powers of the European Parliament (the national parliaments have a say if the national constitutions involve them, like in Germany). If the crisis management were communalized the decisions would be subject to the process prescribed by the Treaties. However, one should not overestimate the effect since the European democracy is quite weak, in particular the societal substructure of a vibrant democracy is missing and the European elections are not truly europeanized.

5. If we had to identify a European constitutional moment, as we have sometimes lived it at a national level, we might

say that this never took place at a supranational level. Nevertheless, this conclusion might be too simple. Indeed, there are several theories about European constitutionalism that say we already have a European constitution. But how could this come to existence without a *constituent* process?

A constitutional moment may contribute to a constitution's acceptance and legitimacy. But it is not indispensable. The EU does not have a constitution. Its legal foundations are treaties concluded under international law. They fulfill a number of functions that constitutions fulfill in states. But there is no European constituent power that could produce a European constitution in the full sense. The foundational power for the EU lies in the hands of the member states (see answer 1). This means at the same time that transforming the Treaties into a constitution would require a transfer of the "constituent power" from the member states to the EU itself, and this, in turn, would mean to transform the EU into a state. The question is not whether this is possible or not, but whether it is desirable or not.

6. It has been more than 20 years since the Treaty of Maastricht was signed. It introduced a type of citizenship somehow at variance with the classic and stable conception of the institution. In principle, European citizenship conferred to all citizens of member states freedom of movement and residence throughout European territory. But, the recent economic crisis depleted the content of such supranational citizenship. Would it then be appropriate to rethink the relationship between citizenship and European integration?

I don't see a need to give up the European citizenship. What may be reconsidered is the entitlements that are combined with citizenship. Citizenship is not an all or nothing-concept.

7. We might perhaps take into consideration solving the lack of democratic participation of the *European citizens*. Recently, growing support has been in favour of a political debate that proposes a return to a full national sovereignty, somehow rejecting the model of the *ever-closer union*. Would reformation of the Treaties then be necessary?

Returning to full national sovereignty would mean dissolving the EU. However, one can retain the EU in its present form and nevertheless give up or modify the aim of an ever closer union. This would allow for more diversity within the EU and a lowering of the *acquis communautaire*. Whether or not this would require Treaty amendments depends on the concrete means. Some modifications might be obtained by a different interpretation of the Treaties, Others might require Treaty revisions.

MICHAEL WILKINSON***

1. It is appropriate to raise a preliminary question. If we ask what kind of legal system the United Nations is, nobody would hesitate to answer that it is an International Organization, as well no one would doubt that France is a State. However, uncertainties arise when the same question is referred to the European Union. Why is it so difficult to define it?

Definitions are problematic in any domain of the social sciences, and often obscure more than they reveal. To say that France is undoubtedly a state does not tell us much about what it is. Even if we were to define it, what kind of definition of the state tells us anything true and interesting about the state as it is evolving today as compared with the state of the industrial revolution, or the American state of the current moment, as opposed to the Italian state or the Egyptian state? To misquote Nietzsche, things with a history defy definition. States have a history (as does the modern European state), but this is to say they also have a geography, a politics, a legal order and so on. And the EU certainly is a historical entity, and, in view of a longer arc of political modernity, a very new one and one that is rapidly changing. That is not to say the EU is without precedent in every respect, and there is interesting work, for example, on the political form of the federation, which is revealing about the nature of the beast¹. Another particularly fruitful approach has been to view the Union not as an autonomous or

*** Professor of Law at London School of Economics and Political Science.

¹ E.g. O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, PUF, Paris, 2007.

sui generis entity but as internal to the state and integral to the process of state transformation².

So rather than trying to define the EU, we should be trying to understand it, conceptualise it, and historicise it. This will require a different approach depending on what we are seeking to explain: its legal system, its political form, its authority, its material contradictions, the reasons for its dynamic, its crises and so on. Now, we also have to try to get an overview of it, which is capable of taking in more than one of these instances at the same time. Looking only at its legal system, for example, without considering its structure of political authority, will be partial, and likely misleading. This much should be easily understood. But more is required if we are to get to grips with what I would call its materiality or its material constitution: this demands inquiry into the relation between its form and its substance, including the inequalities of power (both within and between states), its institutional capacity, competing political objectives, and so on. So, the approach I take to try to understand the EU is grounded in constitutional theory³. This is partly because of my disciplinary background. But it also seems a productive line of enquiry because it is capable of integrating legal, political, and economic phenomena (understood broadly as our material social relations) as well as concepts with a critical bite such as power and domination and a normative edge such as sovereignty, democracy, and legality. This of course is an ambitious endeavour but it seems essential if we are to get close to understanding European integration in a meaningful way.

² E.g. C. BICKERTON, *European Integration: From Nation State to Member State*, OUP, Oxford, 2012.

³ For the building blocks, see M. GOLDONI and M.A. WILKINSON, *The Material Constitution*, in *Modern Law Review*, 2018, forthcoming.

2. It seems that the monetary and fiscal system developed in Maastricht has been unprepared to face the economic crisis. It was assumed that each state would fulfil its own economic commitments, with no possibility, for the other States and the Union, to take on the debts of a state in crisis. How much has the existence of the Euro, a single currency without a state, influenced the growth of the national public debt?

It is necessary to unpack this question a little. First, we can unsettle your assumptions. If correct, how do we explain the convergence in sovereign bond yields in the period preceding the financial crisis? It is hard to imagine this convergence reflected sound economic fundamentals across the euro area. The notion of the ‘irreversibility of the euro’ and the connection of the currency with the existential success or failure of the project of integration (‘if the Euro fails, Europe fails’) suggests that if push came to shove, there would be some kind of mutuality. This assumption, or the political complacency of the post-Maastricht era, may well have underpinned a system which facilitated the massive flow of money from the North to the South in the decade before the crisis.

Now, no doubt the Euro influenced the growth of national public as well as private debt throughout this period. But much of our understanding of the politics of this is speculative. More illustrative is what happened after, once the magnitude of the crisis and the absence of the political will necessary to tackle it became apparent. Although legally the Treaty prohibited so-called bailouts, and this made rescue problematic, it is in the response to the crisis that we can better understand the nature of the beast. Since there can no longer be any illusions about this (transforming a banking crisis into a sovereign debt crisis - the ‘greatest bait and switch in history’, as Mark Blyth

aptly named it),⁴ and about the predominantly German political-economic interests and ideas undergirding it, what seems to be holding back any sort of progress is the lack of capacity or political imagination to leave the Euro area (aside from the, far from trivial, legal-technical difficulties). It is in this sense that the existence of the Euro proves to be a burden.

3. Regarding the introduction of the Fiscal Compact, the crystallization of the *golden rule* of balanced budget, in the individual national systems, has evidently given preference to a specific economic theory: a neoliberal approach, which seems to have relegated politics to a second place in favour of technical or technocratic solutions, forbidding the implementation of interventionist policies by the states. How could one then reconcile the current institutional European framework with the democratic social state?

In order to understand the current institutional framework, we have to consider not only the legal rulebook but also the ideology, social relations, material interests and geo-political dynamics underlying it. In short, there is no way to reconcile the current institutional framework with the democratic social state. I would go further and say even the pre-crisis and pre-Maastricht frameworks cut against it. So, the current trajectory represents a deepening rather than departure from the basic thrust of the postwar European settlement, which is far from democratic or social. This is a long and complex argument⁵. But

⁴ M. BLYTH, *Austerity: The History of a Dangerous Idea*, OUP, Oxford, 2013.

⁵ I make the argument here: M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism: The Conjecture Behind the Crisis*, in E. NANOPOULOS and F. VERGIS (eds.) *The Crisis*

let's take your association of neoliberalism with the substitution of technocracy for politics. In fact, this long predates the period that we think of as 'neoliberal'. It is a staple of ordoliberal thought that originates in the interwar period and of the practice of political elites in the immediate postwar period, particularly in the movement of Christian Democracy⁶. This is well documented, particularly in the domain of constitution-making by lawyer-experts in the early years of the European Economic Community. It is true that during the so-called *trentes glorieuses*, technocracy was compatible with the continued existence of social democratic policies. But I think that it is a mistake to view this as the achievement of a democratic social state. It was the product of a managed capitalism that still feared democracy enough to compromise with labour. Now, it is true that this series of compromises begins to unravel in the neoliberal period, and is ripped up in the Euro-crisis phase. This is only partly related to the project of integration. In the current moment, however, the European Union looms larger in terms of its ideological hegemony and the geopolitical and economic power it represents. But when Jean-Claude Juncker scandalised some by saying there could be no democratic vote against the Treaty he was only reiterating a longstanding orthodoxy of the European Union.

4. After the crisis of 2009-2010, the Union adopted an emergency legislation that goes far beyond the letter of the Treaties. We are confronted with macro-economic criteria – not always agreed-upon – imposed by the fear of a crisis.

Beyond the Crisis: The European Crisis as a Multi-Dimensional Systemic Failure of the EU, Cambridge University Press, Cambridge, forthcoming.

⁶ See e.g. JAN-WERNER MÜLLER, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, Yale University Press, New Haven and London, 2011.

Governments prefer to act in association with other executives rather than dealing with fundamental questions through parliamentary debate. How could we guarantee European democracies from such a development that centers around decisions taken by executives?

It seems to be a mistake, again, to focus only on the formal crisis response and avoid deeper analysis of the dynamics of integration. Regarding the reinforcement of executive power, this phenomenon was a significant part of the story long before the crisis began. It was certainly present in the abundant post-Maastricht literature on the ‘democratic deficit’. The new inter-governmentalism that your question implicitly refers to has been detailed by Bickerton and others to capture a mutation in form across the last few decades⁷. And if we consider the flip-side of executive dominance, which is the decline or erosion of parliamentarism in Europe, we have to go back even further, at least to the discussion of legitimation crisis in the 1960’s and 70’s, to understand its causes (related to the point above about the postwar turn to technocracy and expertise and other strategies of depoliticisation). To reverse this process, and empower European democracies (not necessarily parliaments - and there is obviously an important distinction here) is not an easy thing to do. It would first require a widespread sense that something can be done democratically, that there is some alternative to the neoliberal status quo, and a sense of how it can be achieved. Since I argue that the status quo is more entrenched than meets the eye, I suspect only a deep and radical change in the constitutional imagination would be able to meet

⁷ See e.g. C. BICKERTON, D. HODSON, U. PUTTER, *New intergovernmentalism in the Post-Maastricht Era*, in *JCMS*, vol. 53, n. 4/2015, 703 – 722.

the challenge – but of course we cannot assume any rupture would be in a progressive direction.

5. If we had to identify a European constitutional moment, as we have sometimes lived it at a national level, we might say that this never took place at a supranational level. Nevertheless, this conclusion might be too simple. Indeed, there are several theories about European constitutionalism that say we already have a European constitution. But how could this come to existence without a *constituent* process?

This question raises the issue of the constituent power, which is a thorny one. It would be entirely coherent to argue that since, formally, constituent power is the power to make a constitution, this is exercised by elites, whether constitutional courts, executive branches of government, or parliamentary representatives. To paraphrase Hermann Heller, the prince as well as the people can exercise the constituent power, and it can reflect a progressive as much as a reactionary change. So, in the EU one might say that there is a constitution – there are constitutional doctrines developed by the European Court of Justice, in conjunction with domestic constitutional courts, without a democratic constituent process (‘constitutionalism without a constitution’, as Weiler once remarked)⁸. There has, in other words, been a legal process. But it is important to remember that the so-called ‘European constitution’ (in fact a constitutional treaty), which failed in popular referenda in France and

⁸ See J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe: ‘Do the New Clothes Have an Emperor?’ and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

the Netherlands, was, at the time, considered a Treaty masquerading as a Constitution because there was not a European-wide referendum, even though it was the closest we have come to witnessing a democratic constituent process.

It could also be argued that there has been another ‘constitutional moment’ (in Bruce Ackerman’s sense), an informal process of change, whereby the basic norms and forms of integration have been altered, or mutated, into something qualitatively different as a result the Euro-crisis measures. I used to think that was the case but am increasingly coming to the view that the crisis response represents a doubling down on the pre-existing trajectory (which I call ‘authoritarian liberalism’) rather than a departure from it⁹. Increasingly, I suspect that a democratic constituent moment is more likely to occur in the manner of a rupture against the EU, as was nearly the case in Greece in 2015, and was clearly the case with the Brexit vote in 2016. Although this is still fluid and could lead in different directions, it is notable since Brexit that the UK is one of the few countries in Europe to have avoided the ‘Pasokification’ (annihilation) of its traditional Centre Left party, Jeremy Corbyn’s Labour bucking the trend with roughly 40% of the electorate and becoming the largest political party in Western Europe (coinciding with the evisceration of the Right-wing Eurosceptic UKIP). There are, to be sure, particular features of the UK’s constitutional landscape that contribute to this opening, other than Brexit alone. But, more generally, domestic democratic renewal is more likely than the up-scaling of the democratic constituent power urged, for example, by DiEM, in a manner far removed from local political and social movements. It is, finally, worth noting that constitutional change in a manner that is inconsistent with liberal democratic norms may be

⁹ See M. WILKINSON, above.

already under way in parts of Central and Eastern Europe, but without any formal rupture with the EU. Indeed, the fact that Viktor Orban, for example, doesn't want to leave the EU – and despite the contradictions with the values in Article 2 TEU in some way offers a new version of the Christian Europe of the founding period - makes it all the more problematic for the European Union to deal with.

6. It has been more than 20 years since the Treaty of Maastricht was signed. It introduced a type of citizenship somehow at variance with the classic and stable conception of the institution. In principle, European citizenship conferred to all citizens of member states freedom of movement and residence throughout European territory. But, the recent economic crisis depleted the content of such supranational citizenship. Would it then be appropriate to rethink the relationship between citizenship and European integration?

European citizenship has always been a weak form of citizenship in comparison to its domestic counterpart. It is derivative and supplementary as regards its political and legal status. The European Court of Justice, in a series of cases following Maastricht, substantially bolstered its effect, extending the principle of non-discrimination in order to guarantee European citizens rights beyond formal free movement of workers. At its high point, the Court declared it as destined to be the 'fundamental status' of citizens and gave it legal bite

even in the absence of cross-border movement¹⁰. And yet, although not without practical impact in particular cases, this was largely a rhetorical move and it has never been backed up with a parallel political or social movement. It remains economic, aspirational, and individualistic. There was also concern early on that it would erode principles of social justice by destabilising domestic welfare settlements, which could only be properly legitimate at the national level, because only there could one even claim the existence of the requisite political community. And the court in recent years has stood back from its earlier, more aggressive jurisprudence. The dilemma is that Europe has become increasingly politically salient without any corresponding channels of political contestation, other than the essentially negative or second order one at the national level. As others have pointed out, since it is difficult to contest the policy direction of the EU, the outlet of protest is to contest its very existence. On the other hand, this leads to lacuna of its own - the inability of EU citizens to vote in general elections and domestic referenda was highlighted in the Brexit referendum, where some three million affected citizens were deprived of the right to vote.

Looking at the broader picture, it is clear that the economic crisis has, first and foremost, depleted the material content of national citizenship. European-driven austerity has pushed a neoliberal agenda that has had a severe impact on welfare, public goods, and levels of inequality. Although it is true that in the UK, for example, this agenda was adopted through domestic politics, largely outside of EU pressure, those countries in the Eurozone face far greater constraints. But this,

¹⁰ For discussion, see e.g. A.J. MENENDEZ, *European Citizenship After Martina Sala and Baumbast: Has European Law Become More Humane but Less Social*, Arena Working Paper, n. 11/2009.

paradoxically, makes it more difficult to leave. And of particular current concern for the future of the EU is the increasing turn towards the election of Eurosceptic parties of the Right, obtaining governmental power in Hungary and Poland and now possibly in the core of Europe, in Italy, but unlike the UK, with the apparent intention to remain.

In terms of the project of European citizenship, this, for now, can only be described as a failure, a case of disconnect between political elites and the material reality of lived political experience. What should be reimagined is how to achieve what Greek philosopher Cornelius Castoriadis called ‘effective autonomy’ – this will involve a multitude of political strategies, local, national, and international, based on a corresponding understanding of where effective power lies¹¹.

7. We might perhaps take into consideration solving the lack of democratic participation of the *European citizens*. Recently, growing support has been in favour of a political debate that proposes a return to a full national sovereignty, somehow rejecting the model of the *ever-closer union*. Would reformation of the Treaties then be necessary?

‘Ever closer union’ has always been an ambiguous albeit powerful, evocative and symbolic motto. It did of course feature in the UK’s attempt to renegotiate with the EU in advance of the Brexit referendum, but I doubt that it plays much of a substantive role in the material trajectory of the Union as currently configured. Reform of the Treaties would certainly be required to deal with many of the political-

¹¹ See C. CASTORIADIS, *The Castoriadis Reader*. Trans. and Ed. D.A. CURTIS, Blackwell Publishing, New York, 1997.

economic problems facing the Union as a whole. But it is also important to be realistic about the chances of meaningful Treaty reform in a union of 28 (or 27) Member States, few of which has an agenda of pursuing a domestic democratic socialist project, let alone a pan-European one! Even Portugal, which supposedly bucks the trend, has done so with a government supported by a left bloc and a Communist Party that made clear, unlike Syriza, its willingness to rupture from the Euro regime¹². It is not hard to see why progressive reform of the Treaty is unlikely, and it should be clear that it is also not in everyone's interests, so as to be clear that this isn't just about getting the right kind of technocrat or more effective management in place, but will involve political and social struggle.

Which brings us to alternative options¹³. We shouldn't shy away from talking about national sovereignty, lest this ground is ceded entirely to Right-wing or centrist versions of nationalism - which it effectively has been, the Left too wary of its connotations, as if its problematic history could be resolved by pretending it didn't exist, instead of trying to underscore the democratic narrative intertwined with it. So-called 'Lexit' (Left-wing exit from the European Union) must become a much more serious strategy across the European Left. But it must be made clear that it is fundamentally about restoring democracy and tackling inequality, about class and anti-capitalist struggle, not nationalism or immigration per se (to simplify a complex relation, we can say that democracy is bottom-up empowerment, whereas nationalism is an

¹² See C. PRINCIPE, *Anti-Austerity and the Politics of Toleration in Portugal: A Way for the Radical Left to Develop a Transformative Project?*, in *Rosa-Luxembourg-Stiftung*, December 2017 (<https://www.rosalux.de/en/publication/id/38188/anti-austerity-and-the-politics-of-toleration-in-portugal/>).

¹³ See e.g. TH. FAZI AND B. MITCHELL, *Reclaiming the State: A Progressive Vision of Sovereignty for a Post-Neoliberal World*, Pluto Press, London, 2017.

elite-driven project, making palatable the inequality that capitalism generates). And the point is not to be seduced by simplistic narratives of ‘taking back control’, as if, all of a sudden, the material constraints of a regional and global system of political economy would be lifted by leaving the EU. But if it must be made clear that the ‘Lexit’ option would face serious difficulties, so will the current path of stumbling through, if that hasn’t already been cut off by a resurgent Right, retaining the essential political economy of neoliberalism albeit with a illiberal ideological inflection with regard to national identity in general and immigration in particular¹⁴.

Some eight years ago, French philosopher Etienne Balibar described Europe as a ‘dead political project’¹⁵. Since then it has continued in an apparently Zombie-like state, neither moving forward, nor unravelling. But on closer examination we can begin to see the outline of what might properly be described as a hegemonic federation, a regional variant of authoritarian liberalism, which is monstrous enough, and is creating a variety of still more morbid symptoms.

¹⁴ For example, the turn to ‘authoritarian populism’ in Eastern Europe has been described as an inflection of, rather than rupture from, neoliberalism. See G. DALE and A. FABRY, *Neoliberalism in Eastern Europe and the Former Soviet Union*, in D. CAHILL, M. COOPER, M. KONINGS and D. PIMROSE (eds), *The Sage Handbook of Neoliberalism*, Sage Publications, Thousand Oaks (United States), 2018.

¹⁵ E. BALIBAR, *Europe: Final Crisis? Some Theses*, in *Theory and Event*, 13, n. 2/2010.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

IPPOLITO BARONE

Le pratiche commerciali ingannevoli in Italia ed in Danimarca: due modelli a confronto

Nota a Corte Giust. U.E., Sez. V, 26 ottobre 2016, N. C-611/14, Canal
Digital Denmark A/S

ABSTRACT - The judgement of the Court of Justice of the European Union, in the case C-611/14 (*Canal Digital Denmark A/S*), clarifies the interpretation of Art. 6 and 7 of the Unfair Commercial Practices Directive. For the purposes of assessing whether a commercial practice must be considered as a misleading practice, consideration should be given to the context in which that practice takes place, in particular the limitations of the communications medium used for the purposes of that commercial practice, the limitations of time and space imposed by that communications' medium and any measures taken by the trader to make the information available to consumers by other means, even though that requirement is not expressly referred to in the wording of the national legislation in question. The Court held that the preparatory work needs to be taken into account while interpreting a legislative act. Even if the transposition of a provision of a directive is only in the preparatory work for the national transposing legislation and not in the wording of that legislation itself, the national court should as well consider this last one, especially because he is called to interpret national law in accordance with EU law so to ensure its full effectiveness.

KEYWORDS – Consumer Protection, Unfair Commercial Practices, Misleading Commercial Practices, Misleading Advertising, Information Duties.

**Le pratiche commerciali ingannevoli in Italia ed in Danimarca:
due modelli a confronto****

Nota a Corte Giust. U.E., sez. v, 26 ottobre 2016, n. c-611/14, canal digital
danmark a/s

SOMMARIO: 1. *Il commento* – 2. *Il caso* – 3. *La direttiva 2005/29/CE e il recepimento in Italia e in Danimarca* – 4. *La disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli nel Codice del consumo italiano. Cenni* – 5. *La rilevanza del mezzo di comunicazione utilizzato tra azioni ed omissioni ingannevoli* – 6. *Invito all'acquisto ed informazioni rilevanti* – 7. *Conclusioni.*

1. Il commento

Intervenuta a interpretare le disposizioni di cui agli articoli 6 e 7 della Direttiva 2005/29/CE, corrispondenti agli artt. 21 e 22 del Codice del consumo, concernenti le pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha rilevato che la scelta di un professionista di fissare il prezzo di un abbonamento relativo a pacchetti di programmi televisivi in modo tale che il consumatore debba sopportare il costo di un forfait mensile e di un forfait semestrale violi il divieto di pratiche commerciali scorrette (nella specie di azione ingannevole) laddove, ponendo in evidenza uno solo di tali elementi, essa induca o sia idonea a indurre il consumatore ad una valutazione erronea circa la vantaggiosità dell'offerta, ovvero nella specie di

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

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

omissione ingannevole laddove il prezzo del forfait mensile sia esposto in particolare evidenza nella pubblicità mentre quello del forfait semestrale sia completamente omesso o comunque presentato in maniera meno evidente, sempre che la condotta censurata induca o sia idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

La Corte pone l'ulteriore e dirimente precisazione secondo cui i limiti del mezzo di comunicazione utilizzato possono rilevare ai fini della valutazione del carattere ingannevole di una pratica commerciale nella specie di omissione ingannevole (art. 7, paragrafi 1 e 3, Dir. 2005/29/CE – art. 22 cod. cons.), ma non nella specie di azione ingannevole (art. 6 Dir. 2005/29/CE – art. 21 cod. cons.).

Infine, sancito il carattere di esaustività dell'elenco di cui all'art. 7, par. 4, corrispondente all'art. 22, comma 4, cod. cons., relativo alle informazioni rilevanti che devono figurare in un invito all'acquisto, la Corte si è espressa nel senso che l'inserimento di tutte le informazioni ivi previste non esclude di per sé la qualificazione dello stesso come pratica commerciale ingannevole, ai sensi dell'art. 6, par. 1, o dell'art. 7, par. 2, spettando al giudice nazionale il compito di valutare se in concreto il professionista abbia assolto il proprio obbligo di informazione, tenendo conto e della natura e delle caratteristiche del prodotto, e del mezzo di comunicazione impiegato per l'invito all'acquisto e per le informazioni supplementari eventualmente fornite.

2. Il caso

La Canal Digital Danmark A/S, impresa stabilita in Danimarca che fornisce ai consumatori programmi televisivi sotto forma di pacchetti, veniva imputata dinnanzi al tribunale di Glostrup (Danimarca) per la ripetuta violazione della legge sulle pratiche commerciali scorrette.

1/2018

La società avrebbe perpetrato tali violazioni in sei occasioni nell'ambito di una campagna pubblicitaria costituita da due spot diffusi in televisione e su Internet, tre banner diffusi su Internet, ed infine dalla pagina di apertura del sito web della medesima società.

I prezzi dei menzionati pacchetti si componevano di un forfait mensile cui si aggiungeva un forfait semestrale per un «servizio connesso alla tessera». Nei due spot pubblicitari diffusi in televisione e su Internet le informazioni relative al prezzo del forfait mensile erano annunciate oralmente ed erano visualizzate all'interno di un cerchio nonché in un testo posto in fondo allo schermo in caratteri di dimensioni inferiori.

Le informazioni relative al prezzo del forfait semestrale per il «servizio connesso alla tessera», insieme all'importo totale a carico del consumatore per il primo anno di abbonamento (c.d. periodo di impegno) non erano oggetto di annuncio orale, erano sì indicate all'interno del cerchio ma in caratteri di dimensioni inferiori rispetto a quelle della tariffa mensile.

Il testo posizionato in fondo allo schermo contenente tutte le informazioni (forfait mensile, semestrale e periodo di impegno) rimaneva visualizzato per un lasso di tempo più esteso rispetto al cerchio, tuttavia era scarsamente visibile poiché i caratteri del testo erano di colore bianco e la parte relativa al «servizio connesso alla tessera» compariva su uno sfondo chiaro.

Quanto ai banner pubblicitari, in uno di essi il prezzo del forfait mensile era visualizzato in un cerchio in cui compariva anche – ma in dimensioni ridotte – il prezzo relativo al periodo di impegno. Nulla compariva con riguardo al «servizio connesso alla tessera», se non cliccando su tale banner al fine di ottenere maggiori informazioni.

Gli altri due banner pubblicitari indicavano il prezzo del solo forfait mensile, salva la possibilità di ottenere ulteriori informazioni sull'abbonamento, comprese quelle sul «servizio connesso alla tessera», cliccando sul medesimo banner.

Infine, con riferimento alla pagina di apertura del sito web della società, compariva la dicitura «il pacchetto di televisione digitale con HDTV meno

caro della Danimarca» in combinazione con un cerchio che racchiudeva l'indicazione del prezzo del forfait mensile; sotto di essa veniva riportato, in caratteri di dimensioni ridotte, il prezzo del periodo di impegno. Le informazioni relative al prezzo del forfait semestrale per il servizio connesso alla tessera comparivano ancora più in basso, con caratteri diversi e di dimensioni inferiori.

Veniva così avviato un procedimento penale a carico della Canal Digital Danmark A/S, avente ad oggetto la violazione dell'art. 3, primo comma, della legge danese sulle pratiche commerciali scorrette, per non avere informato in maniera sufficientemente precisa i consumatori che al forfait mensile si aggiungeva un ulteriore abbonamento a pagamento per il «servizio connesso alla tessera».

In considerazione del fatto che la controversia principale sollevava questioni di interpretazione degli articoli 6 e 7 della direttiva 2005/29/CE, non integralmente trasposti nella legge danese di attuazione della direttiva in esame, ma solo menzionati nell'ambito del progetto di legge, il giudice del rinvio decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

1) Se la direttiva 2005/29/CE debba essere interpretata nel senso che osta ad un regime nazionale come quello previsto dall'articolo 3 della legge danese sulle pratiche commerciali, che vieta le pratiche commerciali ingannevoli, comprese quelle relative agli inviti all'acquisto, ma che né in tale articolo 3 né in altre disposizioni menziona le restrizioni previste dall'articolo 7, paragrafo 1, della medesima direttiva, secondo cui occorre tenere conto del fatto che una pratica commerciale ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno, in un determinato contesto, per prendere una decisione consapevole di natura commerciale, nonché dall'articolo 7, paragrafo 3, secondo cui occorre tenere conto delle restrizioni in termini di tempo e di spazio imposte dal mezzo di comunicazione utilizzato;

1/2018

- 2) Se l'articolo 6 della direttiva 2005/29/CE debba essere interpretato nel senso che, nel caso in cui un professionista abbia scelto di indicare il prezzo complessivo di un abbonamento continuativo, in modo tale che il consumatore è tenuto a pagare sia un canone mensile sia un canone semestrale, tale pratica sarà considerata ingannevole se il prezzo mensile è messo in particolare evidenza nella pubblicità, mentre il canone semestrale è completamente omesso o presentato soltanto in modo meno evidente;
- 3) Se l'articolo 7 della direttiva 2005/29/CE debba essere interpretato nel senso che, nel caso in cui un professionista abbia scelto di indicare il prezzo complessivo di un abbonamento continuativo, in modo tale che il consumatore è tenuto a pagare sia un canone mensile sia un canone semestrale, si configuri un'omissione ingannevole ai sensi dell'articolo 7 della direttiva se il prezzo mensile è messo in particolare evidenza nella pubblicità, mentre il canone semestrale è completamente omesso o presentato soltanto in modo meno evidente.
- 4) Se, nel valutare se una pratica commerciale sia ingannevole in situazioni come quelle descritte nella seconda e nella terza questione, occorra tenere conto del fatto che detta pratica:
 - a) indichi il prezzo complessivo dell'abbonamento per il periodo di impegno, comprensivo del canone semestrale, e/o
 - b) consista in annunci o pubblicità su Internet che rinviano al sito Internet del professionista, nel quale sono indicati il canone semestrale e/o il prezzo complessivo dell'abbonamento, comprensivo del canone semestrale.
- 5) Se, ai fini delle risposte alla seconda e alla terza questione, sia rilevante il fatto che la pubblicità consista in uno spot televisivo.
- 6) Se l'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE contenga un elenco esaustivo delle informazioni rilevanti che devono comparire in un invito all'acquisto.
- 7) In caso di risposta affermativa alla sesta questione, se l'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 escluda la possibilità che un invito all'acquisto - che indica il prezzo complessivo che il consumatore è tenuto a

pagare per il primo anno del periodo di contratto dell'abbonamento (periodo di impegno) - possa essere considerato una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'articolo 7, paragrafi 1 e 2, o dell'articolo 6 della medesima direttiva, ad esempio qualora vengano fornite informazioni supplementari su talune componenti del prezzo del prodotto, ma non su tutte.

3. La direttiva 2005/29/CE e il recepimento in Italia e in Danimarca

La Direttiva 29/2005 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno si colloca nell'ambito delle politiche comunitarie, oggi unionali, dirette ad armonizzare le leggi dei diversi Stati membri al fine di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché alla libertà di stabilimento¹.

La disomogeneità delle discipline nazionali è infatti considerata come un fattore di distorsione della concorrenza nel mercato interno, in grado di alterarne cioè il corretto funzionamento.

L'introduzione di norme uniformi in materia di pratiche commerciali sleali si pone così, nell'ottica del legislatore europeo, in due prospettive. In un primo senso, l'intento prioritario o, meglio, diretto del legislatore comunitario è quello di offrire un elevato livello di protezione ai consumatori nell'ambito dei rapporti commerciali tra questi e le imprese. In secondo luogo, indirettamente, tutela le imprese medesime dalle condotte poste in essere dai concorrenti che violino le regole poste dalla direttiva, garantendo così una concorrenza leale tra le stesse.

¹ La menzionata direttiva modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Nell'ordinamento italiano, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è stata recepita con il D.lgs. 2 agosto 2007 n. 146 che, attraverso la tecnica normativa della novella, ha apportato significative modificazioni al Codice del consumo (D.lgs. n. 206 del 2005)².

La novella citata ha provveduto alla riformulazione degli artt. 18-27 del Codice del consumo, oltre che all'introduzione degli articoli da 27-bis a 27-quater.

La precedente disciplina, introdotta in attuazione della direttiva 84/450/CEE, in materia di pubblicità ingannevole, non è stata abrogata; essa è oggi contenuta nel D.lgs. 2 agosto 2007 n. 145, in attuazione dell'art. 14 della dir. CE 2005/29 che modifica la dir. CE 84/450, che si pone così come legge speciale posta al di fuori del Codice del consumo³.

Nell'ordinamento danese la direttiva 2005/29 è stata attuata con la lov nr. 1547 omændring af lov om markedsføring (Gennemførelse af direktivet om urimelig handelspraksis, kontrolundersøgelse m.v.) [legge n. 1547, recante modifica della legge sulle pratiche commerciali (attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, le verifiche, ecc.)], del 20 dicembre 2006⁴.

² Sebbene la direttiva utilizzi il termine «sleali», la normativa di riferimento impiega l'aggettivo «scorrette». Ciò al fine di evitare possibili confusioni con la disciplina della concorrenza sleale contenuta nel codice civile (art. 2598 e ss. c.c.). In tal senso v. F. MASSA, *Commento all'art. 20 cod. cons.*, in *Codice del Consumo*, V. CUFFARO (a cura di), IV ed., Giuffrè, Milano, 2015, 149 ss.

³ Il rapporto tra disciplina codicistica e disciplina speciale sulle pratiche sleali di pubblicità deve essere inteso nel senso che la prima ha il precipuo scopo di tutelare gli interessi dei consumatori, la seconda quello di tutelare gli interessi degli operatori economici, ossia delle imprese che possano subire una lesione dalle pratiche sleali poste in essere dai concorrenti. In tal senso v. L. TRAMONTANO, *Commento al Titolo III, Parte II, cod. cons.*, in *Codice del Consumo*, L. TRAMONTANO (a cura di), II ed., La Tribuna, Piacenza, 2011, 71-72.

⁴ La legislazione danese in materia di pratiche commerciali scorrette è reperibile, in lingua inglese, sul sito della *Danish Competition and Consumer Authority* cui si rinvia: <http://www.en.kfst.dk/consumer/legislation/>.

La menzionata legge di attuazione, a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti (come ad esempio quello italiano), non ha provveduto alla pedissequa trasposizione delle disposizioni di cui alla direttiva in esame⁵.

In particolare, la legge danese sulle pratiche commerciali pone, ai sensi dell'art. 3, il divieto per i professionisti di utilizzare indicazioni ingannevoli o inesatte ovvero omettere informazioni rilevanti se tali pratiche sono dirette ad alterare in maniera sostanziale il comportamento economico sul mercato dei consumatori o di altri professionisti.

La medesima disposizione introduce, poi, un generale divieto avente ad oggetto le pratiche commerciali il cui contenuto ovvero la cui forma ovvero i cui metodi messi in atto siano ingannevoli, aggressivi o esercitino sui consumatori o su altri professionisti un'influenza indebita e perseguano un'alterazione sostanziale del loro comportamento sul mercato. La veridicità delle indicazioni su elementi di fatto deve, tuttavia, poter essere dimostrata. Infine, essa, attribuisce al ministro del Commercio e della Crescita il potere di individuare singole ipotesi di pratiche commerciali da considerarsi in ogni caso – in applicazione del diritto dell'Unione – sleali nei confronti dei consumatori.

Dalla relazione del progetto di legge che ha portato all'adozione della legge di modifica della legge sulle pratiche commerciali risulta espressamente la volontà del legislatore danese di trasporre le disposizioni normative di cui agli articoli 6, 7, 8 e 9 della direttiva sulle pratiche commerciali sleali mediante la riformulazione delle disposizioni di cui al summenzionato articolo 3 della già esistente legge danese sulle pratiche commerciali e mediante l'adozione di nuove disposizioni integranti i requisiti della direttiva in materia di informazioni nell'ambito degli inviti all'acquisto rivolti ai consumatori.

⁵ Nel senso di una pedissequa trasposizione della direttiva in esame v. G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, G. DE CRISTOFARO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2008, 79.

1/2018

Nell'ambito dei menzionati lavori preparatori, relativi al progetto dell'articolo 3, primo comma, della legge di modifica della legge sulle pratiche commerciali, si precisava che le omissioni possono consistere nella «circostanza che un professionista non divulghi talune informazioni o le presenti in modo impreciso, incomprensibile, ambiguo o, più in generale, inadeguato» e che al fine di valutare se si tratti di una omissione rilevante si deve tenere conto del contesto nel quale si inserisce la pratica commerciale, in particolare delle condizioni e delle restrizioni collegate al mezzo di comunicazione impiegato, nonché delle eventuali misure adottate dal professionista per rendere accessibili tali informazioni in altre forme di commercializzazione. Possono tuttavia esistere informazioni rilevanti la cui omissione sarebbe in ogni caso ingannevole, anche qualora i media impongano restrizioni in termini di tempo e di spazio per le pubblicità. In ogni caso, al fine dell'accertamento della violazione occorrerà una valutazione concreta della singola pratica commerciale.

La mancata trasposizione (nel testo finale della legge di modifica della legge sulle pratiche commerciali danese) di quanto emerso nell'ambito dei lavori preparatori appare agevolmente superabile alla luce del valore che i lavori parlamentari assumono nel sistema delle fonti del Regno di Danimarca e, più in generale, negli ordinamenti giuridici dei Paesi scandinavi.

Tali lavori, infatti, tendono ad essere considerati come una fonte del diritto al pari della legge in senso stretto, in ragione del fondamentale rilievo ad essi attribuito dagli organi giurisdizionali e dalle pubbliche amministrazioni in sede di interpretazione ed applicazione di un atto normativo⁶.

⁶ Sul punto si veda A. SIMONI, *La tradizione giuridica dei Paesi nordici*, in *La tradizione giuridica occidentale*, Vol. I, IV ed., V. VARANO – V. BARSOTTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2010, 463-489. In particolare l'Autore riferisce dei lavori preparatori come «fonte» che consente un «doppio livello» legislativo, potendosi inserire una norma di dettaglio alternativamente nel testo o nei lavori preparatori, senza tuttavia che ciò diminuisca in modo significativo l'effettività della stessa. Tale tecnica consiste nel lasciare al testo la formulazione dei principi di fondo, riversando la regolamentazione più puntuale nei lavori preparatori, di talché la disposizione che attribuisce ampia discrezionalità all'interprete è

A ciò si aggiunga che costituisce principio generale dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea quello dell'interpretazione conforme, a norma del quale il giudice nazionale, in sede ermeneutica e ove investito di una controversia interna, è tenuto, nel limite delle proprie competenze, ad assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione europea⁷.

4. La disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli nel Codice del consumo italiano. Cenni

Le pratiche commerciali scorrette sono disciplinate dagli artt. 18 ss. del Codice del consumo, così come modificati, in attuazione della Direttiva 2005/29/CE, dal D.lgs. n. 146 del 2007.

La nozione di pratica commerciale è definita dall'art. 18, comma primo, lett. d), cod. cons., come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». La norma individua una categoria vasta ed eterogenea di comportamenti posti in essere in un arco temporale altrettanto ampio:

suscettibile di trasformarsi in una norma casistica al momento della lettura dei lavori preparatori, quando questi specificano espressamente le ipotesi applicative.

⁷ Per un approfondimento v. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2016, 99, «Un'ulteriore conseguenza che viene ricavata dal principio di leale collaborazione è l'obbligo del giudice interno di interpretare il proprio diritto in modo conforme al diritto dell'Unione. Esso rileva specialmente per le direttive, le quali [...] impongono agli Stati membri di adottare le misure necessarie per raggiungere il risultato prescritto dalle stesse direttive. In mancanza di misure statali di esecuzione (o quando tali misure non siano appropriate) l'obbligo di interpretazione conforme tende a consentire, in pratica, l'applicazione della direttiva, sebbene non attuata, nell'ordinamento interno, "piegando" il diritto dello Stato a conformarsi in via interpretativa alla direttiva in questione».

1/2018

rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina in esame le pratiche commerciali scorrette poste in essere «prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto» (art. 19, comma primo, cod. cons.).

Fermo restando, dunque, il limite dell'operazione economica, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette presenta un ambito di applicazione che, sotto il profilo temporale, investe qualsiasi fase del rapporto di consumo, dal contatto anche solo potenziale tra professionista e consumatore alle vicende successive alla conclusione dell'operazione stessa⁸.

L'ambito di applicazione soggettivo della disciplina in esame è ristretto, ad opera dell'art. 19 cod. cons., alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori. Esso è stato esteso, a seguito della novella operata dal D.lgs. 24 gennaio 2012 n.1, convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2012 n.27, anche alle pratiche commerciali scorrette poste in essere nei rapporti tra professionisti e microimprese⁹.

⁸In ciò la nuova disciplina presenta un mutamento di prospettiva, secondo cui oggetto di attenzione non è più il singolo atto, ossia il contratto stipulato tra consumatore e professionista, ma l'attività, la pratica commerciale, ossia la condotta del professionista, in tal senso, v. L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. e contr.*, 3/2011, 166. Nello stesso senso anche L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari*, *Atti del Convegno AGCM-Luiss-Università degli Studi Roma Tre*, Roma (19.3.2010), 11, la quale evidenzia come il consumatore sia «svincolato dalla sua posizione di contraente» e divenga destinatario di una tutela non ristretta al momento dell'acquisto, ma ben più ampia e comprensiva dell'intero rapporto di consumo.

⁹La definizione di microimpresa è scolpita dall'art. 18, primo comma, lett. d-bis), cod. cons., ai sensi del quale per microimprese si intendono «entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'art. 2, par. terzo, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003». Per un approfondimento v. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e "microimprese"*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1/2014, 3 ss.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette ruota essenzialmente attorno alla disposizione di cui all'art. 20, comma primo, cod. cons. che ne sancisce in modo perentorio il generale divieto: «le pratiche commerciali scorrette sono vietate».

Occorre pertanto individuare le circostanze in presenza delle quali una pratica commerciale si colora di quella «scorrettezza» idonea ad integrare il menzionato divieto.

Il legislatore fornisce una nozione di pratica commerciale scorretta elaborata secondo una complessa articolazione normativa¹⁰. L'art. 20, secondo comma, cod. cons., delinea una fattispecie generale, ma di applicazione residuale, di pratica commerciale scorretta: «una pratica è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori»¹¹.

La citata disposizione individua così i due requisiti al ricorrere dei quali è possibile qualificare come scorretta una pratica commerciale: la contrarietà della stessa alla diligenza professionale e la circostanza per cui essa falsa ovvero è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore¹².

¹⁰ Analiticamente ricostruita da A. CATRICALÀ – M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2013, 52 ss.

¹¹Al riguardo rileva M. MAUGERI in *Violazioni della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, *Nuova Giurisprudenza Civ. Comm.*, 2/2008, 477, come la formula utilizzata dal legislatore sia frutto di una svista, lo stesso intendendo dire piuttosto «se falsa o è idonea a falsare» anziché «e falsa o è idonea a falsare».

¹² Per un approfondimento del criterio della diligenza professionale nelle pratiche commerciali scorrette v. V. MELI, “Diligenza professionale”, “consumatore medio” e regola di “de minimis” nella prassi dell’AGCM e della giurisprudenza amministrativa, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, V. MELI V. – P. MARANO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, 1-40.

Il quarto comma dell'art. 20 cod. cons. distingue, poi, due tipologie di pratiche commerciali vietate: le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive, disciplinate mediante il ricorso a clausole generali rispettivamente dagli articoli 21-22 e 24-25 cod. cons. Sono poi individuate condotte considerate in ogni caso alla stregua di pratiche commerciali ingannevoli (art. 23 cod. cons.) ovvero in ogni caso come pratiche commerciali aggressive (art. 26 cod. cons.)¹³.

Con riferimento al *genus* delle pratiche commerciali ingannevoli il legislatore ne distingue due *species*, quelle consistenti in condotte di tipo commissivo, («azioni ingannevoli» – art. 21 cod. cons.) e quelle consistenti in condotte di tipo omissivo («omissioni ingannevoli» – art. 22 cod. cons.). Ai sensi dell'art. 21 cod. cons., è considerata ingannevole nella specie di azione una pratica che si concreta in dichiarazioni o comportamenti contenenti informazioni non rispondenti al vero o che, sia pure fornendo informazioni di fatto corrette, in qualsiasi modo, anche per come è complessivamente presentata, inganni o sia idonea ad ingannare il consumatore medio riguardo ad una serie di elementi espressamente individuati¹⁴ e, in ogni caso, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

¹³ Per un approfondimento dei rapporti tra fattispecie generale e singole ipotesi si veda M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, A. GENOVESE (a cura di), Cedam, Milano, 2008, 28 ss.

¹⁴ Gli elementi presi in considerazione dalla norma riguardano «a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo è

È pertanto sufficiente, affinché la pratica commerciale possa essere oggetto di censura, che essa sia anche solo astrattamente idonea ad incidere negativamente sulla libertà di autodeterminazione del consumatore medio, a prescindere quindi dall'effettiva conclusione di un contratto.

Ai sensi del comma secondo sono individuate due peculiari fattispecie di azioni ingannevoli. La prima a venire in rilievo attiene ad una ipotesi di pubblicità comparativa illecita¹⁵. Essa ricorre laddove la pratica commerciale – scorretta in quanto, nella fattispecie concreta e tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso – consista in una qualsivoglia attività di marketing del prodotto, compresa la pubblicità comparativa, che ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di uno dei concorrenti.

La seconda fattispecie riguarda una ipotesi di pratica commerciale scorretta in quanto collegata alla violazione, da parte del professionista, di regole deontologiche che egli stesso si era impegnato a rispettare.

L'art. 22 cod. cons. disciplina le pratiche commerciali ingannevoli nella specie delle omissioni. Ai sensi della menzionata disposizione, è considerata

calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti; g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice». Sulla natura tassativa dell'elencazione in esame, si veda V. MELI, *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. Giur. Treccani* (2006), 1 ss.

¹⁵ Per un approfondimento v. L. TRAMONTANO, *Commento all'art. 21 cod. cons.*, in *Codice del Consumo*, L. TRAMONTANO (a cura di), II ed., La Tribuna, Piacenza, 2011, 85-89. La disciplina della pubblicità comparativa illecita era contenuta nella vecchia formulazione dell'art. 22 cod. cons., prima delle modifiche apportate dal D.Lvo n. 146 del 2007. Oggi essa è disciplinata dal D.Lgs. n. 145 del 2007.

1/2018

ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, ometta informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto al fine di prendere una decisione consapevole di natura commerciale, e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Ai sensi del secondo comma, una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto, al fine di prendere una decisione consapevole di natura commerciale, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risultino già evidenti dal contesto e quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Occorre, tuttavia, individuare la *ratio* del divieto in esame al fine di circoscriverne la portata applicativa. Le informazioni cui è tenuto il professionista e la cui omissione rileva ai sensi dell'art. 22 cod. cons. sono genericamente individuate dal comma quinto negli obblighi di informazione (previsti dal diritto comunitario) connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto. Si tratta, sostanzialmente, di tutte quelle informazioni considerate necessarie affinché il consumatore non venga tratto in errore nelle sue decisioni di carattere commerciale.

Il limite dell'obbligo in esame è bene individuato nella consapevolezza del consenso del consumatore. Il professionista, pertanto, non è gravato di un generico obbligo di informazione avente ad oggetto tutte le informazioni di cui dispone sul prodotto e sul contratto, ma soltanto quelle di cui il

consumatore medio necessita al fine di assumere in modo consapevole una decisione di natura commerciale. Oltre questo limite la reticenza del professionista non è affatto rilevante¹⁶.

5. La rilevanza del mezzo di comunicazione utilizzato tra azioni ed omissioni ingannevoli

Con la Sentenza in commento, la Corte di Giustizia ha espresso talune puntualizzazioni in ordine all'interpretazione della disciplina delle azioni e delle omissioni ingannevoli nel tentativo di definirne con maggiore intensità il confine.

In tal senso rilevano in particolare la seconda e la terza questione sottoposte all'attenzione della Corte.

La seconda ha ad oggetto l'interpretazione della disciplina delle azioni ingannevoli, ed in particolare dell'art. 7, par. 1, della direttiva 2005/29/CE, corrispondente all'art. 21, primo comma, cod. cons., con riferimento alla sussumibilità nella categoria in esame della condotta di un professionista che abbia scelto di indicare il prezzo di un abbonamento in modo tale che il consumatore debba pagare sia un forfait mensile sia un forfait semestrale,

¹⁶ In tal senso v. C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità, Obbl. e contr.*, 6/2010, 418. Secondo l'Autore «Se questa lettura è corretta, la portata innovativa della regola è notevole nella materia dei contratti di consumo, ma è tutto sommato coerente con i principi generali del diritto dei contratti. Ed infatti, il problema nell'ambito del quale gli obblighi informativi sono collocati rimane quello della garanzia di un consenso informato, e pertanto il rimedio conseguente alla violazione dell'obbligo rimane ancora quello dell'annullamento del contratto, se viene accertato che lo stesso non sarebbe stato concluso se il consumatore avesse saputo (dolo omissivo determinante); ovvero il risarcimento del danno, se si accerta che il contratto sarebbe stato sì concluso ma a condizioni diverse (dolo omissivo incidente). [...] è lo stesso legislatore che costruisce il problema come un problema di informazione funzionale alla comprensione della convenienza dell'affare e non al suo contenuto precettivo».

1/2018

nel caso in cui il prezzo del forfait mensile sia messo in particolare evidenza nella pubblicità mentre quello del forfait semestrale sia completamente omesso ovvero presentato in modo meno evidente.

La nuova formulazione dell'art. 22 cod. cons. esprime un netto mutamento di prospettiva rispetto alla disciplina contenuta nella direttiva 84/450/CEE. Se infatti, secondo la disciplina previgente, l'interprete godeva di un'ampia discrezionalità in ordine alla individuazione dei modi attraverso i quali l'inganno era perpetrato, la nuova disciplina di cui all'art. 22 cod. cons. seleziona delle situazioni "tipiche" che possono dar luogo ad una pratica commerciale scorretta, e quindi vietate.

Tra gli elementi, individuati dalla disposizione in esame, in relazione ai quali deve esperirsi il giudizio di ingannevolezza della condotta del professionista è espressamente elencato «il prezzo o il modo in cui questo è calcolato» (art. 21, comma primo, lett. d), cod. cons.).

Il criterio di valutazione applicabile è quello del "consumatore medio", da intendersi secondo l'interpretazione prevalente come un soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenuto conto dei fattori sociali, culturali e linguistici¹⁷.

Al fine di verificare se le condotte poste in essere dal professionista nel caso concreto ingannino o siano anche solo idonee ad ingannare il consumatore medio con riferimento al prezzo, spetterà al giudice il compito di valutare se, tenuto conto di tutte le circostanze pertinenti, la comunicazione commerciale abbia l'effetto di suggerire al consumatore medio un prezzo interessante rivelatosi poi ingannevole.

¹⁷ Sul punto si veda F. MASSA, *Commento all'art. 21 cod. cons.*, in *Codice del Consumo*, V. CUFFARO (a cura di), IV ed., Giuffrè, Milano, 2015, 161: «Esso [il consumatore medio, n.d.A.] viene inteso come una sorta di "virtuale consumatore tipico", non determinato secondo tecniche statistiche, ma ricavato sulla base di un soggetto "normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto", tenuto conto dei fattori sociali, culturali e linguistici che lo contraddistinguono».

La Corte, nella pronuncia in esame, evidenzia come la disciplina delle azioni ingannevoli di cui all'art. 6, par. primo, della direttiva 2005/29, rispetto a quella delle omissioni ingannevoli di cui all'art. 7, par. primo e secondo della stessa direttiva (corrispondenti, rispettivamente, agli artt. 21, comma primo, e 22, commi primo e secondo, cod. cons.) non contenga alcun riferimento ai limiti di spazio o di tempo imposti dal mezzo di comunicazione utilizzato, e pertanto i medesimi non possano essere presi in considerazione al fine di valutare il carattere ingannevole di una pratica commerciale (nella specie di azione ingannevole).

In un caso come quello in esame, dunque, quando il prezzo è strutturato in più componenti, delle quali l'una presentata in modo particolarmente evidente nella comunicazione commerciale, l'altra in modo meno evidente od addirittura omessa, sarà compito del giudice di merito valutare se una siffatta presentazione induca (o sia anche solo idonea ad indurre) in errore il consumatore.

È di tutta evidenza che il prezzo di un prodotto sia un elemento determinante ai fini della conclusione di una operazione commerciale da parte del consumatore. Né può negarsi che la presentazione del prezzo, scomposto in più elementi presentati ciascuno in modo più o meno evidente, possa ingenerare nel consumatore l'erronea convinzione di dover sopportare solo una parte del prezzo totale, ed in particolare quella presentata con maggiore evidenza nel messaggio commerciale.

Tale valutazione è rimessa al giudice di merito, il quale dovrà verificare se nel caso concreto le pratiche commerciali utilizzate, ed in particolare la presentazione del prezzo totale, abbiano consentito al consumatore di determinarsi consapevolmente o se, al contrario, abbiano indotto o siano state anche solo idonee ad indurre il consumatore ad una valutazione erronea dell'offerta e quindi ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Ciò, fermo restando il parametro di riferimento rappresentato non dal consumatore agente nello specifico caso concreto, bensì dal consumatore

1/2018

medio, quale soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenuto conto dei fattori sociali, culturali e linguistici che lo contraddistinguono.

Pertanto, oggetto di precisa valutazione del giudice dovrà essere la circostanza per cui il consumatore medio fosse in grado di comprendere che la conclusione dell'affare comportasse costi ulteriori rispetto a quelli posti in evidenza nelle pratiche commerciali utilizzate.

Con la terza questione la Corte ha affrontato il problema se costituisca omissione ingannevole ai sensi dell'art. 7 direttiva 2005/29/CE, corrispondente all'art. 22 cod. cons., il fatto di un professionista che abbia scelto di fissare il prezzo di un abbonamento in modo tale che il consumatore debba pagare sia un forfait mensile che un forfait semestrale, nel caso in cui il forfait mensile sia posto in particolare evidenza nella pubblicità mentre quello del forfait semestrale sia completamente omesso o sia presentato in modo meno evidente.

Le pratiche commerciali ingannevoli, in forma omissiva, ricorrono quando il professionista omette di fornire le informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno al fine di assumere una decisione di natura commerciale in modo consapevole.

Si tratta delle c.d. informazioni-chiave, ritenute necessarie affinché il consumatore non venga tratto in errore. Secondo il rinvio operato dal quinto comma dell'art. 22 cod. cons., che riproduce il quinto comma dell'art. 7 direttiva 2005/29/CE, sono considerati rilevanti gli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, di cui l'allegato II della direttiva sulle pratiche commerciali sleali contiene un elenco meramente esemplificativo.

Nel caso in cui la comunicazione commerciale sia suscettibile di essere qualificata come invito all'acquisto¹⁸, l'art. 22, quarto comma, cod. cons.,

¹⁸La definizione di invito all'acquisto è data dall'art. 18, comma primo, lett. i), in forza del quale per invito all'acquisto si intende «una comunicazione commerciale indicante le

individua talune informazioni considerate rilevanti ai fini del primo comma del medesimo articolo, qualora non risultino già evidenti dal contesto¹⁹.

Il secondo comma dell'articolo 22 cod. cons. individua le c.d. pratiche non trasparenti. Esse sono collocate nell'ambito delle omissioni ingannevoli, delle quali condividono la disciplina, differenziandosene tuttavia per il tipo di condotta censurato. In esse il deficit informativo non consiste nell'assenza delle informazioni quanto, piuttosto, nelle modalità in cui le stesse sono presentate. Oggetto di sanzione è infatti la condotta del professionista che occulti o presenti in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al primo comma (ovvero non riveli l'intento commerciale della pratica stessa, qualora questo non risulti in modo evidente dal contesto), ferma restando la circostanza per cui tale condotta induca o sia idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

caratteristiche e il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di effettuare un acquisto». Sono considerati inviti all'acquisto, a titolo esemplificativo, i messaggi pubblicitari trasmessi in televisione, alla radio, e sul giornale.

¹⁹ Art. 22 , quarto comma, cod. cons. «Nel caso di un invito all'acquisto sono considerate rilevanti, ai sensi del comma 1, le informazioni seguenti, qualora non risultino già evidenti dal contesto: a) le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso; b) l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, come la sua denominazione sociale e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce; c) il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore; d) le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale; e) l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto».

1/2018

La disposizione in esame sancisce una sostanziale equiparazione sotto il profilo degli effetti prodotti tra l'omissione informativa e il riferire le informazioni dovute, senza tacerle, in modo oscuro, ambiguo, incomprensibile o intempestivo.

Da questo punto di vista, le fattispecie descritte dal secondo comma dell'art. 22 cod. cons. presentano margini di sovrapposibilità con quelle individuate dal primo comma dell'art. 21 cod. cons., nella misura in cui la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 22 cod. cons. censura le pratiche commerciali contenenti informazioni di fatto corrette ma che in qualsiasi modo, anche nella loro presentazione complessiva, siano tali da ingannare il consumatore medio con riferimento ad uno degli elementi indicati dalla norma.

La difficoltà di individuare con sufficiente chiarezza i confini tra le due fattispecie si riscontra anche nella prassi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, nella maggioranza delle pronunce relative alle pratiche commerciali ingannevoli, richiama entrambe le disposizioni citate²⁰.

Nel caso delle omissioni ingannevoli, il legislatore espressamente dispone che nel valutare la scorrettezza delle stesse debba aversi riguardo sia alle restrizioni in termini di spazio e tempo imposte dalla specificità del mezzo di comunicazione impiegato per veicolare la pratica commerciale che ad ogni altra misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi²¹.

²⁰ Per un approfondimento v. N. ZORZI, *Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 671 ss.

²¹ Sul punto esprime talune perplessità V. MELI, *Pubblicità ingannevole*, cit. Secondo l'Autore tale disposizione dovrebbe essere interpretata in modo estremamente rigoroso in modo da evitare che un ricorso generalizzato a pratiche articolate in più spezzoni informativi faccia sì che l'onere informativo previsto a carico del professionista venga traslato sul consumatore il quale dovrebbe «inseguire» diligentemente i rinvii operati dal professionista ad altre fonti informative. Nello stesso senso la giurisprudenza (Consiglio di

In particolare, come affermato dalla Corte nella pronuncia in commento, ai sensi dell'art. 7, paragrafi 1-4, lett. c), della direttiva 2005/29 (corrispondente all'art. 22, commi 1-4, lett. c), cod. cons.), il giudice nazionale dovrà valutare se, nella fattispecie concreta, l'omissione dell'informazione rilevante, quale quella relativa al prezzo, abbia indotto o possa indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, tenendo in debita considerazione le caratteristiche del mezzo di comunicazione impiegato per veicolare la pratica commerciale in questione, e quindi i suoi limiti, nonché la natura e le caratteristiche del prodotto stesso.

Nel caso di uno spot pubblicitario televisivo, come quello in esame, vengono in rilievo innanzitutto i limiti temporali cui lo stesso è soggetto. È in tal senso che non può prescindersi dal considerare la forma utilizzata per veicolare la comunicazione commerciale – radiofonica, televisiva, elettronica o cartacea – al fine di valutare il grado di precisione necessario e sufficiente nella descrizione del prodotto commercializzato al fine di non incorrere nella censura di cui all'art. 22 cod. cons.

In modo simmetrico e contrario, tuttavia, il limite temporale dovrà essere valutato, ai fini del giudizio di ingannevolezza della pratica, anche con riferimento al consumatore, il quale rispetto ad uno spot pubblicitario televisivo dispone di un tempo piuttosto breve per valutare le informazioni comunicate.

L'altro parametro cui ancorare il giudizio di ingannevolezza, ai sensi dell'art. 22 cod. cons., è rappresentato dalle misure adottate dal professionista per

Stato, sez. VI, 27 luglio 2010 n. 4905, in Foro Amministrativo CDS, 7-8/2010, 1635-1636), secondo cui, con riferimento alla non lacunosità dell'informazione fornita grazie al rinvio ad altra fonte, esso «è consentito dall'art. 22, comma 3, del Codice, in quanto vi siano "restrizioni in termini di spazio" che, nel quadro di una tutela del consumatore rispetto al professionista tutta fondata sugli obblighi di informazione a favore del primo, devono risultare restrizioni cogenti».

1/2018

mettere a disposizione del consumatore le informazioni rilevanti con altri mezzi, ad esempio attraverso il rinvio al sito internet del professionista.

Il giudice, nel valutare l'ingannevolezza della pratica, dovrà quindi effettuare un bilanciamento tra i limiti di tempo e di spazio del mezzo di comunicazione impiegato e la natura e le caratteristiche del prodotto di cui trattasi, al fine di verificare se il professionista sia stato oggettivamente impossibilitato a fornire tutte le informazioni rilevanti ovvero a fornirle in modo più chiaro e comprensibile.

In tal senso, il rinvio al sito internet del professionista (che contenga tutte le informazioni rilevanti) consentirà di superare il giudizio di ingannevolezza della pratica commerciale laddove questa, consistendo in uno spot pubblicitario televisivo, tenuto conto delle caratteristiche intrinseche del prodotto commercializzato e dei limiti stessi del mezzo di comunicazione impiegato, non presenti tutte le informazioni rilevanti, ma solo alcune di esse²².

Alla luce di quanto considerato in relazione alle questioni seconda e terza, la Corte considera assorbite le successive questioni quarta e quinta.

6. Invito all'acquisto ed informazioni rilevanti

²² Alla luce di quanto considerato in relazione alle questioni seconda e terza, la Corte considera assorbite le successive questioni quarta e quinta, di cui si riporta il testo. «4) Se, nel valutare se una pratica commerciale sia ingannevole in situazioni come quelle descritte nella seconda e nella terza questione, occorre tenere conto del fatto che detta pratica: a) indichi il prezzo complessivo dell'abbonamento per il periodo di impegno, comprensivo del canone semestrale, e/o b) consista in annunci o pubblicità su Internet che rinviano al sito Internet del professionista, nel quale sono indicati il canone semestrale e/o il prezzo complessivo dell'abbonamento, comprensivo del canone semestrale. 5) Se, ai fini delle risposte alla seconda e alla terza questione, sia rilevante il fatto che la pubblicità consista in uno spot televisivo».

Oggetto della sesta questione sottoposta alla Corte di Giustizia è l'esaustività o meno dell'elenco delle informazioni rilevanti che devono comparire in un invito all'acquisto, ai sensi dell'art. 7, par. quarto, della direttiva 2005/29 (corrispondente all'art. 22, quarto comma, cod. cons.).

La Corte si è espressa nel senso che la menzionata disposizione contiene un elenco esaustivo delle informazioni rilevanti che devono comparire in un invito all'acquisto.

Tuttavia, occorre rilevare l'applicabilità del par. terzo del citato art. 7 anche al caso degli inviti all'acquisto. Pertanto, dovrà tenersi in debito conto la restrizione in termini di spazio e di tempo, imposta dal mezzo di comunicazione impiegato, nonché ogni altra misura adottata dal professionista per mettere comunque a disposizione del consumatore tutte le informazioni rilevanti.

In particolare, ai sensi della medesima disposizione, l'informazione relativa al prezzo deve essere valutata con riguardo alla natura ed alle caratteristiche del prodotto, nonché alla natura ed alle caratteristiche del mezzo di comunicazione utilizzato per l'invito all'acquisto, ed alle informazioni supplementari eventualmente fornite dal professionista.

Ciò con la dovuta precisazione, tuttavia, per cui il fatto che il professionista fornisca tutte le informazioni rilevanti di cui all'art. 7, par. quarto, della direttiva 2005/29, non esclude di per sé che tale pratica possa essere qualificata come ingannevole, nella specie di azione ingannevole (art. 6, par. primo) ovvero nella specie di omissione ingannevole (art. 7, par. secondo).

7. Conclusioni

La sentenza in commento si segnala per aver confermato l'orientamento consolidato secondo cui ai fini del giudizio di ingannevolezza di una pratica commerciale occorre prendere in considerazione il contesto nel quale la stessa pratica si inserisce, ed in particolare i limiti del mezzo di

1/2018

comunicazione impiegato, le restrizioni in termini di tempo e di spazio imposte dallo stesso, nonché di qualunque misura adottata dal professionista per mettere le informazioni a disposizione del consumatore con altri mezzi.

La precisazione ulteriore della Corte, cui occorre dare specifico rilievo, è che il menzionato principio deve essere affermato anche qualora esso non risulti espressamente dal tenore letterale della normativa nazionale di attuazione. La Corte ha infatti riconosciuto il valore dei lavori preparatori di un atto normativo in sede interpretativa affermando che, anche se la trasposizione di una previsione di una direttiva si colloca unicamente nei lavori preparatori della legge nazionale di attuazione e non nel testo di tale legge, il giudice nazionale è obbligato a tenerne conto in forza del principio di interpretazione conforme del diritto nazionale a quello europeo.

Conclusivamente, la pronuncia in commento si colloca nel solco di quella giurisprudenza europea, invero anche nazionale, orientata nel senso di fornire un'interpretazione della normativa in esame che risulti in concreto idonea a fornire il più elevato livello di tutela ai soggetti più deboli del rapporto di natura commerciale, i consumatori.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

ANTONELLA REGIO

L'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e la lesione del legittimo affidamento: profili sostanziali

ABSTRACT - The application of the principle of good faith to administrative law has led to the need to protect the legitimate expectations of the citizen. The starting point for reflection arises from the frequent controversies concerning the compensation for damage caused by a favorable provision issued by P.A. and then declared illegitimate. By virtue of the new article 21 - *nonies* of the law n. 241/1990 it is necessary to think about the possible hypotheses of responsibility of the P.A. and on the legal nature of this responsibility.

KEYWORDS - Administrative provision, annulment, legitimate expectation, good faith, responsibility of the P.A.

ANTONELLA REGIO*

L'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e la lesione del legittimo affidamento: profili sostanziali**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'interesse legittimo e l'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo favorevole - 2.1. (segue) La riforma legislativa "temporale" dell'art. 21 – nonies della legge n. 241/1990 - 3. L'esercizio del potere di annullamento d'ufficio nel rispetto del limite temporale - 3.1 La caducazione del provvedimento favorevole dopo un breve lasso di tempo - 3.2. La caducazione del provvedimento favorevole a ridosso della scadenza dei 18 mesi - 3.2.1 L'individuazione della fonte del pregiudizio dedotto - 3.2.2 La mancanza di colpa del destinatario dell'atto - 4. Il provvedimento di annullamento d'ufficio adottato oltre il termine dei 18 mesi: la situazione giuridica consolidata - 5. Conclusioni.

1. Premessa

L'evoluzione del rapporto tra cittadino e P.A. ha condotto - la giurisprudenza prima; e il legislatore dopo - a porre la dovuta attenzione alla posizione dei cosiddetti soggetti amministrati, anche sotto il profilo della loro tutela.

Avvertita l'esigenza di garantire un'effettiva protezione delle situazioni giuridiche soggettive, si prende atto, in primo luogo, dell'ampiezza delle azioni esperibili a loro tutela e del carattere di atipicità dei rimedi stessi¹.

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

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Con riguardo all'interesse legittimo, lo studioso ha assistito alla trasformazione (per effetto iniziale della sentenza Cass. SU n. 500/1999) del giudizio amministrativo da

In secondo luogo, si rileva che, dal riconoscimento dell'applicazione del principio di buona fede al diritto amministrativo², quale principio che informa la legalità della P.A. nell'esercizio dei suoi poteri istituzionali, è derivata la necessità di tutelare il legittimo affidamento del cittadino³.

Pertanto, l'esistenza di situazioni giuridiche soggettive, di cui è titolare il privato nei confronti della P.A., impone di compiere un'indagine sull'effettiva essenza di dette posizioni che, se lese, ripropongono le fattispecie concrete che quotidianamente costituiscono oggetto di giudizio⁴. Certamente, un'occasione per riflettere sulle questioni esposte è

processo all'atto a processo sul rapporto che ha imposto un'indagine sul rapporto sottostante, al fine di valutare la fondatezza sostanziale della pretesa; ciò attraverso una verifica prognostica sulla spettanza del bene della vita ai fini del risarcimento del danno. Sul punto v., tra gli altri, A. ROMANO TASSONE, *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in Enc. dir., VI aggiorn. (2002), Milano, 982 ss.

² Per un'approfondita analisi dell'applicazione del principio di buona fede nell'ambito del diritto pubblico, v. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001, che già nel 1970, nel testo "*L'affidamento del cittadino*", aveva affermato la valenza della buona fede nel diritto amministrativo (e ciò contrariamente all'opinione della dottrina italiana dell'epoca - tra gli altri, si cita Guicciardi-). In direzione analoga, v. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1995; v. E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in Dir. econ., 1/2001, 317 ss.; altresì v. L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in Dig. disc. priv., Sez. civ., II (1988), Torino, 176, dove si discorre della sorte della buona fede sul piano pubblicistico.

³ Si evidenzia che l'evoluzione del rapporto tra cittadino e P.A. ha condotto il legislatore del 1990 a qualificare i principi di efficienza, di economicità dell'azione amministrativa e di partecipazione del privato al procedimento amministrativo quali criteri giuridici positivi. In virtù del dovere specifico di comportamento della P.A., il privato diviene beneficiario dell'adempimento di obblighi, da parte del soggetto pubblico, tra i quali, la pronuncia della Cass. SU n. 500/99 ha identificato anche quello di "*correttezza*".

⁴ Si tratta di un'operazione interpretativa che presenta risvolti pratici sul piano processuale. A propositi dell'ordinario criterio di riparto di giurisdizione tra g.o. e g.a. v., tra gli altri, G. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e la stabilità dell'atto amministrativo*, in Foro amm., 7-8/2016, 1993, che osserva quanto segue: "*il giudice del*

rappresentata dalle frequenti controversie inerenti al risarcimento del danno da provvedimento favorevole rilasciato dalla P.A. e poi dichiarato illegittimo⁵ (e per tale ragione annullato in sede di autotutela dalla stessa P.A., o caducato in sede giurisdizionale a seguito di azione di annullamento esperita da parte di terzi controinteressati⁶).

riparto non può sottrarsi all'obbligo di stabilire, in tutti i casi di conflitto di giurisdizione, la natura della situazione lesa (diritti o interessi legittimi) e di ricondurre ad una delle due categorie tutte le più disparate situazioni meritevoli di tutela, ai sensi degli articoli 24 e 101 della Costituzione (...)".

⁵ Tra le fattispecie concrete ricorrenti nella prassi giurisprudenziale si menzionano: l'ipotesi del rilascio di un permesso di costruire successivamente rimosso tramite un provvedimento adottato in sede di autotutela o annullato in sede giurisdizionale a seguito dell'impugnazione da parte di terzi controinteressati (si pensi ai terzi che hanno proprietà adiacenti a quella interessata dall'adozione di detto permesso); l'ipotesi dell'aggiudicazione ottenuta in una gara per l'affidamento di un pubblico servizio successivamente annullata dal giudice amministrativo perché illegittima a seguito di un ricorso di un altro concorrente; la presa di servizio successiva ad una procedura concorsuale, in un secondo momento annullata o la posizione di un candidato in un pubblico concorso pregiudicato dall'annullamento del provvedimento di nomina viziato.

⁶ Le due ipotesi tracciate si sono verificate nelle varie e note vicende giudiziarie, oggetto di pronunce del giudice della giurisdizione e del supremo organo di giustizia amministrativa. Il riferimento è alle ordinanze della Cass. SU del 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596 e all'ordinanza del 4 settembre 2015 n. 17586 in *DeJure*, banca dati Giuffrè; altresì, tra le altre, v. pronuncia del Cons. St. del 27 settembre 2016 n. 3997, in www.giustizia-amministrativa.it. Nell'ottica di adozione di provvedimento ampliativo poi dichiarato illegittimo dal giudice amministrativo, v., da ultimo, Cass. SU 22 giugno 2017 n. 15640, in *DeJure*, banca dati Giuffrè.

Con riguardo alle ordinanze "gemelle" citate 2011 v., tra le altre, le riflessioni di R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in Riv. giur. edil., 2-3/2011, 413 ss.; G. D. COMPORTI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in Giur. ital., 1/2012, 194 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in Resp. civ. e prev., 9/2011, 1749B ss.; A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in Giust. civ., 5/2011, 1217 ss.; S. MASERA, *Danno da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in Urb. e app. n. 8/2011, 915 ss.; L. D'ANGELO, *Le Sezioni Unite scrivono un*

L'attenzione verrà qui riposta sull'ipotesi del rilascio da parte di una P.A. di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, successivamente oggetto di esercizio del potere di annullamento d'ufficio per motivi di legittimità.

L'analisi partirà dalla posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo e dal necessario esercizio del potere pubblico, proteso all'adozione di un provvedimento favorevole. Una volta accertata l'illegittimità dell'atto ampliativo, la P.A. provvede all'annullamento in autotutela del medesimo. La combinazione dei due provvedimenti anzidetti, la cui adozione concretizza il comportamento della P.A., imporrà di distinguere alcune scansioni temporali, alla luce della riforma legislativa che ha riguardato l'art. 21 – *nonies* della legge n. 241/1990, al fine di verificare in quali casi si possa ipotizzare o meno l'esistenza dell'affidamento incolpevole del cittadino e la sua lesione.

2. L'interesse legittimo e l'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo favorevole.

L'interesse legittimo⁷ è una situazione giuridica soggettiva avente natura sostanziale, che si configura quando il bene al quale il titolare tende non

nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?, in Giust. civ., 10/2011, 2321 ss.; M. SINISI, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in Riv. giur. edil., 5/2015, 1059 ss. Con riguardo all'ordinanza Cass. SU n. 17586/2015 v. C. E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in Dir. proc. ammin., 2/2016, 564 ss.

⁷ L'interesse legittimo è l'espressione del rapporto tra il cittadino e la P.A. che esercita il potere. E' questo l'insegnamento di Nigro la cui teoria (cosiddetta normativa) è sicuramente oggi quella più diffusa in sede dottrinale. Detta teoria ha come presupposto la considerazione che la norma attributiva del potere è una norma che regola e soppesa anche gli interessi privati coinvolti nell'esercizio dell'attività amministrativa. In particolare, v. F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, 196 ss. che, riprendendo i contributi della dottrina sulla ricerca del *proprium*

sia garantito dalla legge in modo diretto, ma necessiti dell'intermediazione dell'esercizio del potere amministrativo, la cui esplicazione è regolamentata dalla legge⁸. In tali casi, la P.A, svolgendo la necessaria attività istruttoria in ambito procedimentale, esercita il potere pubblico attraverso l'adozione di un provvedimento amministrativo che può essere di diniego, con il quale dispone il rigetto dell'istanza presentata, o avente carattere favorevole, di soddisfacimento della pretesa avanzata dal cittadino. In quest'ultima direzione, il rilascio di un provvedimento ampliativo attribuisce al privato il conseguimento dell'utilità perseguita e l'esplicazione delle attività consentite.

Detto provvedimento positivo può essere accertato successivamente quale atto illegittimo (l'ipotesi ricorrente è la censura della violazione di norma di legge) e costituire oggetto di esercizio del potere di autotutela della P.A. In particolare, è il riesame con esito demolitorio, quale l'annullamento d'ufficio, che consente alla P.A., ricorrendo le condizioni prescritte dalla legge, di caducare l'atto illegittimo con efficacia *ex tunc*.

dell'interesse legittimo, riporta la definizione dello stesso coniata da Giovanni Miele quale "*posizione giuridica di vantaggio in ordine ad un bene della vita*", sia pure non autonoma.

⁸ Sulla natura sostanziale dell'interesse legittimo e sul concetto di bene della vita, v. tra gli altri, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, 71 ss. In particolare, l'autore, dopo avere in precedenza osservato che l'interesse legittimo non è una posizione soggettiva di tipo "assoluto", ma correlata all'esercizio di un potere da parte della P.A., osserva che "*una volta stabilito che l'interesse legittimo è figura di diritto sostanziale, va però chiarito in che cosa consista, rispetto ad esso, quel <bene della vita> che costituisce una componente di tutte le posizioni soggettive di diritto sostanziale*". Altresì, v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, 138, che nella ricostruzione dell'interesse legittimo identifica il suo baricentro con l'utilità finale che il soggetto titolare di detta situazione giuridica soggettiva mira a conservare o ad acquisire. A proposito dell'essenza dell'interesse legittimo e la sua distinzione con il diritto soggettivo, v., tra gli altri, R. CAPONIGRO, cit., 413. Nell'elaborazione di alcune riflessioni a margine delle ordinanze della Cass. SU del 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, l'autore sottolinea la circostanza che la posizione di interesse esprime "*una relazione dinamica con l'esercizio del potere pubblico*".

2.1 (segue) La riforma legislativa “temporale” dell’art. 21 – nonies legge n. 241/1990.

Delimitato il campo d’indagine all’ipotesi di annullamento d’ufficio del provvedimento favorevole, si rende necessario fare un cenno alla riforma legislativa che ha riguardato di recente detto istituto.

La legge 7 agosto 2015 n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) ha prescritto, all’art. 6 lett. d), la modifica dell’art. 21 – nonies della legge n. 241/1990, delimitando l’ambito temporale dell’esercizio del potere di annullamento d’ufficio entro un termine ragionevole “*comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici*”⁹.

⁹ Tra le letture relative alla modifica dell’istituto dell’autotutela amministrativa, nell’ambito dell’ampia riforma richiamata, v.: M. CLARICH, G. FONDERICO, *Riforma Pa, il successo della “legge Madia” si gioca sulle deleghe*, in Guida al dir. - Il Sole 24 Ore, 36/2015, 10; S. CASSESE, *Rifare l’Italia? Il governo Renzi e la questione amministrativa*, in Gior. dir. amm., 8-9/2014, 785; S. BATTINI, *Una nuova stagione di riforme amministrative*, in Gior. dir. amm., 11/2014, 1017; B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *La riforma della pubblica amministrazione*, in Gior. dir. amm., 5/2015, 621 ss. che, con riferimento agli obiettivi della riforma e in particolare al potere di autotutela, così si esprime “*I suoi principali obiettivi possono essere forse sintetizzati nei concetti di unitarietà del sistema amministrativo e di flessibilità nell’organizzazione delle amministrazioni. (...). La legge (...) introduce elementi volti a rafforzare il principio unitario. Lo fa con innovazioni come: (...), i limiti all’autotutela amministrativa, per far sì che le amministrazioni si presentino al cittadino con una voce sola, coerente nel tempo*”. In particolare, M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *La riforma della pubblica amministrazione*, in Gior. dir. amm., 5/2015, 634 ss., osserva che “*Con l’art. 6 della L. n. 124 del 2015 si procede ad un significativo ripensamento dei poteri di autotutela. L’ampiezza dell’annullamento d’ufficio viene circoscritta entro precisi limiti temporali. (...). L’esito è un maggior presidio dei principi di effettività dei diritti di certezza e stabilità delle situazioni*

L'introduzione del limite temporale all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio¹⁰ si configura quale risposta del legislatore all'esigenza di certezza del diritto e alla necessità di tutela dell'affidamento del cittadino¹¹, altrimenti esposto ad una instabilità della situazione giuridica conseguita per effetto del rilascio del provvedimento ampliativo¹².

giuridiche soggettive a fronte dell'esercizio dei poteri di autotutela decisoria, nel rispetto della regola della buona fede e dell'affidamento del privato".

¹⁰ Sul profilo temporale, v. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, 556 ss., il quale, prima della riforma "temporale", sosteneva che "di rilievo è la precisazione secondo cui l'annullamento va posto in essere entro un termine ragionevole decorso il quale i suoi effetti vanno dunque considerati consolidati: è questa (...) un'ulteriore applicazione del principio della tutela dell'affidamento". Dunque, la produzione degli effetti retroattivi dell'annullamento potrebbe essere impedita dall'esistenza di situazioni già consolidate la cui rimozione confliggerebbe con il principio di buona fede o di affidamento ingenerato in capo a chi, sul presupposto della legittimità dell'atto, vi abbia dato esecuzione. Ivi si individua il fondamento dell'obbligo di risarcire il danno al privato.

¹¹ Come rilevato in dottrina, (v. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino* in *Dir. amm.*, 4/2005, 843 ss.) "i limiti di origine giurisprudenziale all'annullamento d'ufficio sono stati visti come la risposta, non del tutto consapevole, all'esigenza di tutela dell'affidamento del cittadino". Come già rilevato da F. MERUSI, *op. cit.*, 92, "i contorni dell'annullamento d'ufficio sono venuti delineandosi più ad opera della giurisprudenza che della normativa legislativa. Sia in Italia che in Germania la disciplina legislativa dell'annullamento d'ufficio ha carattere frammentario e (...) la giurisprudenza ha finito per "piegare" il disposto legislativo già affermato in materia".

¹² La ragione di una definizione temporale per l'esercizio di detto potere è consequenziale alla necessità di limitare l'esistenza di controversie instaurate tra privato e P.A. circa la qualificazione di un termine quale ragionevole, sotto il vigore della precedente normativa, espressione di potere discrezionale della P.A., suscettibile di eccesso di potere. Sul punto, tra gli altri, v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, 227, che, dopo aver descritto la disciplina previgente, osserva che "Rientra nella discrezionalità dell'amministrazione stabilire se il termine è <ragionevole> e poiché ciò introduce un elemento di incertezza sulla stabilità dei rapporti giuridici amministrativi,

Con la riforma legislativa¹³ è evidente che la buona fede e l'affidamento del cittadino sono maggiormente tutelati dalla legge attraverso la previsione del limite massimo dei diciotto mesi, oltre il quale la posizione acquisita dal destinatario del provvedimento favorevole è intangibile ad un successivo intervento del potere pubblico; e ciò in ossequio alla ricerca del fondamento del principio di tutela dell'affidamento nel principio di sicurezza giuridica¹⁴, connesso al concetto stesso di stato di diritto, il quale mira a proteggere le aspettative del cittadino¹⁵.

l'art. 6 della l. n. 124/2015 fissa, almeno per alcuni tipi di provvedimenti (di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici), il termine in diciotto mesi”.

¹³ Questa scelta normativa riecheggia la ricostruzione della tutela dell'affidamento da parte della dottrina tedesca, così come riportata da F. MERUSI, op. cit., 8 ss. *“Dopo gli anni settanta la letteratura tedesca è invece costante nel respingere la connessione fra principio di buona fede e tutela dell'affidamento. Il principio della tutela dell'affidamento avrebbe una sua valenza autonoma (...), tutela che sarebbe imposta dalla esigenza di certezza nei rapporti giuridici garantita dallo Stato di diritto”. (...) La certezza del diritto desunta dallo Stato di diritto è, in definitiva, la fonte che impone di tutelare le aspettative generate anche dal comportamento della p.a.”.*

¹⁴ A tal proposito v. D. CORLETTO (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Cedam, Padova, 2007, 2 ss., il quale rileva come il principio dell'affidamento e quello più generale della certezza del diritto si immedesimano con le ragioni di fondo dell'esistenza stessa di un ordinamento giuridico. A proposito dell'inquadramento del principio di affidamento nel sistema dei principi, l'autore osserva che *“si è ritenuto talvolta di doverlo collegare al concetto di buona fede, altre volte di doverlo considerare uno degli aspetti del generale principio di certezza del diritto (o se si vuole così chiamarlo) di sicurezza giuridica; altre volte ancora lo si è collegato al concetto stesso di stato di diritto, il quale garantisce appunto, attraverso la certezza del diritto, le aspettative dei cittadini”.*

¹⁵ Sul punto, v. F.F. PAGANO, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, Relazione Convegno Gruppo di Pisa, 18 settembre 2014 presso l'Università di Roma Tre – Gruppo di Pisa – Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale, il quale osserva che *“la certezza del diritto si pone in una dimensione più ampia rispetto a quella, necessariamente più circoscritta, del principio di affidamento. Essa rappresenta un presupposto del diritto (...) una premessa necessaria affinché un ordinamento sia riconoscibile come tale. Ben diversa, la dimensione in cui si colloca il*

3. L'esercizio del potere di annullamento d'ufficio nel rispetto del limite temporale.

La nuova formulazione dell'art. 21 – *nonies* della legge n. 241/1990, prescrive, dunque, che la P.A. non può adottare un provvedimento di riesame trascorso il termine massimo introdotto dalla riforma¹⁶. Occorre chiedersi se sia configurabile una lesione dell'affidamento del cittadino, dinnanzi ad un provvedimento di annullamento d'ufficio adottato nel rispetto dei diciotto mesi.

Alla luce di quanto detto, si rende necessario distinguere l'ipotesi dell'adozione del provvedimento di autotutela a breve distanza di tempo dall'originaria emanazione dell'atto ampliativo, dalla diversa situazione in cui il provvedimento favorevole ha generato, invece, un legittimo affidamento del privato che lo ha condotto all'esplicazione dell'attività consentita.

I criteri discretivi tra le due differenti ipotesi sono rappresentati dal dato oggettivo del tempo trascorso, dall'effettivo e concreto utilizzo di questo lasso temporale per il compimento dell'attività consentita dall'atto

principio del legittimo affidamento che attiene al rapporto fiduciario esistente tra governanti e governati e alla pretesa di stabilità della disciplina legislativa pregressa in base alla quale i governati abbiano maturato posizioni di vantaggio”.

¹⁶ Secondo una delle prime pronunce sul punto (Tar Puglia-Bari, sez. III, 17 marzo 2016 n. 351, in www.giustizia-amministrativa.it) il provvedimento adottato oltre il termine di 18 mesi sarebbe illegittimo; in quanto il termine introdotto ha natura perentoria (il tenore letterale della disposizione riformata rinvia proprio all'adozione effettiva del provvedimento di autotutela, a nulla rilevando l'invio della comunicazione di avvio del procedimento di autotutela entro il termine di 18 mesi. Al riguardo, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, Ad. per la Commissione speciale del 15 marzo 2016, con parere 30 marzo 2016 n. 839, in www.giustizia-amministrativa.it, ha ritenuto che “*il termine va riferito alla compiuta adozione degli atti di auto annullamento*”).

adottato in origine e quindi dalla nascita di una situazione di affidamento incolpevole del destinatario consolidata nel tempo.

3.1 La caducazione del provvedimento favorevole dopo un breve lasso di tempo.

La prima situazione che merita di essere analizzata si configura allorché l'organo pubblico proceda alla caducazione del provvedimento ampliativo a breve distanza di tempo dall'adozione di detto atto favorevole.

Per valutare se si possa verificare una possibile lesione dell'affidamento e una conseguente responsabilità della P.A., occorre appunto definire la situazione di affidamento.

L'affidamento si identifica con uno stato di convinzione relativo alla stabilità del provvedimento emanato che, per assumere rilevanza giuridica, deve necessariamente presentare alcune caratteristiche sul piano oggettivo, soggettivo e temporale. Innanzitutto esso deve derivare da una situazione di fiducia generata dall'esercizio del potere pubblico; deve, altresì, essere incolpevole e quindi il privato se è in buona fede può far valere le ragioni generate dalla convinzione circa la legittimità dell'atto che gli ha attribuito il bene della vita; infine, il profilo temporale rappresenta il terzo connotato al quale l'affidamento deve rispondere. Affinché quest'ultimo assuma rilevanza giuridica, è necessario che sia consolidato, proprio in ragione del tempo intercorso tra l'adozione dell'atto ampliativo e il provvedimento di annullamento d'ufficio. Detta riflessione conduce a porre attenzione sul ruolo svolto dal fattore tempo e sull'individuazione del momento in cui origina un affidamento meritevole di protezione in capo al cittadino. Il fondamento della situazione di convinzione circa la legittimità del provvedimento positivo si rinviene nell'adozione del provvedimento favorevole e non nel protrarsi dell'inerzia, il cui arco temporale, peraltro, oggi è delimitato dalla legge. Certamente, infatti, più si assiste al

trascorrere del tempo, entro il limite massimo, e tanto più la situazione conseguita si consolida. Pertanto, il connotato cronologico, può essere inteso come un elemento costitutivo, ma è altresì, e soprattutto, un fattore di potenziamento dell'affidamento¹⁷. La fiducia nella legittimità dell'atto provvedimentale nasce, quindi, da subito¹⁸ e si consolida nel tempo.

¹⁷ In tal senso, si veda la riflessione, seppur *ante* riforma 2015, di F. TRIMARCHI BANFI, cit., 843 ss., che ragiona in questi termini “*Ipotizzare l'affidamento come posizione giuridica che nasce non con l'emanazione del provvedimento, ma solo quando il comportamento dell'amministrazione diviene inerzia, presuppone che la rimozione d'ufficio del provvedimento sia un evento il cui rischio deve essere accettato (...). Questa costruzione, non del tutto convincente in se stessa, deve essere riconsiderata alla luce dell'art. 21 – nonies della legge n. 241/1990, che pone un termine alla possibilità di annullare d'ufficio i provvedimenti illegittimi. (...) la questione della tutela dell'affidamento si pone soltanto se il potere di annullare sussiste, vale a dire fino a quando non è scaduto il termine ragionevole, passato il quale il potere di annullamento si estingue. Ma se è così, cade la possibilità di situare la nascita dell'affidamento al momento nel quale il tempo trascorso genera la fiducia nel protrarsi dell'inerzia: di inerzia, a rigore, non sarà possibile parlare fintanto che non sia scaduto il ragionevole termine per l'annullamento; ma quando il termine sarà scaduto l'annullamento sarà senz'altro escluso. Si potrà dire, se si vuole, che l'affidamento è ora tutelato in via generale e astratta dalla disposizione di legge che stabilisce che il potere di annullamento si estingua con il passaggio del tempo ragionevole; ciò non toglie che il fattore tempo diviene irrilevante per il venir in essere dell'affidamento dell'interessato nel caso concreto. Se è così, la tutela dell'interesse del destinatario del provvedimento deve essere posta su altre basi. L'affidamento deve essere considerato oggi non come aspettativa che perduri l'inerzia dell'amministrazione, ma come fiducia nella stabilità del provvedimento: cioè come fiducia nella certezza delle situazioni giuridiche costituite dall'amministrazione*”.

¹⁸ In un'ottica di teoria generale del diritto, v. l'elaborazione di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica (II. Dogmatica giuridica)* Giuffrè, Milano, 1997, 135. L'autore nello studio che produce in tema di efficacia giuridica e relativamente al rapporto tra il fatto e l'effetto, sostiene che “*se in un dato tempo si compie il fatto, nel tempo successivo l'atto assume valore giuridico. Poiché il valore condizionato è l'effetto, ne deriva che il tempo dell'effetto giuridico è posteriore al tempo del fatto giuridico. Tuttavia la dottrina comunemente insegna che l'effetto giuridico sorge nello stesso tempo in cui il fatto giuridico giunge a compimento, il momento in cui si conclude il fatto è anche il momento in cui si apre e si inizia l'effetto*”.

Le riflessioni sull'identificazione dell'essenza dell'affidamento conducono a ritenere che se il tempo trascorso tra l'adozione dei due atti è particolarmente breve, il privato, la cui sfera giuridica è stata ampliata, non ha avuto la possibilità di consolidare la posizione conseguita. Presumibilmente, in questa ipotesi, si verifica una mancata lesione dell'affidamento che, nel caso prospettato, non si può configurare.

3.2 La caducazione del provvedimento favorevole a ridosso della scadenza dei 18 mesi.

Differente appare la situazione in cui il provvedimento di annullamento d'ufficio, pur essendo adottato entro il limite massimo dei 18 mesi dall'originaria adozione del provvedimento ampliativo, intervenga su una posizione consolidata del destinatario dell'atto. Una situazione esemplificativa che può proporsi è la tipica adozione del provvedimento di autotutela nel quindicesimo mese dall'atto iniziale. Ciò detto, e riprendendo quanto evidenziato sull'essenza dell'affidamento e il ruolo svolto dal fattore tempo, il cui trascorrere ha di fatto potenziato la posizione generata nel destinatario dell'atto, non può negarsi che in questa ipotesi si possa verificare una lesione dell'affidamento, che deve essere, come si vedrà, necessariamente incolpevole perché venga tutelato.

Pertanto, si ritiene che un affidamento legittimo possa essere leso per effetto di un provvedimento di annullamento d'ufficio che rispetti tutti i requisiti determinati dal vigente art. 21 – *nonies*, compreso il profilo temporale¹⁹. Può infatti verificarsi che nel termine non superiore ai

¹⁹ Si rileva che una recente pronuncia giurisprudenziale, Cons. St., 27 settembre 2016 n. 3975, in www.giustizia-amministrativa.it, potrebbe dare un impulso ad una rivalutazione circa la spettanza di una tutela risarcitoria in sede giurisdizionale per la lesione dell'affidamento legittimo. In particolare, così di legge “*Non potrebbe dirsi nella specie violato alcun “affidamento” che, in ogni caso, non potrebbe ora qualificarsi legittimo, per quanto detto a proposito della piena legittimità dell'autotutela. È pacifico,*

n. 1/2018

diciotto mesi il cittadino abbia avviato un'attività, quale esplicazione legittima del provvedimento ampliativo rilasciato²⁰. E', infatti, impensabile che il privato debba attendere il decorso del tempo per conseguire la certezza relativa alla stabilità dell'utilità perseguita. Se così fosse, si contraddirebbero i principi del procedimento amministrativo, improntato, sempre di più, ad una logica imprenditoriale, in termini di celerità ed efficienza nel dare una risposta al cittadino.

Quindi, le circostanze rilevanti sono costituite dal decorso del tempo che incide sul consolidamento dell'utilità perseguita per effetto del provvedimento positivo e dal concorso di altri fattori che contribuiscono

d'altronde, che la disciplina giuridica dell'annullamento d'ufficio, a differenza di quanto previsto per la revoca dell'atto amministrativo, esclude che possa residuare spazio per la riparazione patrimoniale del destinatario dell'atto di annullamento quando siano per altro verso ricorrenti tutte le condizioni (come appunto nel caso in esame) per l'esercizio dell'autotutela. E ciò in ragione del fatto che la ricorrenza di un interesse pubblico attuale alla rimozione di un atto ab origine illegittimo, prevalente rispetto all'interesse privato antagonista, esaurisce la fattispecie normativa, senza che residui alcuno spazio per la riparazione patrimoniale del privato inciso negativamente dall'esercizio dell'autotutela (con formula sintetica potrebbe dirsi che non vi può mai essere affidamento legittimo, meritevole di tutela risarcitoria, fondato su provvedimento illegittimo. Potrebbe essere non più opportuno far luogo all'annullamento in autotutela, in considerazione del tempo trascorso e degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; ma quando tali condizioni sono, come nella specie, rispettate, non vi è spazio per la tutela patrimoniale)".

²⁰ V. D. CORLETTI, op. cit., 46, che ha osservato che "(...) a ben leggere la giurisprudenza in materia si deve concludere che <il pieno sfruttamento dell'atto amministrativo, anche se avvenuto in tempi brevi, ma con grande impegno di mezzi economici e con l'avviamento dell'attività imprenditoriale conseguente, determina un consolidamento della situazione e un affidamento del privato di certo maggiore di quelli che potrebbero ipotizzarsi quando il privato, pur avendo ottenuto da molto tempo i provvedimenti richiesti, non li utilizza>. Se ne è esattamente ricavato che <non è quindi (solo) il tempo a determinare il consolidamento delle situazioni, ma gli elementi di cui il tempo si è riempito> ossia in conclusione, che <non è tanto il tempo ad avere importanza quanto l'uso che il privato ha fatto del provvedimento>".

alla stabilità dello svolgimento dell'attività consentita, quale certamente il compimento di atti, esplicazione del diritto esercitato. A proposito dell'ipotesi ricorrente del rilascio di permesso di costruire, successivamente oggetto di caducazione, il cittadino affronta decisioni incidenti certamente sul profilo economico – patrimoniale.

Lo stretto legame tra il rilievo del fattore temporale e l'utilità perseguita dal cittadino, oggetto di una situazione consolidata, riecheggia questioni di teoria generale del diritto²¹. Infatti, il tempo influenza i fenomeni giuridici e in particolar modo l'evoluzione e lo sviluppo delle situazioni giuridiche²².

3.2.1 *L'individuazione della fonte del pregiudizio dedotto.*

²¹ Il riferimento è ad A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., che ha prodotto un'elaborazione in tema di efficacia giuridica. In particolare, *ivi*, 93, si legge “*nei fenomeni giuridici le situazioni da considerare sono in linea di massima situazioni temporali e senza dubbio il tempo ha in esse una speciale importanza*”. Si tratta di una considerazione, in un'ottica sistematica del diritto, che ben si attaglia al diritto amministrativo, e in particolar al rapporto tra la P.A. e il cittadino, che è di regola un rapporto di durata, dove il trascorrere del tempo incide su di esso notevolmente. Come si legge nel testo citato, *ivi*, 143 s., “*essenzialmente su considerazioni di tempo si fonda la dottrina delle trasformazioni dell'effetto giuridico. La quale notoriamente è nata, insieme con la stessa idea di effetto giuridico, dalla riflessione teorica dei Pandettisti sulle vicende di mutamento dei diritti soggettivi privati (costituzione, modificazione, estinzione). Si ottiene un più largo angolo visuale quando dal diritto soggettivo privato si passa ad ogni situazione giuridica e si studiano i possibili mutamenti delle situazioni giuridiche in genere. Questo ampliamento di visuale è necessario in una teoria generale dell'effetto giuridico e permette di estendere utilmente l'impiego di certe categorie fondamentali a piani diversi da quello privatistico in cui sono sorte in origine: per esempio al diritto pubblico e al diritto internazionale*”.

²² Sul punto, v. A. FALZEA, *op. cit.*, 143 ss. che in apertura alla trattazione delle categorie di efficacia giuridica ragiona in questi termini “*essenzialmente su considerazioni di tempo si fonda la dottrina delle trasformazioni dell'effetto giuridico*”.

Preso atto della possibile lesione, nell'ipotesi appena descritta, della situazione generata, occorre procedere, a questo punto, all'individuazione della fonte del pregiudizio dedotto (quale, appunto, la lesione del legittimo affidamento).

Certamente l'atto che provoca la lesione dell'affidamento del privato non si può identificare nel provvedimento illegittimo favorevole²³. Ciò in quanto il danno non è consequenziale al provvedimento citato che inizialmente è favorevole, e difatti soddisfa l'interesse legittimo²⁴, e successivamente viene eliminato sul piano giuridico con effetti *ex tunc*.

Occorre, invece, ragionare sulla possibilità che la fonte del pregiudizio lamentato sia da rinvenire nell'emanazione del provvedimento adottato in autotutela. Detto provvedimento è ablatorio, ma giustificato e pertanto espressione di un esercizio legittimo del potere amministrativo. Bisogna quindi domandarsi se una concreta lesione alla posizione di affidamento possa derivare da un atto legittimo. In dottrina²⁵, nell'ipotesi oggetto di

²³ Sul punto, tra le altre pronunce, v. Cons. St., Sez. VI, 27 settembre 2016 n. 3997, in www.giustizia-amministrativa.it, che statuisce che il danno non deriva cronologicamente ed etiologicamente dal provvedimento illegittimo; si legge "(...) *non si tratta di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (...), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale ex art. 2043 c.c., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia del danno – evento da affidamento incolpevole*".

²⁴ Per citare letteralmente le statuizioni più recenti sul tema, v. Cass., SS. UU., 4 settembre 2015, n. 17586, in *DeJure*, banca dati Giuffrè, che ha ritenuto che "(...) *se il provvedimento viene emesso a seguito di un agire dell'amministrazione illegittimo tale interesse è soddisfatto e lo è illegittimamente, cioè attraverso un modo di provvedere non legittimo*". Sulla mancata soddisfazione dell'interesse legittimo, v., invece, le osservazioni di G. CIRILLO, cit., 2007.

²⁵ Tra gli altri v. A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corr. giur.* n. 7/2011, 941, sottolinea come non sia possibile individuare alcun atto e/o provvedimento contro cui agire, giacché l'uno era favorevole al privato e l'altro, ablatorio, giustificato e quindi legittimo. Anche F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giur. Editr., Roma, 2016, 108, ritiene che il danno non promani dal provvedimento legittimo di rimozione in autotutela.

studio, è stato escluso che un pregiudizio possa derivare da un provvedimento frutto di esercizio del potere legittimo.

L'unica ipotesi eventuale da considerare è la seguente. Occorre valutare se sia possibile rinvenire nell'atto legittimo espressione del potere di autotutela un atto lecito dannoso, dal compimento del quale deriverebbe l'obbligo di indennizzo.

La ragione giustificativa dei profili di responsabilità da atto lecito dannoso si rinviene nella necessità di obbligare chi ha compiuto un atto lecito al pagamento di un indennizzo, in quanto, per motivi di equità, è necessario che chi ha compiuto l'atto debba tenere indenne chi lo ha subito²⁶.

La ragione per la quale non possa ritenersi che il danno patito possa derivare eziologicamente dall'atto di annullamento d'ufficio, risiede nella circostanza che l'atto in questione compiuto non è un provvedimento del tutto isolato e scevro di connessioni con l'esercizio complesso dell'attività amministrativa. L'annullamento d'ufficio è un provvedimento c.d. di secondo grado che interviene per caducare un provvedimento che illegittimamente aveva ingenerato un affidamento nel privato.

Previsioni di responsabilità della P.A., tali da comportare il pagamento di un indennizzo dei danni subiti dai privati a causa di attività lecite dell'amministrazione, si rinvengono non in una norma generale, ma in previsioni specifiche²⁷. Tra queste, ad oggi, non c'è una prescrizione riferita

²⁶ Sul punto v. C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1998, 557, che individua il fondamento dell'obbligo di indennizzo "*nell'esigenza che in determinati casi chi esercita un diritto ne paghi le conseguenze economiche negative subite da altri*".

²⁷ Sulla possibile estensione analogica delle disposizioni che prescrivono l'obbligo di indennizzo (ponendo un fondamento per la responsabilità della P.A. da atto lecito dannoso) già se ne era discusso in passato. Sul punto, v. G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, Riv. dir. civ., I/1967, 266 ss. che osserva "*il problema è stato posto ed ampiamente dibattuto nel diritto amministrativo con soluzioni contrastanti. La nostra dottrina privatistica non pare che si sia posto il quesito, in quanto ha sempre considerato queste fattispecie di natura eccezionale. Nell'ambito del diritto amministrativo si presentano nella pratica numerose fattispecie di atti leciti dannosi della P.A. non espressamente regolate da una norma. Gli autori che*

all'annullamento d'ufficio di provvedimento, che continua, pertanto, a non essere coperta da garanzia indennitaria²⁸. Queste considerazioni richiamano alla mente la differente previsione in materia di revoca (rimanendo nel campo dell'autotutela). Detto istituto è disciplinato nell'art. 21 – *quinques* della legge n. 241/1990 e prescrive che qualora la revoca comporti pregiudizi in danno dei soggetti interessati direttamente ne deriva l'obbligo per la P.A. di corrispondere loro un indennizzo. Si rileva, però, che mentre i presupposti che consentono alla P.A. di esercitare il potere di revoca sono: i sopravvenuti motivi di pubblico interesse, mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, l'annullamento d'ufficio si fonda, invece, su censure di legittimità. Ciò implica che la P.A. avrebbe potuto fin dall'origine adottare un provvedimento perfetto e legittimo, ma per negligenza, imprudenza, imperizia, ha violato una norma di legge. Nell'ottica del legislatore è chiaramente evidente in questa ultima ipotesi la ragione di una mancata previsione dell'indennizzo, che è invece sostituita dalla prassi giurisprudenziale consistente nel riconoscimento del risarcimento del danno conseguente all'eliminazione, con effetti necessariamente *ex tunc* (si tratta di un atto viziato), del provvedimento originario.

negano l'analogia per questi casi di responsabilità si rifanno al loro presunto carattere eccezionale. (...)". Secondo l'autore "si deve escludere in primo luogo che sussista un principio generale di responsabilità per atti legittimi della P.A. La risarcibilità del danno causato legittimamente dalla P.A. nelle ipotesi previste dalla legge ha sempre una ratio particolare". In ogni caso osserva l'autore "si può in definitiva ammettere un'estensione di queste specifiche norme a casi analoghi, ove occorran sufficienti ragioni".

²⁸ In questi termini v. E. SCOTTI, *Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione (Ottobre 2014)*, in www.ius-publicum.com. L'autrice, nell'ambito di un quadro frammentario, distingue le diverse ipotesi di previsione di obbligo indennitario, proprio a proposito dell'autotutela.

L'ipotesi dell'obbligo indennitario discendente dall'istituto della revoca (che ha consentito di individuare la ragione della scelta del legislatore di non prescrivere una tutela indennitaria in caso di annullamento d'ufficio) riecheggia la ricerca della *ratio* giustificativa dei casi di responsabilità da atto lecito dannoso in ambito di diritto privato²⁹.

In particolare, nelle ipotesi di responsabilità connesse ai rapporti negoziali, si pensi all'obbligo indennitario previsto dall'art. 1328 c.c. in seguito alla revoca della proposta contrattuale, l'ordinamento intende garantire, fino alla conclusione del contratto, la libertà dei soggetti fra cui intervengono le trattative. Qualora si sia verificata l'esecuzione del contratto prima di avere notizia della revoca sorge l'obbligo dell'indennizzo. Detta previsione della revoca è espressione del principio di autonomia negoziale.

L'ipotesi dell'annullamento d'ufficio, invece, conduce la P.A. ad una valutazione circa il ripristino della legalità violata per effetto dell'adozione del primo provvedimento amministrativo.

Per queste ragioni, non si può ritenere che il singolo provvedimento iniziale o finale sia fonte di pregiudizio.

Sorge, pertanto, la necessità di porre l'accento sulla combinazione di detti atti, che di fatto, realizzano un unico comportamento complesso della P.A.³⁰.

²⁹ Opportunamente, in dottrina, v. G. TUCCI, cit., 229 ss., viene posta una distinzione. In particolare, l'autore osserva che *“la natura delle fattispecie, a cui si fa capo in tema di responsabilità per atti leciti dannosi, è profondamente diversa. (...) In primo luogo i casi di responsabilità connessi ad una situazione creatasi tra responsabile e danneggiato in previsione di un futuro negozio (artt. 79 – 81; art. 1328 c.c.). (...) Le fattispecie di responsabilità che si concretano in un recesso da un rapporto contrattuale (artt. 1671, 1725, 2227 c.c.; ed infine (...) i rapporti di vicinato”*.

³⁰ Sul punto, v. A. DI MAJO, cit., 941 che dopo aver escluso la singola rilevanza dei provvedimenti citati (atto ampliativo; provvedimento di secondo grado) dice chiaramente *“non resta che abbandonare l'area dei provvedimenti, per guardare, sotto diverso angolo visuale, ai comportamenti e cioè alla condotta che è dato desumere dall'intera vicenda”*. Riflettendo, poi, sui necessari risvolti in ambito processuale, prosegue

Concentrando l'attenzione sul comportamento dell'organo pubblico³¹ non ci si può esimere dal citare l'orientamento ormai pacifico della giurisprudenza che ritiene che la P.A. incorra in un'ipotesi di responsabilità civile ai sensi dell'art. 2043 c.c., essendo lesa il bene giuridico del diritto all'integrità patrimoniale. La Corte di Cassazione è ferma nel considerare che la parte che invoca tutela lamenta la

sostenendo che “è in base a questa distinzione che le Sezioni Unite, pur nella sede della giurisdizione esclusiva, non possono che riaffermare la giurisdizione del giudice ordinario, l'unico competente a conoscere di comportamenti lesivi di diritti, non riconducibili ad atti di esercizio di una pubblica funzione (...). La tutela dell'affidamento torna a far capolino anche nei rapporti tra privati e Pubblica amministrazione. In realtà, l'affidamento non ha ragione di porsi nei riguardi di provvedimenti e/o atti legittimi, portati ad effetto, perché da essi assorbito, né tanto meno di atti (giudicati) illegittimi, perché in tal caso, è il risarcimento a provvedere ma invece nei riguardi di “comportamenti”, così da ricondurre il rapporto a quello civilistico (...).”

³¹ A sostegno di questa tesi e della qualificazione del comportamento posto in essere come comportamento amministrativo, espressione di potestà pubblicistica, taluni richiamano una recente pronuncia Cass. SU 21 aprile 2016 n. 8057, in *DeJure*, banca dati Giuffrè, secondo la quale *“l'azione amministrativa illegittima – composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi – non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare. E' l'agire provvedimentale nel suo complesso che è messo in discussione, mentre l'affidamento nella legittimità degli atti non è altro che un profilo riflesso senza alcuna incidenza ai fini dell'affermazione della giurisdizione”*.

Occorre rilevare che detta pronuncia, in realtà, attiene ad un caso diverso da quello trattato. Infatti si assiste qui ad un doppio annullamento (in un primo momento era stato annullato d'ufficio il permesso di costruire, e successivamente il giudice amministrativo aveva annullato in sede giurisdizionale, appunto, il provvedimento adottato in autotutela).

Detta considerazione, relativa alla combinazione di atti e alla rilevanza del complessivo comportamento della P.A., riecheggia le parole di S. MASERA, cit., 915 ss., il quale ha sostenuto che, nel caso di presunti danni discendenti da atto legittimo, non si può negare che la lesione dell'interesse legittimo è stata causata non da uno specifico atto, ma dal combinarsi di più atti (un atto che abbia ampliato la sfera giuridica del destinatario e un successivo atto che lo abbia posto nel nulla). In un'ipotesi del genere, la lesione dell'interesse legittimo non sarebbe stata causata né dal primo né dal secondo atto, ma dal complessivo comportamento della P.A.

consumazione di un comportamento colposo della P.A. consistito nell'emanazione di atti favorevoli, poi ritirati in autotutela, che hanno creato affidamento nella loro legittimità e orientato una successiva condotta pratica con successivo pregiudizio della libertà negoziale.

Si potrebbe, invece, ragionare in termini diversi ed avanzare perplessità sulla suddetta natura giuridica della responsabilità della P.A.

In tal senso, l'applicazione del principio di buona fede nell'ambito del diritto pubblico, e in particolar modo nell'evoluzione del rapporto tra cittadino e P.A., impone di riflettere sul canone della buona fede oggettiva, quale regola cardine dei rapporti privatistici. Alla luce di questa circostanza, si ritiene che la P.A. è tenuta all'adozione di un provvedimento che sia perfetto e non affetto da vizi di legittimità, tali da ingenerare falsi affidamenti nel cittadino destinatario. Infatti, il privato ha diritto a ricevere un provvedimento stabile e definitivo, produttivo di effetti giuridici.

Partendo da questo assunto iniziale, in un'ottica di sistema, si potrebbe procedere all'applicazione in astratto del paradigma della responsabilità precontrattuale³². Certamente dettati in materia contrattualistica, gli artt.

³² L'idea non è certamente di nuovo conio. In precedenza, v. le riflessioni esposte da C. SCOGNAMIGLIO, cit., 1749B ss. che, a proposito della qualificazione da parte delle Sezioni Unite, nell'ipotesi di specie, quale responsabilità extracontrattuale, ha ritenuto trattarsi di *“ricostruzione opinabile e che si presta ad essere rimeditata. (...) in realtà, è la preesistente situazione di rapporto, originata dall'esercizio del potere, sulla cui legittimità il privato può ragionevolmente confidare, a rendere giuridicamente rilevante l'affidamento”*. Nel ragionare sui possibili modelli di responsabilità configurabili nelle ipotesi di specie, l'autore si concentra altresì sull'eventuale configurabilità della responsabilità precontrattuale, nei seguenti termini *“(...) oppure potrà notarsi la forte affinità tra queste ipotesi ed il modello della responsabilità precontrattuale, dato che, anche in questo caso, l'esigenza di tutela si commisura in effetti alla protezione di una sfera giuridica dalle occasioni di danno che l'avere confidato nel perfezionamento o nella validità di un rapporto ha originato”*. Si potrebbe ritenere che dette situazioni *“mimano in maniera significativa ipotesi di responsabilità precontrattuale”*.

1337 e 1338 c.c. meritano di essere analizzati nell'ipotesi oggetto di analisi: i profili di responsabilità della P.A. derivante dall'adozione di un provvedimento illegittimo favorevole.

Innanzitutto, occorre rilevare che l'amministrazione è tenuta, nello svolgimento della propria attività di cura degli interessi pubblici, a rispettare una serie di obblighi e comportamenti specifici, anche attivi, posti direttamente dalla legge. Dunque, tralasciando le ipotesi in cui la P.A. agisce *iure privatorum*³³, occorre chiedersi se in ambito provvedimento autoritativo possa applicarsi il paradigma giuridico ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.; quindi, chiedersi se il comportamento tenuto possa integrare un'ipotesi di responsabilità precontrattuale.

Altresì v. A. DI MAJO, cit., 941 s., che riflette sulla tutela dell'affidamento e l'area dei comportamenti. *“La tutela dell'affidamento torna a far capolino anche nei rapporti tra privati e Pubblica amministrazione. In realtà, l'affidamento non ha ragione di porsi nei riguardi di provvedimenti e/o atti legittimi, portati ad effetto, perché da essi assorbito, né tanto meno di atti (giudicati) illegittimi, perché in tal caso, è il risarcimento a provvedere ma invece nei riguardi di comportamenti, così da ricondurre il rapporto a quello civilistico, ove a confronto sono solo comportamenti, leciti o illeciti. (...) Si aggiunge così una (forma di) tutela da affidamento, che è più vicina a quella contrattuale che a quella aquiliana e che, ancora una volta, onera la P.A. di doveri di comportamento simili a quelli derivanti dall'esistenza di un rapporto”.*

Da ultimo, v. B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Giappichelli, Torino, 2017, 76 ss. che opera un collegamento tra l'istituto dell'autotutela e il regime della responsabilità precontrattuale.

³³ E' ormai un principio acquisito al nostro ordinamento che le pubbliche amministrazioni, per perseguire l'interesse pubblico, possano avvalersi sia di strumento giuridici propri del diritto pubblico sia delle forme e dei mezzi contrattuali propri del diritto privato, avvalendosi dello strumento negoziale privatistico. Il riconoscimento dell'autonomia negoziale della P.A. trova oggi esplicito riconoscimento nell'art. 1, comma 1 – bis, della legge n. 241/1990.

Da questa considerazione è ormai pacifica l'applicazione del principio di buona fede ai casi in cui la pubblica amministrazione agisce *iure privatorum*. Per un'approfondita analisi recente, v. M.L. CHIARELLA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento, in federalismi.it*, 22/2016.

In particolare, l'art. 1338 c.c. prescrive che la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito, per aver confidato senza sua colpa, nella validità del contratto. Posto che la P.A., come detto, è tenuta all'adozione di un provvedimento che non sia inficiato da alcun vizio di legittimità e sia stabile e definitivo, qualora non dia notizia al destinatario del provvedimento dell'esistenza del pregiudizio che inficia l'atto amministrativo (in quanto la P.A. deve conoscere le norme di legge – da qui la rilevanza della locuzione “*dovendo conoscere*”-) è tenuta al risarcimento del danno patito dal cittadino per aver riposto affidamento sulla legittimità del provvedimento. Detto atto amministrativo ha generato nel destinatario una situazione di affidamento che lo ha condotto all'esplicazione dell'attività consentita. Si assisterebbe, in ipotesi, alla violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede e non ingenerare falsi affidamenti.

In un'ottica di sistema è necessario, oggi, citare la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2018 n. 5, che, seppur pronunciata nella tematica afferente la complessa procedura di evidenza pubblica, ha riconosciuto espressamente il dovere per l'amministrazione, nello svolgimento dell'attività autoritativa, di rispettare oltre le norme di diritto pubblico anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza. In linea generale, quindi, la P.A. potrebbe incorrere in un'ipotesi di responsabilità precontrattuale (nel caso oggetto della pronuncia dell'Adunanza Plenaria) nell'ambito di tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, anche in quel segmento di attività governato dalle regole pubblicistiche che precedono la stipula del contratto. Ciò in quanto, la funzione del dovere di correttezza non è più solo quella di favorire la conclusione di un contratto; detto dovere opera in un più vasto ambito di casi, nei quali pur mancando una vera e propria trattativa, viene in rilievo una situazione qualificata, capace di generare favorevoli affidamenti.

3.2.2. *La mancanza di colpa del destinatario dell'atto.*

Un rilievo determinante, nella prospettiva qui considerata, sembra destinato assumere lo stato soggettivo del destinatario del provvedimento favorevole: l'affidamento deve necessariamente soddisfare il requisito della buona fede soggettiva³⁴. È necessario, cioè, che il privato abbia la piena convinzione di aver conseguito l'utilità ambita legittimamente, sia, come detto, in uno stato soggettivo di buona fede³⁵.

In proposito, non si può configurare una situazione di legittimo affidamento qualora il cittadino fosse *a priori* a conoscenza dei difetti di legittimità dell'atto adottato dalla P.A.; neppure qualora egli stesso li abbia provocati in mala fede. Certamente, in ossequio ai principi cardine del

³⁴ Il requisito soggettivo costituisce un elemento che concorre ad identificare la situazione di affidamento. Tra gli altri, v. V. CINGANO, *Il danno causato da un provvedimento favorevole illegittimo: giurisdizione e risarcibilità*, in *Danno e resp.*, 1/2015, 11, che, nel descrivere le caratteristiche che l'affidamento del cittadino deve presentare per essere giuridicamente rilevante, individua anche il “*profilo soggettivo: l'affidamento è tutelabile solo se è incolpevole, e quindi solo se il privato, in buona fede, è convinto della legittimità dell'atto e ritiene che l'amministrazione gli abbia attribuito il bene della vita cui ambiva*”

³⁵ V. G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema di diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, I/1965, 337 ss. L'autore rileva che l'esperienza del diritto positivo segnala accanto alle norme che prescrivono il dovere di comportamento secondo buona fede, l'ipotesi che una data condotta sia tenuta in buona fede. “*E che si tratti, in effetti, di una figura diversa, non vi è dubbio: qui la buona fede infatti non sta più a dar forma (contenuto) ad una regola di condotta; viene semmai a qualificare un dato contegno effettivo in relazione ad un certo suo modo d'essere concreto, che si vuole rilevare per determinate conseguenze giuridiche*”. L'autore individua il contenuto sostanziale della buona fede soggettiva, quale convinzione, persuasione di agire rettamente, sostenendo che “*la buona fede non è dunque assenza di mala fede; è sempre (positiva) convinzione esplicita. (...) Mi pare si possa concludere che la buona fede, se anche presuppone un errore o l'ignoranza del vero, si risolve in uno stato intellettuale di più specifica natura, che consiste nella convinzione (esplicita o implicita) di agire in conformità del diritto*”.

nostro sistema giuridico, non può assumere rilevanza alcun atteggiamento doloso del destinatario dell'atto; la conoscenza *ab origine* e la volontà di conseguire un provvedimento illegittimo non può giovare al privato cittadino.

Occorre valutare, ora, il comportamento dell'interessato, destinatario del provvedimento, connotato dall'elemento soggettivo della colpa. Si tratta dell'ipotesi in cui il privato, osservando regole di ordinaria diligenza, si sarebbe potuto accorgere dell'illegittimità dalla quale era affetto l'atto ampliativo, evitando di incorrere in un rimprovero a titolo di negligenza, imprudenza, imperizia.

La necessità che l'affidamento riposto nella legittimità dell'atto sia incolpevole, ai fini della tutelabilità della posizione lesa fatta valere, emerge anche dal precedente richiamo effettuato in astratto circa la natura giuridica della responsabilità, in termini di *culpa in contrahendo*. Infatti, l'art. 1338 c.c., secondo la ricostruzione effettuata di eventuale applicazione di detta norma all'area del provvedimento autoritativo, esige, ai fini del riconoscimento del risarcimento del danno, che “*senza sua colpa*” la parte abbia confidato nella legittimità del provvedimento³⁶.

In un'ottica di sistema, infatti, l'art. 1147 c.c., pur trattandosi di prescrizione dettata in materia di possesso, potrebbe rivestire una valenza

³⁶ Invero, occorre rilevare che la necessità che l'atteggiamento del destinatario dell'atto sia incolpevole, ricorre altresì nel riconoscimento della responsabilità della P.A., quale responsabilità extracontrattuale; un'eventuale colpa del beneficiario del provvedimento inciderà sulla determinazione del risarcimento dovuto. Infatti, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2056, comma I, e 1227, comma II, c.c. “*Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore (il danneggiato) avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*”. Sul punto, v. C. E. GALLO, cit., 564, che, a proposito del comportamento incolpevole del destinatario, riprendendo quanto statuito dalla Cass. SU, 4 settembre 2015, n. 17586, in *DeJure*, banca dati Giuffrè, osserva che “*la pronuncia della Cassazione del settembre 2015, subordina la fondatezza della pretesa del cittadino al risarcimento del fatto che il medesimo sia incolpevole, affermando espressamente che il risarcimento <non è ricollegabile alla mera adozione di tale provvedimento e al successivo riconoscimento della sua illegittimità>*”.

generale³⁷. Il comma secondo dell'articolo citato recita che la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. Dunque, se il privato non osserva le normali regole di diligenza, il cui rispetto è necessario nel rapporto tra cittadino e P.A., incorre in un atteggiamento colposo che esclude, così, la sua buona fede. Se effettivamente si volesse ritenere applicabile l'art. 1147, comma II, c.c. al caso di specie, ed escludere la buona fede soltanto se c'è colpa grave del destinatario, ci si potrebbe domandare che rilievo rivestirebbe la colpa lieve del cittadino. E quindi se, nonostante l'ignoranza dell'illegittimità dovuta a colpa lieve, sia possibile ritenere configurabile la sua buona fede e considerare l'affidamento inizialmente riposto. Anche in un quadro di principi generali e in un'ottica di sistema, sembra opportuno considerare aventi efficacia escludente soltanto le situazioni di ignoranza connotate da colpa grave.

Occorre adesso ricercare le concrete ipotesi nelle quali l'affidamento del cittadino possa ritenersi incolpevole e, quindi, meritevole di tutela.

Iniziando dall'ipotesi cardine e ricorrente nella casistica giurisprudenziale (costituita dall'adozione di un provvedimento di annullamento d'ufficio avente ad oggetto un atto amministrativo affetto da vizio di legittimità,

³⁷ Circa il collegamento tra buona fede e colpa, v., in particolare G. GIAMPICCOLO, cit., 345, il quale rileva che *“il codice non ha in proposito una disposizione di carattere generale, ma, a giudizio di molti, la lacuna sarebbe superabile per rinvio alla nozione stessa di buona fede o potrebbe comunque colmarsi in virtù di altri principi presenti nel sistema. (...) L'autore sembra disapprovare “la tendenza, che pure si manifesta da alcuna parte della dottrina e dalla giurisprudenza prevalente, ad estendere analogicamente a tutti i casi di buona fede la disposizione del secondo comma dell'art. 1147 (...)cod. civ.. A parte che anche l'applicazione di un tale criterio porterebbe a gravi contraddizioni nel sistema, resta comunque che, non essendo possibile nella regola su indicata, nonostante la sua generica formulazione, ravvisare un precetto di carattere generale (poiché non è dubbio che nell'economia delle norme citate essa si precisa semmai chiaramente come una condizione particolare posta alla rilevanza dello stato di buona fede nella materia del possesso), sarebbe arbitrario promuoverla alla dignità di principio valevole, fino a prova contraria disposizione di legge, per tutti indistintamente i casi di buona fede previsti nei diversi libri del codice civile e nelle varie leggi speciali”.*

quale la violazione di legge), emerge l'impossibilità per il cittadino di invocare a proprio favore la mancata conoscenza della norma di legge, che si presume nota per effetto della sua pubblicazione sulle fonti di cognizione³⁸. È necessario considerare quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p., nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza, l'ignoranza inevitabile, al fine di tutelare il comportamento di chi avesse agito in buona fede (soggettiva), purché questa fosse qualificata dalla presenza di elementi tali da sorreggerne la convinzione di agire secondo diritto³⁹.

³⁸ Sul punto, v. G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica amministrazione*, in sna.gov.it/www.sspa.it, il quale osserva che “Non può allegarsi un legittimo affidamento del privato davanti ad una chiara previsione normativa, dal momento che in tal caso la presunzione di conoscenza che assiste la norma impedisce di ravvisare nella parte che l'abbia ignorata l'affidamento incolpevole invocato a sostegno della sua pretesa”.

³⁹ In particolare, v. F. MANGANARO, *op. cit.*, 32, il quale, al fine di affrontare un'indagine sulla natura della buona fede e sulla sua rilevanza nel diritto amministrativo, ritiene utile partire “dallo studio della rilevanza della tutela della buona fede soggettiva nel diritto penale. (...) Il problema in oggetto deve essere affrontato alla luce dell'art. 5 del codice penale, secondo cui nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale. Una norma siffatta era stata oggetto in dottrina di rilievi critici, poiché sembrava escludere qualsiasi rilevanza della buona fede soggettiva di colui che, errando nella comprensione della legge penale, avesse compiuto un'attività illecita. La dottrina aveva, invero, proposto alcuni criteri interpretativa meno rigidi della norma in oggetto, poiché, tra l'altro, la giurisprudenza già ammetteva la scusabilità del comportamento di chi avesse agito in buona fede, facendo affidamento su un provvedimento, ritenuto legittimo, della pubblica amministrazione. (...) La dottrina, enucleando i criteri fondamentali desumibili dalla decisione della Corte, ha cercato di individuare i casi in cui l'ignoranza è inevitabile, giustificando così il comportamento del soggetto. Un primo criterio indicato dalla Corte è quello “oggettivo puro”, che si ha quando l'errore sul precetto è inevitabile per la <impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato>. (...) Un secondo criterio di giustificata abilità, c.d. <misto>, è conseguente all'inevitabilità dell'errore, determinato da particolari positive circostanze di fatto (...)”.

Occorre adesso soffermarsi sull'ipotesi in cui la mancanza di colpa del destinatario dell'atto possa derivare dall'ignoranza di elementi, la cui esistenza il destinatario non era tenuto a conoscere⁴⁰. Si tratta della difficile opera di ricerca e di individuazione dell'esistenza di situazioni di fatti o di informazioni in possesso della P.A. che il cittadino destinatario non avrebbe potuto conoscere, potendo invocare la sua buona fede e l'incolpevole convincimento circa la legittimità del provvedimento ampliativo.

Questa riflessione conduce a porre attenzione su altre ipotesi di illegittimità del provvedimento amministrativo ed in particolare, ad esempio, sulla figura sintomatica di eccesso di potere (quale vizio dell'atto discrezionale), consistente nella violazione delle circolari amministrative. Queste ultime (in particolare, quelle interpretative), in quanto norme interne, non fonti del diritto, vengono emanate dalla P.A. Occorre rilevare che le circolari, pur non essendo dotate di rilevanza esterna diretta, sono comunque connotate da efficacia esterna mediata, in quanto un atto amministrativo adottato in applicazione o in violazione della stessa può ledere la sfera giuridica dei destinatari. Per tale ragione, sono state prescritte forme di pubblicità tali da garantire alle stesse la dovuta conoscenza, in ogni caso non paragonabili all'attitudine di notorietà riconosciuta alle altre norme di legge. Si ritiene, pertanto, che il cittadino

⁴⁰ In particolare, l'ordinanza della Cass. SU, 4 settembre 2015, n. 17586, in *DeJure*, banca dati Giuffrè, ha precisato che affinché il provvedimento rilevi (solo se ed in quanto causativo dell'affidamento) "è necessario un *quid pluris* (...). Occorrerà, dunque, allegare altri elementi idonei ad evidenziare, in concorso con l'emissione del provvedimento, la fattispecie determinativa del danno evento costituito dalla creazione dell'affidamento. Si tratterà sia di elementi inerenti lo stesso contenuto del provvedimento poi riconosciuto illegittimo, sia di elementi estranei al diretto esercizio del potere dell'amministrazione espressosi con il provvedimento, sia eventualmente di elementi pregressi relativi all'agire dell'amministrazione nelle fasi precedenti, sia ancora di elementi successivi, sia ancora di elementi derivanti da comportamenti dei terzi noti al beneficiario ed all'amministrazione, sia di elementi relativi alla situazione in cui si trovava lo stesso beneficiario o a fatti a lui noti".

può non essere a conoscenza di una peculiare interpretazione di una norma di legge (la cui applicazione è ignorata dalla P.A.) ed essere convinto della originaria legittimità del provvedimento.

L'eventuale conoscenza di informazioni, situazioni di fatto in solo possesso della P.A. dovrà essere accertata in relazione alla fattispecie concreta, dovendo il giudice valutare la legittimità dell'affidamento, se effettivamente incolpevole.

4. Il provvedimento di annullamento d'ufficio adottato oltre il termine dei 18 mesi: la situazione giuridica consolidata.

È stata sopra esposta la nuova disciplina normativa e la ratio dell'introduzione del limite temporale all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. La P.A. non può adottare un atto di autotutela oltre il termine prescritto avente ad oggetto un provvedimento favorevole sia pure illegittimo, perché violerebbe, come si è visto, una prescrizione di legge. Detta prescrizione risponde, oggi, a supreme esigenze di legalità, in termini di certezza e sicurezza giuridica⁴¹.

In questa sede si esporrà una riflessione sulla scelta dell'ordinamento di adeguare l'effetto, quale la situazione giuridica consolidata, alla realizzazione dell'attività consentita, ossia il fatto giuridico.

Riprendendo una ricostruzione giuridica di alto spessore in tema di efficacia giuridica⁴², si vuole qui ragionare sulla produzione dell'effetto

⁴¹ Si è già dato atto delle prime pronunce dei giudici amministrativi di primo grado circa la perentorietà del termine introdotto. In dottrina, però, in attesa di un compiuto orientamento giurisprudenziale sul punto, si discute se il termine dei diciotto mesi debba essere inteso come termine decadenziale, che produce una consumazione del potere, e conseguente nullità del provvedimento, o se sarà considerato un termine presidiato dalla sanzione di annullabilità del provvedimento.

⁴² Il riferimento è ai lavori di A. FALZEA: v. *Efficacia giuridica*, in Enc. dir., Milano 1965, 433 ss.; *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985; *Ricerche di teoria*

giuridico discendente dal provvedimento illegittimo favorevole. L'effetto generato, che consente al soggetto destinatario l'esplicazione dell'attività consentita, deriva dalla manifestazione di volontà della P.A.

La decorrenza del termine dei 18 mesi e l'impossibilità per la P.A. di agire in autotutela consente di operare un parallelismo tra la valenza del lasso di tempo negli istituti dell'usucapione e prescrizione da un lato e il trascorrere dei diciotto mesi ex art. 21 – *nonies*, nell'ipotesi oggetto di studio dall'altro lato⁴³.

generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. Dogmatica giuridica, Giuffrè, Milano, 1997, 3 ss. In quest'ultima opera, l'autore inizia la trattazione dal rapporto esistente tra il fatto giuridico e l'effetto giuridico, come qualcosa di peculiare al mondo giuridico, che ha un'esistenza squisitamente giuridica. Nell'analisi del rapporto tra il fatto giuridico e l'effetto giuridico, (ivi, 101) egli definisce l'effetto giuridico “*ogni valore giuridico condizionato, ogni valore giuridico assunto dal diritto positivo sotto la condizione che si sia prodotta una precedente situazione di fatto*”. Considerando, invece, il fatto quale fenomeno temporale.

La riflessione che consente di giungere alla trattazione relativa alla classificazione delle categorie di efficacia giuridica si legge ivi, 135, quando l'autore riflette sul rapporto di condizionalità esistente in una norma giuridica che involge una successione di tempi tra un fatto condizionante e il valore condizionato di un determinato atto umano. “*Se in un dato tempo si compie il fatto, nel tempo successivo l'atto assume valore giuridico. Poiché il valore condizionato è l'effetto, ne deriva che il tempo dell'effetto giuridico è posteriore al tempo del fatto giuridico. Tuttavia, la dottrina comunemente insegna che l'effetto giuridico sorge nello stesso tempo in cui il fatto giuridico giunge a compimento, il momento in cui si conclude il fatto è anche il momento in cui si apre e si inizia l'effetto*”.

⁴³ Delineata la nozione di effetto e la rilevanza dell'effetto giuridico, l'autore dei testi citati elabora la teoria delle trasformazioni dell'effetto giuridico, che ritiene applicabile anche al diritto pubblico. Individua a tal proposito tre figure di trasformazioni legali, quali la costituzione, la modificazione e l'estinzione riconducibili sotto la rubrica di “*efficacia costitutiva*”, pacificamente riconosciuta nelle trattazioni generali del diritto. L'autore ritiene che ci sia la necessità di fare posto ad un tipo di efficacia diversa dall'efficacia costitutiva, quale l'efficacia dichiarativa. Facendo riferimento all'esistenza di svolgimenti interni al fatto, si riferisce ai fatti dichiarativi che conducono ad ulteriori sviluppi, alla loro idoneità a produrre trasformazioni che non incidano sull'identità strutturale e sostanziale della situazione. Si legge in “*Ricerche di teoria generale del diritto e di*

Nei tre casi enunciati, il diritto si trova di fronte ad una situazione di fatto, emersa dal passato e protrattasi immutata fino al presente, che, nel caso oggetto di analisi, esprime un interesse ben preciso: l'interesse a mantenere l'utilità perseguita⁴⁴.

Come gli istituti dell'usucapione e della prescrizione rispondono alle esigenze di garantire giuridicamente in forma piena e definitiva situazioni di fatto consolidate nel tempo e l'esigenza di rimuovere i conflitti che impediscono l'attuazione delle situazioni giuridiche, anche la prescrizione normativa che impedisce alla P.A. l'annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo oltre il termine dei 18 mesi, dà attuazione al generale interesse al rispetto della certezza.

dogmatica giuridica", II. Dogmatica giuridica, Giuffrè, Milano, 1997, 168 che "per completare il quadro sistemico della trasformazione degli effetti giuridici e dei tipi corrispondenti di efficacia, è importante osservare che l'esperienza giuridica mostra, accanto a trasformazioni esterne e a svolgimenti interni dello schema delle situazioni giuridiche, trasformazioni che ben possono dirsi <ambivalenti>. Queste trasformazioni sono ambivalenti, perché non presuppongono di necessità né la conservazione né la innovazione dello stato giuridico anteriore. I fatti giuridici da cui esse derivano sono configurati dalla legge in modo tale da poter <prescindere> dalle situazioni giuridiche pregresse, così da assorbire e precludere già su un piano sostanziale ogni loro ulteriore effetto. Noi parleremo perciò di fatti preclusivi e attribuiremo loro una efficacia preclusiva sostanziale, distinta sia dalla efficacia conservativa sia dalla efficacia innovativa. (...) il tema della efficacia preclusiva sostanziale costituisce un novum nella letteratura giuridica (...)".

⁴⁴ In particolare, in A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in Enc. dir., 500 s., si legge "tanto nell'usucapione quanto nella prescrizione il diritto si trova di fronte ad una situazione di fatto, emersa da un passato meno prossimo protrattasi sostanzialmente immutata fino al presente, situazione che esprime un ben preciso interesse: l'interesse ad una determinata fruizione del bene, l'interesse alla libertà da un determinato vincolo. (...) Appare allora rispondente alle esigenze della comunità che la tutela giuridica segua nel senso indicato dalla situazione di fatto attuale. (...) E' scopo dell'ordine giuridico (...) garantirgli per il futuro il godimento già praticato o la libertà da un vincolo non esercitato".

n. 1/2018

L'ordinamento giuridico ha ritenuto che il decorso del tempo incide profondamente sul consolidamento della situazione perseguita e garantisce per il futuro un godimento già praticato. Dunque, è la stessa legge che considera esistente e lecita l'attività esplicata pur in virtù di un provvedimento *ab origine* illegittimo⁴⁵.

Il decorso del tempo preclude qualsiasi accertamento circa la legittimità o meno del provvedimento ampliativo e produce un adeguamento dell'effetto, quale la situazione consolidata, al fatto, costituito dall'esplicazione dell'attività consentita.

5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte, emerge che, in una prospettiva futura, il numero delle ipotesi nelle quali possa concretamente verificarsi una lesione dell'affidamento del destinatario per effetto di un provvedimento favorevole illegittimo, poi annullato in autotutela, si ridurrà sensibilmente. Ciò in quanto, in primo luogo, detto pregiudizio, alla luce della riforma legislativa dell'art. 21 – *nonies* della legge n. 241/1990, può verificarsi soltanto qualora il provvedimento di annullamento d'ufficio venga adottato entro il limite temporale dei 18 mesi (la P.A. potrebbe essere tenuta a rispondere del danno cagionato secondo la ricostruzione giuridica della responsabilità come precontrattuale: paradigma applicato all'area del provvedimento autoritativo). E, come si è visto, neppure in tutte le ipotesi che rispettano detta scansione temporale; in quanto, per avere una lesione anzidetta deve essersi realizzata una situazione di affidamento che ha

⁴⁵ V. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in Enc. dir., Milano, 1965, 502, che, nel riportare l'usucapione nella categoria dei fatti con efficacia preclusiva, osserva che “*perfezionatasi l'usucapione, la situazione giuridica anteriore cessa di essere rilevante e resta assorbita l'alternativa possibile della costituzione o della conservazione del diritto soggettivo*”. Analoghe considerazioni sono avanzate in tema di prescrizione.

avuto modo di consolidarsi nel tempo. Perciò, non acquista rilevanza la circostanza che il potere di autotutela sia stato esercitato a breve distanza di tempo dall'originaria adozione dell'atto ampliativo della sfera giuridica del privato. Oltre il termine dei 18 mesi, si è visto, il provvedimento illegittimo non può essere annullato, in quanto il legislatore ha tutelato l'affidamento del cittadino considerando la situazione giuridica generata consolidata.

In secondo luogo, verificandosi con maggiore frequenza, nella prassi giurisprudenziale, l'ipotesi del provvedimento favorevole illegittimo, per censure di violazione di legge, è lecito porsi il seguente quesito: in quali circostanze è possibile rinvenire un affidamento incolpevole del privato? Dalla generale valenza riconosciuta all'art. 1147 c.c., potrebbero essere giustificate le sole ipotesi di ignoranza dipese da colpa lieve.

In ogni caso, peraltro, la ricerca delle ulteriori situazioni di fatto, circostanze, elementi (diversi dalla conoscenza della legge) di cui il privato non poteva avere cognizione è ardua per lo studioso, che si muove in una prospettiva di integrazione tra problematiche di teoria generale del diritto e il *dictum* delle Corti Supreme.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

ROSARIA MASTROIANNI IANNI

Lo status giuridico del minore straniero non accompagnato

ABSTRACT – In the general context of migration, a phenomenon is needed that needs to be studied and monitored. The phenomenon of unaccompanied foreign minors who live in an extreme situation of vulnerability due to the fact that they are abandoned and homeless, even unaccompanied minors. It is necessary to question about the capacity of the States to cope mechanisms to face with this phenomenon.

KEYWORDS – Immigration, unaccompanied minors, ghost children, European Union.

ROSARIA MASTROIANNI IANNI*

Lo status giuridico del minore straniero non accompagnato**

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *Lo Status giuridico del minore straniero non accompagnato*
– 3. *Considerazioni conclusive*

1. Premessa

L'immigrazione costituisce certamente uno dei fenomeni sociali più complessi che le moderne società sono chiamate a gestire. I conflitti bellici e l'instabilità politica costituiscono le cause principali di un disagio sociale ed economico che culmina nell'esigenza di abbandonare il proprio paese di origine. Raramente si tratta di un semplice desiderio, nella maggior parte dei casi, infatti, l'immigrazione costituisce una vera e propria necessità. La maggioranza dei minori stranieri sono costretti a partire, o comunque sono fortemente invogliati dalle famiglie di origine, che si indebitano al fine di investire su un unico membro del nucleo familiare, quasi sempre di sesso maschile, con la speranza che egli possa mediante il suo lavoro, inviare quell'aiuto economico necessario all'intera famiglia. Spesso, però, i motivi sono ben diversi ed in tali casi si tratta di ragazzi che scappano dalle guerre, soli, disperati e dunque bisognosi di protezione internazionale.

I minori stranieri si ritrovano così ad intraprendere un viaggio talvolta lungo e spesso privo delle misure minime di sicurezza e di igiene. Giunti a destinazione, i loro sogni di vivere senza impedimenti in un paese dove regna il benessere vengono quasi sempre infranti dalla dura e ben diversa

* Dottore di ricerca in "Teoria del diritto ed ordine giuridico ed economico europeo", Università Magna Graecia di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il presente contributo è stato oggetto di relazione nell'ambito del corso multidisciplinare "Diritti del minore e Cooperazione Decentrata" organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche Economiche e Sociali dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro di concerto con l'UNICEF nell'a.a. 2015/2016.

realtà. L'essere stranieri, minori e non accompagnati, rende la posizione di questi individui di una vulnerabilità estrema, basti pensare che una grande percentuale di minori scompare senza lasciare alcuna traccia, i c.d. "bambini fantasma", in aumento negli ultimi due anni.

2. Lo Status giuridico del minore straniero non accompagnato

Quando si parla di minore straniero non accompagnato ci si riferisce, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.P.C.M. 9.12.1999 n. 535 *«al minore non avente cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano»*. Pertanto, rientrano in tale categoria altresì i minori affidati senza un provvedimento formale ad adulti, inclusi i parenti entro il quarto grado, essendo privi di rappresentanza legale in base alla legge italiana.

Pur trattandosi dello stesso "fenomeno", non esiste a livello internazionale una definizione univoca di minore straniero non accompagnato.

Un'ulteriore definizione si rinviene nel "Programma a favore dei minori separati in Europa". Si tratta di un'iniziativa promossa da *Save the Children* e dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, il cui obiettivo è la promozione dei diritti e la tutela dei minori separati in Europa. All'interno di tale programma e precisamente nell'articolo 2.1 la definizione che viene data di minori stranieri non accompagnati è la seguente: *«... I minori separati e gli adolescenti al di sotto di 18 anni di età, che sono fuori dal loro paese d'origine separati da entrambi i genitori o da un adulto che, per legge o consuetudine, sia responsabile della sua cura e della sua protezione. Alcuni minori sono completamente soli, mentre alcuni potrebbero vivere come membri della famiglia allargata.*

Tutti questi sono minori separati ed hanno diritto ad una protezione internazionale sulla base di una vasta gamma di strumenti regionali ed internazionali. I minori separati potrebbero chiedere asilo per paura di persecuzioni, di conflitti armati o di disordini nel proprio paese, o potrebbero essere vittime di traffico sessuale o di altro tipo di sfruttamento, o potrebbero aver intrapreso il viaggio in Europa per sfuggire a situazioni di grave deprivazione».

Da tali definizioni si evince che ci si trova dinanzi ad un minore straniero non accompagnato e quindi ad un soggetto al quale verrà applicata la normativa di cui si discorrerà in seguito, ogniqualvolta un minore, non avente cittadinanza italiana o di altri stati dell'Unione europea, che non ha presentato domanda di asilo o di protezione umanitaria, si trova per qualsiasi causa nel territorio dello stato italiano privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti legalmente responsabili per lui in base alle leggi del nostro ordinamento. Nello specifico, ai minori stranieri non accompagnati si applicano le norme previste dal nostro ordinamento giuridico in materia di assistenza e protezione dei minori.

Dal rapporto Unicef "*Sperduti. Storie di minorenni arrivati soli in Italia*", emergono informazioni terrificanti, precisamente: "secondo i dati aggiornati al 31 dicembre 2016, pubblicati dall'UNHCR, su un totale di 181, 436 persone sbarcate nel corso dello stesso anno, i minorenni erano 28, 223. Il 2016 si distingue per il picco negli arrivi di minorenni, superando quello registrato nel 2014, l'anno dell'operazione umanitaria *Mare Nostrum*". Risulta evidente che ci troviamo dinanzi ad una vera e propria emergenza.

Nel corso degli anni, sia in ambito nazionale che internazionale, si è cercato di far fronte a questo fenomeno. A tal proposito, tra i vari interventi normativi, risulta indispensabile ricordare la convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, e ratificata e resa

esecutiva in Italia con legge 176/91, la quale stabilisce i principi che gli Stati parti si impegnano a introdurre nei rispettivi ordinamenti e ai quali si devono ispirare sia i procedimenti giurisdizionali che amministrativi riguardanti i minori. Tale convenzione costituisce ancora oggi la fonte di maggior rilievo in materia di tutela di minori. Accanto ad essa, occorre menzionare quella di Lussemburgo del 20 maggio 1980 e quella dell'Aja del 25 ottobre 1980. La prima sul riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, e la seconda inerente agli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori. Sempre a livello internazionale è fondamentale ricordare la convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 77/03 che si pone come obiettivo quello di promuovere i diritti dei minori e di agevolare l'esercizio di diritti procedurali attribuiti ai minori in procedimenti dinanzi all'autorità giudiziaria. Infine, di una certa importanza risulta essere la direttiva 2003/09 del Consiglio dell'Unione europea del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli stati membri ai quali viene chiesto di adottare rapidamente misure atte ad assicurare la necessaria rappresentanza dei minori stranieri non accompagnati.

Principio cardine di queste convenzioni è il “superiore interesse del fanciullo”, in particolare nell'articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo si legge che: *“In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una condizione preminente”*. Allo stesso principio fa riferimento l'articolo 1 comma 2 della convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori: *“Oggetto della presente convenzione è promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l'esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone od*

organi, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria". Infine, anche nella direttiva 2003/9/CE, nell'articolo 18 si legge: *"Il prevalente interesse del minore costituisce un criterio fondamentale nell'attuazione, da parte degli stati membri, delle disposizioni della presente direttiva concernenti i minori"*. In generale, occorre tener presente che il "superiore interesse del fanciullo" deve essere considerato innanzitutto come norma processuale, ciò implica che ogni qualvolta risulta necessario adottare una decisione che interessi un minore o un gruppo di minori, il giudice dovrà necessariamente tenere in considerazione l'impatto che essa avrà sul fanciullo. Tra i diritti riconosciuti dalle convenzioni vi è altresì il diritto alla salute, all'istruzione, all'unità familiare, alla tutela dallo sfruttamento, il diritto ad essere ascoltati ed il diritto di non discriminazione, nonché in generale l'obbligo per gli stati di adottare misure adeguate affinché i minori stranieri non accompagnati possano beneficiare di tutti quei diritti a loro riconosciuti dalle convenzioni.

Accanto alla normativa internazionale sopra citata, anche la normativa nazionale ha dovuto necessariamente far fronte a tale emergenza. Così, nel corso degli anni si sono susseguite una serie di leggi volte a tutelare ed in generale a disciplinare i diritti del minore straniero non accompagnato. Il sistema di accoglienza italiano, sebbene non manchino esperienze positive che dimostrano come un'effettiva accoglienza sia possibile, continua ciononostante a presentare molte lacune. Successivamente ai numerosi regolamenti, decreti e circolari, lo Stato italiano, da ultimo, ha risposto con la recentissima legge n. 47 del 7 aprile 2017 (c.d. legge Zampa) recante "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati". La quale stabilisce innanzitutto il divieto di respingimento alla frontiera. Apporta una modifica al T.U. sull'immigrazione (d.lgs. 286/1998) prevedendo che quando deve essere disposta l'espulsione di un minore straniero, il provvedimento potrà essere adottato dal tribunale per i minori su richiesta del questore, *"a condizione comunque che il*

provvedimento stesso non comporti un rischio di danni gravi per il minore". La stessa legge prevede la procedura da seguire nel caso di minori non accompagnati, stabilendo che allorquando il minore entra in contatto oppure viene segnalato alle autorità di polizia, ai servizi sociali o all'autorità giudiziari, il personale qualificato della struttura di prima accoglienza dovrà necessariamente svolgere un colloquio con il minore volto ad approfondire la sua storia personale e familiare ed a far emergere altresì ogni altro elemento utile alla sua protezione. Naturalmente, prima di provvedere all'identificazione, si procede all'immediata assistenza umanitaria.

Nel caso in cui sussistano dei dubbi fondati sull'età dichiarata dal minore, l'autorità di pubblica sicurezza procede all'identificazione con l'ausilio di mediatori culturali, e nel caso in cui sia stato già nominato, pure con la presenza del tutore. Nel caso in cui sussista un dubbio circa l'età dichiarata, questa è accertata in via principale attraverso un documento anagrafico, anche mediante la collaborazione delle autorità diplomatico-consolari. La procura della Repubblica potrà inoltre disporre presso il tribunale dei minorenni esami volti all'accertamento dell'età. È prevista l'informativa al diretto interessato in una lingua a lui nota e con l'ausilio di un mediatore culturale. Trascorsi cinque giorni dal colloquio, nell'esclusivo interesse del minore e con il suo consenso, colui che esercita la responsabilità genitoriale è tenuto ad inviare una relazione all'ente convenzionato il quale immediatamente avvia le indagini. Il risultato sarà poi trasmesso al Ministero dell'interno e nel caso in cui vengano individuati familiari idonei a prendersi cura del minore, si preferirà questa soluzione al collocamento in comunità. Per quanto riguarda il rimpatrio, si prevede che il rimpatrio assistito e volontario di un minore straniero non accompagnato può essere disposto solo nel caso in cui il ricongiungimento con i familiari nel proprio paese d'origine o in un paese terzo, corrisponde al superiore interesse del minore, principio che è sempre presente nella normativa in materia di infanzia e adolescenza. In tutti gli altri casi in cui

la legge invece vieta il respingimento o l'espulsione, è previsto il rilascio del permesso di soggiorno per minore età o per motivi familiari da parte del questore. Passaporto che sarà valido fino al compimento della maggiore età.

La 47/2017 prevede inoltre il diritto all'assistenza legale, pertanto il minore oltre ad avere il diritto di essere informato sull'opportunità di nominare un legale di fiducia, anche attraverso il tutore o l'esercente la potestà patrimoniale, può avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento.

Una particolare tutela viene riconosciuta nei confronti dei minori stranieri vittime di tratta. Nello specifico, la legge prevede che dovranno essere assicurate adeguate condizioni di accoglienza e di assistenza psico-sociale, sanitaria e legale, mediante un programma specifico di assistenza che potrà essere applicato anche oltre il compimento della maggiore età.

In sostanza, le novità più rilevanti rispetto alla precedente disciplina consistono innanzitutto nell'accertamento dell'età e di identificazione, le cui modalità e le procedure di accertamento vengono disciplinate per legge, assicurandone così l'uniformità a livello nazionale; viene poi garantita una maggiore assistenza, prevedendo la presenza di mediatori culturali durante tutta la procedura. Ed inoltre, viene meglio regolato il sistema di accoglienza integrato tra strutture di prima accoglienza dedicate unicamente ai minori, all'interno delle quali possono risiedere per un massimo di trenta giorni. Infine, è previsto il diritto del minore di richiedere direttamente il permesso di soggiorno alla questura competente, anche in assenza della nomina del tutore.

3. Considerazioni conclusive

In un periodo in cui l'Europa, nonostante l'obiettivo che più volte si è posta, di una politica globale e lungimirante, fondata sulla solidarietà, ha

nei fatti realizzato barriere di filo spinato e si è dimostrata sorda dinanzi alle richieste fatte dai paesi più direttamente coinvolti dal flusso migratorio, quali ad esempio l'Italia per la sua vicinanza con le coste straniere, risulta necessario interrogarsi sulla reale capacità di una politica comune in materia di immigrazione e sulle concrete possibilità che i minori incontrano in ambito nazionale. Questione questa che va anche aldilà della normativa attuale, sia internazionale che nazionale, che è di per sé certamente meno carente rispetto alla prima. La vera sfida adesso è rappresentata dal riuscire ad individuare delle valide strategie per dar seguito ad azioni concrete. Tenendo sempre a mente che si tratta di minori che nella maggior parte dei casi sfuggono per disperazione nonché per mettere in salvo la propria vita da miseria, guerre e torture. Minori spaesati che vivono il dolore e l'orrore, che hanno lasciato tutto nella propria terra e si ritrovano "rinchiusi" in un centro di prima accoglienza, spesso con una grande responsabilità, ossia quella di riuscire ad estinguere il debito contratto dalla loro famiglia di origine per giungere in un paese straniero alla ricerca di una vita più dignitosa rispetto alla precedente.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

ALESSIA BAUSONE

Matrimoni precoci: un problema di disuguaglianza di genere

ABSTRACT – “Child marriage” is a harmful socio-cultural practice, which is both the cause and the effect of the violation of the fundamental rights of children.

It is a “typically feminine” phenomenon that interests the gender equality studies. The highest rates of early marriages occur in South Asia with the 46% and in sub-Saharan Africa with the 37%. In this paper I present an analysis of the main legislations on the issues and the solutions adopted by the States to stop the phenomenon.

KEYWORDS – child marriage, human rights, gender equality.

Matrimoni precoci: un problema di disuguaglianza di genere**

SOMMARIO: 1. *L'approccio di genere nell'analisi del fenomeno delle spose bambine* – 2. *La situazione iraniana* – 3. *La situazione irachena* – 4. *India: la roccaforte dei matrimoni precoci* – 5. *Zimbabwe: dove il matrimonio precoce è incostituzionale*

*Un bambino, un maestro,
un quaderno e una penna
possono cambiare il mondo.
L'istruzione è l'unica soluzione.
La scuola è un luogo reale
di protezione dagli abusi,
dai matrimoni e dalle gravidanze precoci.*

(Malala Yousafzai, Premio Nobel per la pace nel 2014)

1. L'approccio di genere nell'analisi del fenomeno delle spose bambine

La definizione di matrimonio precoce comprende il matrimonio o la convivenza (unione “formale” o “informale” secondo la definizione dell'UNICEF) in cui uno dei due coniugi/conviventi ha meno di 18 anni e cioè prima che sia fisiologicamente e psicologicamente pronto ad assumersi le responsabilità del matrimonio/convivenza e di una gravidanza¹.

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

** Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il presente contributo è stato oggetto di relazione nell'ambito del corso multidisciplinare “Diritti del minore e Cooperazione Decentrata” organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche Economiche e Sociali dell'Università “Magna Graecia” di Catanzaro di concerto con l'UNICEF nell'a.a. 2015/2016.

¹ UNICEF 2011, Child Protection from Violence, Exploitation and abuse report, reperibile on line all'indirizzo

Al di là delle perplessità che tale definizione è in grado di suscitare relativamente alle legislazioni europee che, sia pure con modalità e cautele, ammettono comunque deroghe rispetto a tale limite di età, non c'è dubbio che anche soltanto una analisi campionaria come questa, avente ad oggetto le prassi e il diritto di taluni popoli sudafricani e mediorientali, si presta a porre l'accento su un fenomeno importante che tocca i diritti fondamentali dei bambini e delle bambine.

Il tema del matrimonio precoce, lo si afferma senza esitazioni, è tipicamente femminile. Alla base di questo fenomeno che ha, ovviamente, come si vedrà, importanti varianti culturali e geografiche, c'è anche e soprattutto la disuguaglianza di genere², pertanto, si pone anche come un problema di interesse per gli studiosi di *gender equality*.

Nonostante il “*child marriage*” sia ampiamente riconosciuto come una pratica socio-culturale dannosa, che è sia causa che effetto della violazione dei diritti umani³, secondo dati forniti dall'UNICEF sulla condizione femminile nel mondo in via di sviluppo (in particolare il sud del mondo), più di 700 milioni di donne si sono sposate o hanno iniziato a convivere con un uomo prima di aver compiuto i 18 anni, una su tre a livello globale. Si stima che circa 250 milioni di ragazze nel mondo si sono sposate prima dei 15 anni.

http://www.unicef.org/Child_Protection_from_Violence_Exploitation_and_Abuse_2011.pdf [ultimo accesso 20 giugno 2017]. Si veda quanto afferma la Inter-African Committee on Traditional Practices, sito istituzionale <http://www.iac-ciaf.net/>.

² Come affermato anche nella proposta di risoluzione del Parlamento Europeo del 29 giugno 2015 sul fenomeno delle spose bambine reperibile su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2015-0729+0+DOC+XML+Vo//IT> [ultimo accesso 20 giugno 2017].

³ B. MASWIKWA, L. RICHTER, J. KAUFMAN, A. NANDI, *International Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 41/2015, 58-68.

Per l'UNICEF se la tendenza attuale proseguirà di qui al 2020 142 milioni di bambine si saranno sposate prima di aver compiuto 18 anni⁴. Ciò si tradurrà in 14,2 milioni di bambine andate in sposa ogni anno, cioè 37.000 ogni giorno⁵.

Occorre evidenziare che i tassi più alti di matrimoni precoci si registrano in Asia meridionale con il 46% e nell'Africa sub-sahariana con il 37%⁶.

Ad esempio, 37 dei 41 Paesi in Africa sub-sahariana hanno legiferato fissando l'età minima del matrimonio a 18 anni per le femmine, tuttavia 12 su 37 di questi permettono comunque alle bambine di sposarsi con il consenso dei genitori prima dei 18 anni.

Inoltre, le leggi matrimoniali nei paesi dell'Africa sub-sahariana hanno disposizioni che consentono ai bambini di sposarsi secondo le leggi consuetudinarie o per altre circostanze (ad esempio lo stato di gravidanza) senza che vi sia alcuna età minima, perché per le maggiori correnti islamiche una donna entra in età da marito una volta raggiunta la maturità sessuale.

In alcuni luoghi il matrimonio precoce è stato praticato per generazioni ed è ancora visto come un modo culturalmente legittimo di proteggere le ragazze dal sesso prematrimoniale e da conseguenze potenzialmente disonorevoli (gravidanze indesiderate, malattie sessualmente trasmissibili)⁷.

⁴ Molto rilevante sul tema è stato il Girl Summit 2014 organizzato dal governo del Regno Unito e l'UNICEF, il cui report finale reperibile su <http://www.girlsummit2014.org/content/docs/GirlSummitFinalWeb.pdf> [ultimo accesso: 19 giugno 2017].

⁵ <http://www.unicef.it/doc/5373/8marzodellebambine-dati-da-ricordare.htm> [ultimo accesso 19 giugno 2017].

⁶ Unicef, *The State of the World's Children 2015: Reimagine the Future: Innovation for Every Child*, reperibile su http://www.unicef.it/Allegati/SOWC_2015.pdf [ultimo accesso 20 giugno 2017].

⁷ J.A. WALKER, *Early marriage in Africa-trends, harmful effects and interventions*, *African Journal of Reproductive Health*, 16/2012, 231-240.

È, in realtà, riconosciuto dagli esperti che sposarsi in età precoce comporta una serie di conseguenze negative per la salute e lo sviluppo.

Al matrimonio segue quasi inevitabilmente l'abbandono scolastico e una gravidanza altrettanto precoce e, dunque, pericolosa sia per la neo-mamma che per il suo bambino.

È stato stimato che le gravidanze precoci provocano ogni anno 70.000 morti fra le ragazze di età compresa tra 15 e 19 anni e costituiscono una quota rilevante della mortalità moderna complessiva. A sua volta, un bambino che nasce da madre minorenni ha il 60% di probabilità in più di morire in età neonatale, rispetto a un bambino che nasce da una donna di età superiore a 19 anni⁸.

Il “*child marriage*” mina l'autonomia delle ragazze, il loro diritto a vivere una vita libera dalla violenza e dalla coercizione e il loro diritto all'istruzione.

Altri fattori che contribuiscono alla “domanda” e all’ “offerta” delle spose bambine sono la povertà, la carenza di opportunità di istruzione e la disoccupazione.

Le zone di guerra sono terreno fertile per l'accrescersi del fenomeno. Nei campi profughi siriani è nata la figura del “procacciatore di matrimoni” e tante bambine diventano oggetto di compravendita. In tali campi le donne e le bambine sono spesso oggetto di violenze e abusi, così i genitori “per salvarle” le vendono al miglior offerente (con transazioni economiche che vanno dai 3.100 ai 5000 Euro a bambina) che garantisca loro la sopravvivenza⁹.

Va premesso che i matrimoni precoci in area africana e mediorientale non sono un fenomeno limitato alle famiglie povere, anzi vengono considerati come una modalità di preservazione della ricchezza nelle famiglie di classe

⁸ <http://www.africarivista.it/spose-bambine-laltra-faccia-della-violenza-sulle-donne/90442/> [ultimo accesso 18 giugno 2017].

⁹ <http://www.panorama.it/news/esteri/spose-bambine-siria-rifugiati-abusi-sessuali-violenze/> [ultimo accesso 18 giugno 2017].

socio-economica più elevata¹⁰, così le bambine diventano tasselli inconsapevoli della compravendita femminile che regge le economie familiari.

Al netto di tale considerazione, genitori poveri con risorse limitate possono, una volta valutati i costi di crescere ed educare ragazze a fronte di una promessa immediata di ricevere una dote e incentivi finanziari, dare precocemente in moglie le loro figlie.

L'aspetto economico è prioritario perché la dote può dare sostentamento alla famiglia di origine in taluni casi.

La povertà è e rimane la causa principale dei matrimoni precoci: famiglie numerose e in miseria sono praticamente costrette a vendere le loro figlie.

L'unione precoce, però, non salva dalla miseria, anzi, la crea e la nutre: innesca un circolo vizioso di povertà inter-generazionale: le spose bambine non hanno pressoché alcuna possibilità di portare a termine gli studi (sono spesso presenti convenzioni sociali che vedono matrimonio e scolarizzazione come incompatibili) o trovarsi un lavoro adeguato: sono più soggette ad aggressioni e violenze sessuali, contraggono più facilmente l'HIV¹¹ e, infine, le "gravidanze precoci"¹² possono condurre a disabilità fisica permanente per la madre e deficit di crescita per il bambino¹³. In

¹⁰ *Child Marriage and the Law*, United Nations Children's Fund (UNICEF), Gender, Rights and Civic Engagement Section, Division of Policy and Practice, New York, 2007, 30.

¹¹ R. ADHIKARI, *Early marriage and childbearing: risks and consequences*, in S. BOTT et al., eds., *Towards Adulthood: Exploring the Sexual and Reproductive Health of Adolescents in South Asia*, Geneva: World Health Organization, 2003, 62–66.

¹² N.M. NOUR, *Child marriage: a silent health and human rights issue*, *Reviews in Obstetrics and Gynecology*, 2/2009, 51–56.

¹³ Unfra, Fondo delle Nazioni Unite per la Popolazione, *Lo stato della popolazione nel mondo 2013: Madri bambine: affrontare il dramma delle gravidanze tra adolescenti*, 2013, http://www.aidos.it/files/13920309871%20SWOP%202013_Sintesi.pdf [ultimo accesso: 23 giugno 2017].

questo modo vengono colpite in negativo non solo le giovani donne, ma gli Stati interi, già gravati da malattie, povertà e violenza¹⁴.

Inoltre, Il matrimonio precoce è anche associato alla vedovanza altrettanto precoce, al divorzio e all'abbandono, che spesso si traduce in una sorta di *“femminilizzazione della povertà”*.

I Paesi che permettono il matrimonio precoce, quindi, avallano una consuetudine dannosa, dalle conseguenze definite da UNICEF *“orribili”* ma, come già si accennava, le numerose varianti culturali del fenomeno preso in esame portano a relegare il *“bisogno sociale impellente”* di eliminazione di tale pratica a precise zone geografiche, in particolare del sud del mondo, non essendo riscontrata la stessa rigidità in merito all'età matrimoniale negli ordinamenti giuridici europei.

2. La situazione iraniana

Secondo la relazione annuale UE sui diritti umani, in Iran nel 2016 sono state 37117 le bambine che si sono sposate ad una età inferiore ai 15 anni.

Il report del 2014 dell'inviato speciale dell'ONU per i diritti umani, Ahmad Shaheed¹⁵ ha denunciato che almeno 48,580 bambine tra i 10 e i 14 anni si sono sposate 2011. Non solo: il report denunciava del totale delle spose bambine, 48,567 bimbe sotto i 15 anni avevano già dato alla luce un figlio. Tra il marzo del 2012 e il marzo del 2013, quindi, i matrimoni regolarmente registrati delle spose bambine (sotto i 15 anni), sono stati 40,635, di cui almeno 8000 con uomini di almeno 10 anni più grandi. Infine, almeno 1537 matrimoni di bimbe sotto i 10 anni sono stati

¹⁴UNICEF, *A Profile of Child Marriage in Africa*, 2015, reperibile su http://www.unicef.it/Allegati/Africa_Child_Marriage_Report_2015.pdf [ultimo accesso: 23 giugno 2017].

¹⁵ <http://shaheedoniran.org/wp-content/uploads/2014/09/A-69-356-SR-Report-Iran.pdf> [ultimo accesso 20 giugno 2017]

registrati nel 2012 (un incremento rispetto al 2010-2011, in cui le spose bambine sotto i 10 anni erano state 716).

Secondo il giornale Khabar Online, tra il 2004 e il 2014, le spose bambine iraniane sono state 419,488.

La Costituzione della repubblica iraniana del 1979¹⁶ contiene norme come l'articolo 3 che afferma: *“il governo della Repubblica islamica dell'Iran ha il compito di dirigere tutte le sue risorse per... l'abolizione di tutte le forme di discriminazione indesiderabili e la garanzia di eque opportunità per tutti, sia materiali che intellettuali”* e di *“garantire i diritti di tutti i cittadini, sia donne che uomini, e fornire una protezione legale per tutti, così da garantire l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge”*; l'articolo 20 che garantisce a *“i cittadini del paese, sia uomini che donne, di godere ugualmente della protezione della legge e godere di tutti i diritti umani, politici, economici, sociali e culturali, in conformità ai criteri islamici”* e l'articolo 21 che specifica che: *“il governo deve garantire i diritti delle donne in tutti gli aspetti, in conformità criteri islamici, e compiere [diversi] obiettivi”* tra cui *“la creazione di un ambiente favorevole per la crescita della personalità di una donna e il ripristino dei suoi diritti, sia dal punto di vista materiale che intellettuale”*.

A livello di normativa primaria, nel codice civile¹⁷ è previsto che le bambine vengano considerate maggiorenni e “puberi” all'età di 9 anni, i bambini a

¹⁶ Reperibile su <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ir/ir001en.pdf> [ultimo accesso 22 giugno 2017]

¹⁷ <http://www.alaviandassociates.com/documents/civilcode.pdf> [ultimo accesso 22 giugno 2017].

15 anni (art. 1210)¹⁸, ma è possibile, con il permesso del “Guardiano”, sposarsi in età inferiore (art. 1041¹⁹).

Le ragazze, anche se maggiorenni, si possono sposare solo con il consenso del padre o del nonno paterno. Se tali soggetti rifiutano di concedere il consenso senza giustificato motivo, la ragazza può rivolgersi al Tribunale civile al fine di ottenere il permesso di sposarsi (art. 1043)²⁰. La situazione giuridica delle bambine, ragazze e donne iraniane rischia di mutare in peggio a seguito di due proposte di legge che il Parlamento iraniano si appresta ad approvare.

La Legge sull’incremento dei tassi di fertilità e sulla prevenzione del declino della popolazione (proposta n. 446)²¹ mette al bando la sterilizzazione volontaria e blocca l’accesso alle informazioni sulla

¹⁸ «Article 1210 - No one, when reaching the age of majority, can be treated as under disability in respect of insanity or immaturity unless his immaturity or insanity is proved. Note 1 - the age of majority for boys is fifteen lunar years and for girls nine lunar years. Note 2 - The properties which had belonged to a minor who has now reached the age of majority may be given to him only if it has been proved that he has full legal capacity».

¹⁹ «Article 1041 - Marriage before the age, of majority is prohibited. Note -Marriage before puberty by the permission of the Guardian and on condition of taking into consideration the ward’s interest is proper».

²⁰ «Article 1043 - The marriage of a girl who has not married previously is dependent on the permission of her father or her paternal grandfather even if she has reached the full age of majority . If, however, the father or the paternal grandfather withhold the permission without justifiable reason, the girl can refer to the Special Civil Court giving full particulars of the man whom she wants to marry and also the terms of the marriage and the dowry money agreed upon and notify her father or her paternal grandfather through that Court of the foregoing particulars The Court can issue a permission for marriage fifteen days after the date of notification to the guardian if no response has been received from the guardian to satisfy refusal».

²¹ A. ERFANI, *Curbing family planning in Iran: an appraisal of Bill 446*, in *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, 2015: 41, 243-244.

contraccezione, negando alle donne l'opportunità di prendere decisioni informate sulla gravidanza²².

La Legge quadro sulla popolazione e l'esaltazione della famiglia (proposta n. 315) impone a tutti gli enti, pubblici e privati, di dare priorità nelle assunzioni in determinati ambiti lavorativi a, nell'ordine: uomini con figli, uomini sposati senza figli e donne sposate con figli. Rende inoltre più complicato il divorzio e scoraggia gli interventi delle forze di polizia e dei giudici nelle liti familiari, aprendo dunque la strada a maggiori rischi di subire violenza domestica²³.

3. La situazione irachena

Attualmente, in Iraq, la Personal Status Law²⁴ del 1959 all'art. 7 fissa a 18 anni l'età legale per il matrimonio, ma permette, a seguito dell'articolo 5 della novella 15 del 2008, che il giudice possa consentire alle bambine di almeno 16 anni di sposarsi in "casi urgenti"²⁵ e su "autorizzazione del Giudice".

²² F. TORABI, M. J. ABBASI-SHAFAZI, *Women's education, time use and marriage in Iran*, in *Asian Population Studies*, 12/2016, 1-23.

²³ Amnesty International, Report: YOU SHALL PROCREATE ATTACKS ON WOMEN'S SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS IN IRAN, 2015, reperibile su <https://amnesty.dk/media/1180/you-shall-procreate.pdf> [ultimo accesso 22 giugno 2017]

²⁴ Legge 188/1959, pubblicata nella gazzetta ufficiale irachena (Alwagai Aliragiya) n. 280 del 30 dicembre 1959. La traduzione in lingua inglese della legge e dei relativi emendamenti successivi è reperibile su https://apps.americanbar.org/rol/publications/iraq_personal_status_law_1959_english_translation.pdf [ultimo accesso: 20 giugno 2017].

²⁵ Art. 8 l. 188/1959.

Il matrimonio precoce è considerato un atto di violenza domestica secondo la legge sulla violenza domestica della regione del Kurdistan iracheno²⁶.

Secondo l'art. 7 della legge del Kurdistan qualsiasi persona che commetta atti di violenza domestica (compreso il matrimonio precoce) sarà punito con una reclusione con una sanzione che va da 6 mesi a 3 anni e una multa che va da un massimo di 1 a 5 milioni di dinari iracheni. Vengono, inoltre, severamente puniti i matrimoni non registrati.

Anche in questo Paese la situazione per le bambine rischia una modificazione in senso peggiorativo. Una recente proposta di legge permetterebbe alle bambine di 9 anni di sposarsi.

Il 27 ottobre 2013 il Ministro della Giustizia Hassan al-Shimmari ha presentato un progetto di legge chiamato Ja'afari personal status law²⁷, che si basa sui principi della scuola religiosa fondata dall'Imam Jaafar al-Sadiq, il sesto Imam sciita e tale proposta normativa consentirebbe alle bambine, come si è detto, di almeno 9 anni, di contrarre matrimonio²⁸.

4. India: la “roccaforte” dei matrimoni precoci

L'India è il Paese con il più alto numero di spose bambine, con il 47% delle ragazze, più di 24,5 milioni, sposate prima di aver compiuto i 18 anni. Il 40% dei matrimoni precoci a livello globale vengono contratti in India. Il Child Marriage Restraint Act²⁹ del 1929 fissava a 18 anni l'età

²⁶ Art. 2, legge n. 8 del 2011. Reperibile integralmente su http://www.ekrg.org/files/pdf/combat_domestic_violence_english.pdf [ultimo accesso 20 giugno 2017].

²⁷ <https://www.hrw.org/news/2014/03/11/iraq-dont-legalize-marriage-9-year-olds> [ultimo accesso 22 giugno 2017].

²⁸ Human Rights Watch, World Report 2015 - Iraq, 29 January 2015, reperibile su: <http://www.refworld.org/docid/54cf839ee.html> [ultimo accesso: 20 giugno 2017].

²⁹ <http://wcd.nic.in/child-marriage-restraint-act-1929-19-1929> [ultimo accesso 22 giugno 2017].

matrimoniale per i maschi e 15 anni per le femmine, ma prevedeva sanzioni particolarmente lievi in caso di mancato rispetto dell'obbligo legislativo.

Questa legge fu il risultato di una campagna che ebbe un ruolo fondamentale nel ridefinire la posizione delle donne, della vita familiare e della maternità nell'India moderna³⁰.

Anche se la legge non dichiarò nulli i matrimoni con i bambini, essa contribuì a preparare la strada del cambiamento³¹.

Pertanto, è stata introdotta una legge specifica, chiamata "*Prohibition of Child Marriage Act*"³² e datata 2006 che ha fissato l'età matrimoniale a 18 anni per le donne e 21 anni per gli uomini;

L'obiettivo della legge è quello di vietare la solennizzazione del matrimonio precoce e delle questioni connesse e incidentali.

Ai sensi dell'articolo 3 della legge i matrimoni precoci sono annullabili su richiesta al Tribunale del minore.

Sono previste dalla legge sanzioni penali corrispondenti a una multa e/o fino a 2 anni di carcere per gli adulti maschi che sposano una bambina (art. 9), per chi celebra il matrimonio cui una parte è un bambino (art. 10) e per chi promuove i matrimoni precoci (art. 11).

Nonostante tale dettato legislativo particolarmente chiaro, l'India rimane la roccaforte dei matrimoni precoci per due motivi.

Il primo è la cogenza per i musulmani di una legge personale, la Muslim Personal Law (Shariat) Application Act del 1937³³ che prevede per la

³⁰ J. WHITEHEAD, *Modernizing the Motherhood Archetype: Public Health Models and the Child Marriage Act of 1929*, in *Contributions to Indian Sociology*, 29/1995.

³¹ N. JANAKI, *Prohibited Marriage: State Protection and Child Wife*, in *Contribution to Indian Sociology*, 29/1995, 157-186.

³² <https://www.hsph.harvard.edu/population/trafficking/india.childmar.07.pdf> [ultimo accesso 22 giugno 2017]

³³ http://cyberadvocate.in/pluginfile.php/772/mod_resource/content/1/Muslim%20Personal%20Law%20%28shariat%29%20Application%20Act%201937.pdf [ultimo accesso 23 giugno 2017].

donna/ragazza all'articolo 7 una esenzione dal chiedere lo scioglimento del matrimonio precoce qualora lo stesso sia stato consumato.

Il secondo motivo è il forte ruolo delle “norme sociali” che impongono la pratica del matrimonio precoce.

Un esempio fra tutti viene dallo Stato indiano del Rajasthan dove sopravvive la consuetudine di far sposare bambini molto piccoli. Nel giorno di Akha Teej, di buon auspicio, si celebrano nozze di massa tra ragazzi e ragazze molto giovani. Dal punto di vista dei genitori, questo è il modo tradizionale e sperimentato di organizzare la trasmissione della proprietà e del patrimonio nella famiglia. Una percentuale ridotta, ma significativa, dei bambini ha meno di dieci anni, ed alcuni hanno appena due o tre anni di età.

Una soluzione pratica per scardinare queste norme così attecchite nel tessuto sociale indiano proprio da questo stato del Rajasthan e punta sull'educazione delle bambine.

Si tende ad “incrementare il valore attribuito alle ragazze”, aumentando indirettamente l'età matrimoniale.

I governi del Rajasthan, del Karnataka e dell'Haryana hanno adottato un programma di incentivi per le famiglie a basso reddito. Nell'Haryana, per esempio, alla nascita di una bambina viene depositata una piccola somma (Rs 2.500, cioè 78 dollari) in un conto di risparmio. All'età di 18 anni, se è ancora nubile, la ragazza ha il diritto di incassare la somma di Rs 25.000 accumulatasi nel frattempo.

Questo incentivo economico per mantenere in vita le bambine e per rimandarne il matrimonio è accompagnato da agevolazioni per la loro istruzione. L'intento è quello di incoraggiare i genitori a rimandare il matrimonio fino al diciottesimo anno di età della figlia, che così avrà anche una somma da usare come dote³⁴.

³⁴ B. MENSCH, J. Bruce, M. Greene, *The Uncharted Passage: Girls' Adolescence in the Developing World*, The Population Council, 1999.

A livello statale si è intervenuto con progetti quali *Apni Beti, Apna Dhan* (“Mia figlia, il mio patrimonio”) consentono alle ragazze nubili di ricevere al diciottesimo anno d’età una consistente donazione statale, incoraggiando in questo modo i genitori a ritardare le nozze e a valorizzare la figura della figlia all’interno della famiglia.

Nonostante l’intento benevolo non ha avuto, come è stato rilevato, i risultati sperati nel ritardare i matrimoni precoci³⁵.

Il “*Right of children to free and compulsory education act*” del 2009 ha reso l’istruzione obbligatoria e gratuita in India fino all’età di 14 anni a dimostrazione del fatto che i governi contrappongono come prima arma al matrimonio precoce il diritto all’istruzione delle bambine.

5. Zimbabwe: dove il matrimonio precoce è incostituzionale

Lo Zimbabwe fino al 2016 permetteva alle ragazze in età precoce di sposarsi con il consenso dei genitori.

Nello stato africano, situato a nord della Repubblica Sudafricana, tra il Botswana e il Mozambico, secondo indagini statistiche e demografiche condotte nel periodo 2010-2012 (inerente la distribuzione percentuale di donne di età compresa tra i 15 e i 26 anni), la percentuale di bambine (sposate con il consenso dei genitori) era del 4,7% per le bambine di età pari o inferiore a 13 anni, del 9% per le bambine di 14 anni di età, 19,6% per le bambine di anni 15 e 29,3% per le ragazze di età pari a 16 anni³⁶.

Secondo i dati UNICEF in Zimbabwe circa 1/3 delle ragazze si sposava prima dei 18 anni e ben il 4% prima dei 15 anni..

³⁵ P. NANDA, N. DATTA, P. DAS, *Impact of Conditional Cash Transfers on Girls’ Education*, marzo 2014, reperibile su https://www.icrw.org/wp-content/uploads/2016/10/IMPACCT_Hires_FINAL_3_20.pdf [ultimo accesso 22 giugno 2017].

³⁶ J.A. WALKER, *Early marriage in Africa-trends, harmful effects and interventions*, in *African Journal of Reproductive Health*, 16/2012, 231-240.

Secondo il *Multiple Indicator Cluster Survey*, nel 2014 il 26% dei giovani di età compresa tra i 15 e i 19 anni era sposato e di questi il 24,5% erano femmine e l'1,7% maschi³⁷.

Da tali indagini statistiche si comprende perché spesso quando si parla di “*child marriage*” si parla di “*spose bambine*”.

La legislazione familiaristica permissiva del matrimonio precoce in Zimbabwe era costituita dal Capitolo 5:11 del *Marriage Act* del 1965³⁸ e già in precedenza dal Capitolo 5:07 del *Customary Marriages Act* del 1951³⁹.

In particolare, la sezione 22 (1) del *Marriage Act*⁴⁰ proibiva il matrimonio di un ragazzo di età inferiore ai 18 anni e di una ragazza di età inferiore ai 16 anni, a meno che non si fosse ottenuta una autorizzazione scritta del Ministro, quando il matrimonio veniva considerato “*desirable*”. La sezione

³⁷ MICS Multiple Indicator Cluster Survey 2014 p. 35, reperibile su http://www.childinfo.org/files/Zimbabwe_2014_KFR.pdf [ultimo accesso 4 aprile 2016].

³⁸ reperibile su <http://unstats.un.org/unsd/vitalstatkb/KnowledgebaseArticle50180.aspx> [ultimo accesso 4 giugno 2017].

³⁹ Zimbabwe: Customary Marriages Act [Zimbabwe], Chapter 5:07, 1 January 1951, reperibile su <http://www.refworld.org/docid/4c46d07c2.html> [ultimo accesso 10 giugno 2017].

⁴⁰ "s22 Prohibition of marriage of persons under certain ages (1) No boy under the age of eighteen years and no girl under the age of sixteen years shall be capable of contracting a valid marriage except with the written permission of the Minister, which he may grant in any particular case in which he considers such marriage desirable: Provided that— (i) such permission shall not relieve the parties to the proposed marriage from the obligation to comply with all other requirements of this Act; (ii) such permission shall not be necessary if by reason of any such other requirement the consent of a judge is necessary and has been granted. (2) If any person referred to in subsection (1) who was not capable of contracting a valid marriage without the written permission of the Minister in terms of this Act, contracted a marriage without such permission and the Minister considers such marriage to be desirable and in the interests of the parties concerned, he may, if such marriage was in every other respect solemnized in accordance with this Act and there was no other lawful impediment thereto, direct in writing that it shall for all purposes be a valid marriage. (3) If the Minister so directs, it shall be deemed that he granted written permission to such marriage prior to the solemnization thereof".

20 (1) richiede, ai fini della validità del matrimonio, il consenso scritto dei tutori legali, ma, se il matrimonio fosse stato comunque celebrato, rimaneva valido, secondo quanto previsto dalla sezione 21 (1), nel caso in cui - entro un termine di sei settimane decorrente dalla data in cui il tutore legale avesse avuto notizia del matrimonio - egli non avesse avanzato richiesta di nullità dinanzi alla *High Court*.

A differenza della normativa costituzionale oggi vigente, la legislazione ordinaria dello Zimbabwe definiva "bambino" ogni persona di età inferiore ai 16 anni⁴¹.

Nel *Customary Marriages Act*, invece, per le unioni di diritto consuetudinario (registrate o meno) non era previsto alcun limite minimo di età, come rilevato dottrina⁴².

La questione è finita alla Corte Costituzionale con l'ormai noto caso *Mudzuru Loveness Mudzuru & Ruwimbo Tsopodzi v. Minister of Justice, Legal & Parliamentary Affairs N.O, Minister of Women's Affairs, Gender & Community Development And Attorney General of Zimbabwe del 20 gennaio 2016*⁴³.

In questa sentenza la Corte Costituzionale dello Zimbabwe arrivano ad affermare che l'evidenza empirica sulle "conseguenze orribili"⁴⁴ dei matrimoni precoci può dirsi "schiacciante" e definisce tale pratica come "l'incarnazione di tutti i mali contro i quali i diritti fondamentali hanno lo

⁴¹ Capitolo 5:05, art. 2 del Child Abduction Act, Act 12/1995, reperibile su http://jafbase.fr/docAfrique/Zimbabwe/CHILD_ABDUCTION_ACT_5_05.pdf [ultimo accesso 4 aprile 2016] e Capitolo 5:06, art. 2 (b) del Children's Protection and Adoption Act, Act No. 22 come emendato dall'Act No. 9 of 1997, reperibile su <http://cyber.law.harvard.edu/population/zimbabwe/child.protect.htm> [ultimo accesso 4 giugno 2017].

⁴² M. SHONGE, *Married too soon: Child Marriages in Zimbabwe*, 2011, Research and Advocacy Unit (RAU), reperibile su <http://researchandadvocacyunit.org/> [ultimo accesso 4 giugno 2017].

⁴³ <http://www.lrfzim.com/wp-content/uploads/2016/01/Landmark-ruling-on-child-marriages.pdf>; [ultimo accesso 20 giugno 2017]

⁴⁴ La Corte utilizza gli studi e la definizione di UNICEF.

*scopo di proteggere i bambini*⁴⁵.

Le “conseguenze orribili” dei matrimoni precoci, secondo la Corte, non possono non avere impatto sulla coscienza di ogni società che si preoccupa per i valori fondamentali della dignità umana, della libertà e dell’uguaglianza; pertanto, la loro abolizione è diventata “*a compelling social need*”, da considerare ai fini della questione di costituzionalità postale.

La pronunzia dichiara l’incostituzionalità delle disposizioni legislative affermando che a decorrere dal 20 gennaio 2016 in Zimbabwe nessuna persona maschio o femmina può stipulare ogni matrimonio, compresa una unione non registrata di diritto consuetudinario o qualsiasi altra unione prima di aver raggiunto i 18 anni.

Il divieto riguarda ogni tipo di matrimonio, sia che trovi fondamento dal diritto civile, dalla consuetudine o dalla religione.

Pertanto, viene riconosciuto il fondamentale diritto costituzionalmente garantito dei bambini ad essere protetti da qualsiasi forma di matrimonio.

“Alla luce anche delle schiaccianti evidenze empiriche sugli effetti nocivi del matrimonio precoce sulle bambine, nessuna legge che autorizza tali matrimoni si può dire sia fatta per proteggere “*l’interesse superiore del minore*” e la sezione 22 del *Marriage Act* è la dimostrazione evidente dell’inadempienza dello Stato rispetto al suo obbligo di predisporre adeguate misure legislative per proteggere le bambine” ha concluso la Corte.

La questione affrontata in Zimbabwe costituisce un *landmark case* le cui motivazioni potrebbero applicarsi, secondo il Comitato africano di esperti

⁴⁵ Pag. 38 della sentenza.



n. 1/2018

sui diritti e sul benessere del fanciullo⁴⁶ anche in Guinea Bissau, Mauritania, Mali, Nigeria, Uganda, Burkina Faso, Etiopia, Niger e Ciad⁴⁷.

⁴⁶ Comitato istituito nel 2001 con il compito di controllare l'attuazione della Carta africana sui diritti e sul benessere del fanciullo, così come disciplinato dagli artt. 32-46 della Carta stessa.

⁴⁷ <http://agensir.it/mondo/2016/02/05/sentenza-storica-lo-zimbabwe-dichiara-illegali-i-matrimoni-di-minori/> [ultimo accesso 15 giugno 2017].



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – 2018

LORENZA PAVONE

La rivoluzione del microcredito

ABSTRACT – The aim of this paper is to present the successful project of the Grameen Bank of Muhammad Yunus who with the idea of the microcredit helped millions of women and families to relief from poverty and social exclusion. It is an important example of how new economic ideas can be thought to accomplish the demand of social justice in the developing countries.

KEYWORDS – Microcredit, microfinance, poverty, developing countries

La rivoluzione del microcredito*

Il vincitore del premio Nobel per la pace Muhammad Yunus vive in Bangladesh, uno dei paesi più poveri del mondo e periodicamente devastato da calamità naturali quali cicloni, inondazioni e carestie. La carestia del 1974 ha causato centinaia di migliaia di vittime; milioni di persone sono rimaste senza casa nell'inondazione del 1988; il ciclone del 1992 ne ha fatte perire oltre 150.000. Eppure questi disastri naturali sono nulla in confronto alla malnutrizione e alla povertà strutturale del Paese.

Il 40% della popolazione non arriva a soddisfare i bisogni alimentari minimi giornalieri per cui, a causa della malnutrizione, il peso e la statura si mantengono sotto la media. L'analfabetismo raggiunge addirittura il 90%. La densità della popolazione è molto elevata: 830 persone per chilometro quadrato. Troppe persone vivono ancora per strada, scalze, prive di acqua pulita e di riparo. In queste condizioni è difficile pensare che il Bangladesh possa essere d'aiuto al resto del mondo. Eppure con la Grameen Bank fondata da Muhammad Yunus, assistiamo oggi ad un progetto di sviluppo senza precedenti che si propaga dal terzo mondo verso i paesi sviluppati.

Si tratta, infatti, della rivoluzione del microcredito che si è espansa al di là dei territori del Bangladesh e rappresenta un aiuto ai poveri di 53 paesi, consentendo agli ultimi della terra di assumersi la responsabilità e il controllo della propria vita.

La storia eccezionale di Yunus inizia nel 1974, anno in cui il Bangladesh cadde nella morsa di una gravissima carestia: «Sembravano tutti uguali:

* Contributo sottoposto a valutazione anonima. Il presente contributo ripropone il testo della relazione al corso multidisciplinare "Diritti del minore e Cooperazione Decentrata" organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche Economiche e Sociali dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro di concerto con l'UNICEF nell'a.a. 2015/2016.

uomini, donne e bambini. Anche l'età era difficile da definire: i vecchi parevano bambini e i bambini avevano le sembianze di vecchi»¹. Dinanzi a questo terribile scenario di morte, Yunus, che insegnava economia all'università, volle sfidare le teorie economiche in voga che si erano rivelate fino ad allora incapaci di fornire una soluzione alla miseria.

Decise così di comprendere più da vicino la vita dei poveri del proprio Paese andando a visitare il villaggio di Jobra a pochi chilometri di distanza dal campus universitario. Quivi incontrò Sufia, una donna di appena ventun'anni che accovacciata per terra, davanti ad una casa completamente diroccata, fabbricava uno sgabello di bambù. Il guadagno giornaliero per quel tipo di lavoro consisteva in 5 take ossia 22 centesimi di dollaro, ma siccome i soldi per la realizzazione dello sgabello le venivano prestati dal rivenditore al quale Sufia vendeva gli sgabelli, il guadagno di una giornata ammontava a 2 centesimi. Se avesse chiesto un prestito altrove, sarebbe finita nelle mani degli strozzini i quali pretendevano addirittura il 10% in più al giorno. Nei paesi del terzo mondo l'usura è purtroppo normale e socialmente accettata tanto che neppure chi ne usufruisce si rende conto di quanto sia oppressiva.

Mentre all'Università si ragionava in termini di miliardi, lì sotto agli occhi di Yunus la vita e la morte si basavano su centesimi. La realtà era evidentemente ben diversa da quanto solennemente proclamato nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo per la quale *“ogni persona ha diritto a un livello di vita che garantisca la salute e il benessere dell'individuo e della sua famiglia, in particolare per quanto riguarda il cibo, la casa, l'assistenza medica e i servizi sociali necessari...”*.

Yunus iniziò allora a pensare ad un sistema di prestito differente per Sufia grazie al quale, disponendo di un credito iniziale, ella potesse vendere i prodotti direttamente sul mercato, ottenendo un margine di guadagno più alto. L'idea si inseriva chiaramente in un progetto più ampio di aiuto ai poveri del villaggio per cui con l'aiuto di una studentessa preposta alla

¹ M. YUNUS, *Il banchiere dei poveri*, Milano, 1998, 13.

raccolta di dati, Yunus compilò un elenco di tutte le persone di Jobra che, come Sufia, ricorrevano ai prestiti dei commercianti². L'elenco fu pronto in una settimana e conteneva 42 nomi per un prestito della cifra di 27 dollari che furono presto concessi alle persone interessate³.

Il problema non poteva, tuttavia, essere risolto a quel livello minimo di intervento, per cui Yunus decise di sottoporre il problema al direttore della banca Janata, una delle più importanti del paese. Il direttore rifiutò di aderire al progetto perché la somma irrisoria di cui si parlava non avrebbe coperto neppure i costi burocratici della procedura e poiché i poveri, analfabeti, non sarebbero stati in grado di riempire i formulari. Né erano poi chiaramente nelle condizioni di offrire delle garanzie.

Il progetto fu però in seguito accolto dal direttore regionale della banca Krishi e nel 1976 furono concessi dei crediti a favore dei poveri di Iobra che li restituirono puntualmente.

La svolta decisiva che segnò il destino del programma di aiuti, avvenne nel 1982, grazie all'incontro con Ama Muhith, prima segretario dell'ambasciata pakistana a Washington e poi ministro delle Finanze in Bangladesh. Il 2 Ottobre del 1983 venne indetta la cerimonia di inaugurazione della banca in un villaggio del Tangoil. Il Progetto Grameen, si trasformò, finalmente nella Banca Grameen.

La banca fondata da Yunus ha fatto ciò che nessuna banca tradizionale avrebbe fatto: fornire ai poveri i fondi per realizzare piccole iniziative imprenditoriali senza richiedere garanzie patrimoniali. Per ridurre

² M. YUNUS, *op. cit.*, 62.

³ «Questi erano i dati che volevamo conoscere: quante famiglie del villaggio possedevano terre coltivabili; di quanta superficie disponeva ogni famiglia; quali erano le principali colture; quali erano le fonti di reddito delle famiglie senza terra; chi erano le persone più povere che cosa sapevano fare e cosa impediva loro di migliorare la propria condizione; quante famiglie ricavano abbastanza dai raccolti da garantirsi il nutrimento per tutto l'anno; quante non riuscivano a raggiungere questo obiettivo e per quanti mesi bastava la provvista da loro accantonata». Si v. M. YUNUS, *Un mondo senza povertà*, Feltrinelli, Milano, 2010, 62.

l'insolvenza la Grameen Bank ha ideato le seguenti linee guida fondamentali:

- *Tutti i prestiti scadono entro un anno;*

Il sistema di pagamenti ravvicinati si è dimostrato vincente per due motivi. Il primo è legato al fatto che i pagamenti ravvicinati permettono di avere rate di basso importo, che incidono minimamente sul reddito dei clienti, che non esiteranno a separarsi da una piccola somma di denaro. Al contrario, il pagamento dell'intero importo in un'unica soluzione finale è vissuta con angoscia, senza contare che è maggiore la tentazione di non restituire una somma relativamente grande di denaro. In secondo luogo, pagamenti settimanali consentono di accorgersi immediatamente dell'inadempimento del debitore. Il mancato pagamento di una rata, o di più rate, non è di per sé un motivo per sfiduciare i clienti. Il presupposto iniziale è che il mancato pagamento non è necessariamente indice di mala fede. È possibile, infatti, che siano insorte delle difficoltà e che il cliente non sia stato in grado di guadagnare a sufficienza per pagare la quota. In tal caso, l'atteggiamento adottato dalla banca è completamente diverso da quello delle banche tradizionali. In caso di insolvenza, non si avvia procedimento giudiziario perché non esistono atti giuridici tra la banca ed il cliente. Il rapporto tra i soggetti è basato unicamente sulla fiducia e non vengono richieste garanzie a copertura del rischio di insolvenza. Tale regola, che può apparire quantomeno ingenua se si ha a che fare con persona povere che non hanno nulla da perdere, cela, in realtà, un meccanismo a dir poco efficiente. La mancanza di contratti formali o di garanzie non invoglia i clienti a "truffare" la banca, perché, se ciò accadesse, a chi non ha pagato intenzionalmente il debito non verrà più data la possibilità di ottenere in futuro i servizi bancari. Si crea, cioè, un circuito virtuoso, all'interno del quale il comportamento disonesto viene scoraggiato, senza coinvolgere la polizia o i tribunali, ma semplicemente puntando sul fatto che il cliente non sprecherà l'unica possibilità di riscattare la propria condizione sociale.

Allo stesso tempo, come si diceva, un debitore insolvente non è automaticamente considerato una persona disonesta. Vari motivi possono metterlo improvvisamente in difficoltà, e visto che le scadenze sono settimanali, non è difficile accorgersi se il ritardo è giustificato. Il debito, pertanto, non viene cancellato, ma convertito in uno a lunga scadenza.

- *Vengono prestate piccole somme a piccoli gruppi di persone; Vengono preferite le donne perché ritenute più idonee a gestire il denaro;*

Fin dall'inizio, la Grameen Bank ha puntato sulle donne, sia in qualità di collaboratrici che di clienti. Il 97 % dei suoi clienti è, infatti, costituito da donne. In molti paesi asiatici, per la maggior parte di fede musulmana, vigono le regole del *purdah*, che nella visione coranica, inducono al rispetto della virtù e della modestia delle donne, ma che in una versione più restrittiva, fanno loro obbligo di nascondersi alla vista degli uomini, salvo i familiari più stretti. Molte società orientali sono decisamente sbilanciate a favore degli uomini, mentre le donne sono considerate, per lo più merce di scambio, se non un peso, perché necessitano di una dote al momento del matrimonio. Il primo motivo per cui si è scelto di coinvolgere le donne è stato, dunque, quello di bilanciare la discriminazione di genere, posto che si accetta che: «se in una famiglia qualcuno deve soffrire la fame, sarà sicuramente la donna»⁴.

Il secondo motivo per il quale si è ritenuto più opportuno concedere prestiti alle mogli, piuttosto che ai mariti, è stato di tipo puramente economico. Infatti: «[...] passando per le mani delle donne, il credito portava cambiamenti più rapidi di quando era gestito dagli uomini. [...]. Sono più attente, si preoccupano di costruire un futuro migliore per i figli, dimostrano maggiore costanza nel lavoro. Il denaro affidato ad una donna per la gestione familiare rende di più di quando passa per le mani dell'uomo. D'altra parte l'uomo ha una diversa scala di valori, all'interno della quale la priorità non va alla famiglia: quando il maschio povero dispone di un reddito maggiore rispetto a quello indispensabile per la

⁴ M. YUNUS, *Il banchiere dei poveri*, cit., 88.

sopravvivenza, pensa innanzitutto a soddisfare le proprie esigenze personali»⁵.

In termini di sicurezza dell'investimento è, quindi, meglio prestare denaro alle donne che agli uomini. La necessità di provvedere al mantenimento della famiglia spinge le donne ad effettuare investimenti in un'ottica di lungo periodo, così da garantirsi delle entrate certe, con cui soddisfare i bisogni della famiglia anche in futuro. Non è stato semplice rendere consapevoli le stesse donne delle proprie potenzialità, senza contare che, molto spesso, gli uomini hanno ostacolato l'interesse e l'accesso ai progetti di microcredito. Comunicare con le donne dei villaggi ha richiesto poi sforzi notevoli anche in ragione della diffidenza delle stesse verso un estraneo e per di più uomo. Yunus trascorse, infatti, ore all'esterno delle case in qualunque condizione atmosferica, attendendo che le donne decidessero di parlare con lui. Pensò allora che fosse opportuno l'aiuto delle proprie collaboratrici - puntualmente istruite sul messaggio da comunicare al "pubblico" femminile - che venivano accolte in casa più facilmente. Il principale motivo per il quale le donne non accettarono inizialmente i prestiti che gli venivano offerti, era rappresentato dal fatto che all'interno della famiglia è l'uomo ad occuparsi della gestione delle finanze e, in generale, a prendere decisioni di ogni sorta. All'inizio, infatti, non furono rari i momenti di tensione tra mariti e mogli. Pur riuscendo a convincere una donna ad accettare i microprestiti, il marito interveniva per affermare la propria supremazia, chiedendo che il prestito venisse concesso a lui piuttosto che alla moglie. Ma non sono pochi i casi in cui gruppi di donne, forti di questa nuova consapevolezza, si sono schierate contro gli uomini, che osteggiavano il progetto usando anche violenza verso le proprie mogli.

Oggi, la Grameen Bank presta denaro ai mariti, ma solo attraverso le mogli che rimangono le principali interlocutrici. Quando viene concesso un

⁵ *Ibidem*.

prestito per la casa, il marito deve sottoscrivere un atto che assegna alla moglie la proprietà del terreno sul quale sarà costruita la nuova casa.

Anche i collaboratori della Grameen sono poi in gran parte donne. Ciò si è sicuramente reso necessario per i motivi indicati, affinché fosse chiaro il messaggio di auto alle donne offerto dalla Grameen Bank, ma anche per garantire una equità di genere. Le donne che abbandonano anticipatamente il posto di lavoro sono ancora tante, ma una nota positiva è data dal fatto che coloro che lavorano e si “espongono” in una società ancora maschilista non sono più un caso isolato.

- *I prestiti di gruppo prevedono la responsabilità congiunta in modo tale da diversificare il rischio;*

La possibilità, di ottenere un credito non è offerta a singole persone. Per diventare clienti della banca, è necessario costituire un gruppo composto da cinque membri che il potenziale cliente deve coinvolgere, contattando altre persone con la stessa necessità di un finanziamento. La costituzione del gruppo ed il gruppo stesso rappresentano, in un certo senso, l'unica garanzia richiesta. Per quanto l'intenzione di Yunus fosse quella di dare fiducia alle persone, è anche vero che l'iniziativa non avrebbe avuto lo stesso successo, e la stessa percentuale di rimborso, se non fosse stata adottata tale regola. Come lo stesso Yunus riporta: «Le persone, da sole, tendono a essere imprevedibili e irresolute; con l'appoggio e lo stimolo del gruppo il loro comportamento acquista stabilità e diventa di conseguenza più affidabile»⁶.

Le uniche due condizioni per la formazione di un gruppo sono che non comprenda membri della stessa famiglia e che i componenti siano affini per aspirazione e per condizione economica e sociale. La decisione di porre dei vincoli alla scelta dei membri è legata alla necessità che nel gruppo si instauri un clima di fiducia e di rispetto. Se i componenti fossero altri membri della famiglia, ciò avrebbe effetti negativi in quanto, tra parenti, si tenderebbero a giustificare condotte sbagliate, quali i ritardi o i mancanti

⁶ M. YUNUS, *Il banchiere dei poveri*, cit., 104.

pagamenti, in ragione di un rapporto di fiducia acritica. Tra conoscenti, invece, l'attenzione al rispetto delle regole è maggiore, in quanto si tende a voler fare "bella figura" nei confronti di persone dalle quali si è stimati e presso le quali si gode di buona reputazione. Si presume, quindi, che si venga a creare un circolo virtuoso, una sorta di positiva e sana competizione tra i membri del gruppo, in grado di spingere le persone a fare del proprio meglio. Trattandosi di individui che si conoscono, ci si aspetta che si inneschi un meccanismo sociale e psicologico di solidarietà, facendo scattare l'impulso all'aiuto reciproco. Tale spinta solidale, oltre che dai legami personali, è giustificata dal fatto, che alla fine del periodo pattuito, ad essere giudicato sarà il gruppo nel suo complesso. Se anche una persona soltanto non avrà pagato il proprio debito, allora, a nessun componente del gruppo verrà offerta la possibilità di rinnovare il prestito. È chiaro, quindi, come sia interesse di tutto il gruppo che ogni singolo debito venga rimborsato. In caso di difficoltà di uno dei membri, coloro che si trovano in una situazione di *surplus* saranno invogliati a pagare la quota del compagno per non perdere l'occasione di ricevere un credito anche in futuro. In ogni caso, il 5% dell'ammontare di ogni prestito viene automaticamente versato nel Fondo di gruppo, una riserva creata per aiutare i clienti in caso di emergenza. Il gruppo è, inoltre, chiamato ad approvare la richiesta di credito di ogni singolo membro.

Il fatto di essere riusciti a costituire un gruppo non garantisce, peraltro, l'erogazione del prestito. Ogni gruppo deve sottoporsi ad un'istruzione approfondita sui principi e sulle regole della Grameen Bank. Le condizioni del prestito, le scadenze, le modalità di pagamento sono, inoltre, oggetto di un esame finale, al quale i cinque membri si sottopongono separatamente. Per ottenere il prestito, tutti i membri devono superare l'esame, dimostrando di conoscere a fondo l'argomento.

- *I debitori diventano anche depositanti e proprietari della banca e non possono chiedere un altro prestito se non hanno restituito il precedente;*

- *I richiedenti il prestito s'impegnano a dare un'istruzione ai figli, perché, essendo istruiti, i giovani potranno più efficacemente lottare per rompere il vecchio ciclo della miseria e perché abbiano ciò che i loro padri e i loro nonni non hanno avuto.*

La Grameen Bank garantisce il rispetto di questa risoluzione controllando la frequenza scolastica dei figli dei suoi membri.

Oggi la Banca opera in tutto il mondo, e conta migliaia di dipendenti e di clienti. La peculiarità e il punto di forza di questa banca e di tutte le imprese bancarie operanti nel microcredito è quella di valorizzare i debitori giudicati negativamente dal resto del sistema finanziario, incentivando la loro capacità di essere persone libere⁷.

Ancora oggi Yunus e i suoi colleghi lavorano con lo stesso obiettivo: porre fine alla povertà, condizione che mortifica l'uomo nella sua essenza più profonda. La strada per costruire la Grameen Bank non è stata facile.

Talvolta la vita e il lavoro quotidiano ci assorbono a tal punto che dimentichiamo di guardare oltre gli interessi personali per fare il punto sulla situazione globale e riflettere sulla direzione che vogliamo prendere nell'interesse degli altri. Prepariamo i giovani al lavoro e alla carriera e non facciamo abbastanza per insegnare loro a pensare, come singoli individui, a come dovrebbe essere il mondo che desiderano; è un esercizio che meriterebbe un corso specifico in ogni scuola superiore e in ogni università.

⁷ «Ogni individuo possiede una dote vastissima di capacità e la società ideale è quella che sa creare le condizioni favorevoli affinché questa ricchezza potenziale possa esprimersi. Oggi gli abitanti dei Paesi più ricchi stanno dilapidando un capitale che dovrebbe essere considerato proprietà del genere umano, e lo possono fare grazie alla libertà pressoché illimitata che godono di consumare, sprecare ed esaurire ogni risorsa [...] Questo comportamento imporrà fatalmente alle generazioni future di vivere una vita assai meno piena e soddisfacente della nostra e priverà le popolazioni dei paesi in via di sviluppo dei mezzi per migliorare le proprie condizioni». M. YUNUS, *Un mondo senza povertà*, Milano, 2008, 217.

«Nessuno nasce per soffrire la fame e in ogni povero è nascosto un potenziale di successo pari a quello di ogni altro essere umano. Gli esseri umani sono tutti della capacità non solo di badare a se stessi, ma anche a contribuire a migliorare le condizioni del mondo. Ad alcuni è dato in sorte di poter esprimere questa capacità, ma a molti questa opportunità non viene mai concessa e il dono meraviglioso con cui sono nati resta sterile per sempre, una perdita irreparabile possibilità per loro e ancora di più per il mondo»⁸.

Yunus ha dimostrato quanto “si può fare” con il microcredito. Questo è anche il titolo di un altro suo interessante lavoro⁹ in cui l’autore si pone una sfida più impegnativa: provare a sviluppare una nuova forma di capitalismo che persegua fini sociali. La crescita economica non può disgiungersi dalla promozione di uno sviluppo sostenibile per tutti, dall’equità sociale e dalla protezione ambientale, quali essenziali componenti di un processo globale di inclusione. La povertà non nuoce solo ai poveri, ma appiattisce le potenzialità di tutto il genere umano. È uno dei limiti del nostro mondo, da valutare e superare.

⁸ M. YUNUS, *Un mondo senza povertà*, cit., 236.

⁹ M. YUNUS, *Si può fare! Come il business sociale può creare un capitalismo nuovo*, Feltrinelli, Milano, 2010.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

LUIGI MARIANO GUZZO

**La rivista “Ordines”, uno strumento per
comprendere l’Europa**

LUIGI MARIANO GUZZO*

La rivista “Ordines”, uno strumento per comprendere l’Europa

Giovedì 15 marzo 2018, è stata presentata, presso la Biblioteca comunale “De Nobili” di Catanzaro, la rivista scientifica telematica “Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee”.

La presentazione, che si è pregiata del patrocinio del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Catanzaro, è stata organizzata dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali dell’Università “Magna Graecia”, in collaborazione dell’Associazione forense “Diritto di difesa”.

L’evento, che ha registrato la presenza di un consistente numero di studenti, docenti, laureati, è stato moderato da Luigi Mariano Guzzo, e si è aperto con i saluti dell’Avv. Paolo Piccinini, segretario dell’Associazione “Diritto di difesa”. Sono intervenuti i professori Geremia Romano, direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali dell’ateneo di Catanzaro, Massimo La Torre, direttore di “Ordines” e ordinario di Filosofia del diritto, Andrea Porciello, co-direttore di “Ordines” e ordinario di Filosofia del diritto, e Vittorio Daniele, co-direttore di “Ordines” e ordinario di Storia dell’economia.

Nell’introdurre il seminario di studio, il Prof. Geremia Romano, ha sottolineato la bontà scientifica della pubblicazione, aggiungendo che «la rivista Ordines ha l’ambizione di svolgere una funzione di divulgazione delle conoscenze in ambito internazionale, attraverso un metodo interdisciplinare». «Si tratta, infatti – ha continuato - di una rivista che ruota intorno al nostro dottorato di ricerca in “Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo”, che per davvero rappresenta uno dei punti di eccellenza del nostro ateneo».

* Dottore di ricerca in teoria del diritto ed ordine giuridico europeo e docente a contratto di beni ecclesiastici e beni culturali presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

Il Prof. Massimo La Torre ha chiarito che «nella rivista cerchiamo in qualche modo di convogliare gli interessi e gli studi che si fanno all'interno del nostro dottorato, che sono studi che vanno dalla teoria e storia del diritto dal diritto positivo, dall'economia aziendale all'economia politica. Un dottorato che ormai è attivo da quindici anni. Ciò dà conto, non sembri inutile ribadirlo, di una continuità di ricerca, di docenza, di studio. La confluenza tra sapere giuridico e sapere economico è estremamente importante. Il tema che ci unisce tutti è comunque l'Europa, e quindi l'attenzione alle istituzioni europee. Ma l'aspetto più importante da sottolineare è che intorno al dottorato e alla rivista si è formata una comunità accademica di giovani studiosi, che sono espressione del nostro territorio e dei quali andiamo fieri».

Il Prof. Andrea Porciello ha affermato che «l'idea centrale del Prof. La Torre, nel realizzare la rivista *Ordines*, non è stata quella di costruire un contenitore di informazioni, ma quella di creare un reale luogo di discussione sull'Europa. La rivista risponde essenzialmente a quella che è la reale funzione dell'università, cioè migliorare la comunità».

Per il Prof. Vittorio Daniele «la rivista *Ordines* rappresenta un'opportunità unica e per niente scontata nel nostro territorio. Ad un approccio che si basa su un'analisi giuridica e filosofica di quelle che sono i processi di formazione delle istituzioni europee, si aggiunge una riflessione di tipo economico. E a riguardo è importante mettere in evidenza la rilevanza della conoscenza economica nella comprensione del percorso evolutivo dell'Unione Europea».



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – 2018

PAOLA CHIARELLA

Che cosa resta dei diritti?

G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino,

2017, 144

PAOLA CHIARELLA*

Che cosa resta dei diritti?

G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, 2017, 144

“C’è un tempo per ogni cosa” scrive l’Ecclesiaste ed il nostro non è precisamente il tempo o *l’età dei diritti*. È questo il messaggio di Gustavo Zagrebelsky il cui *Diritti per forza* è una introduzione al percorso accidentato delle contraddizioni di un discorso sui diritti volutamente dimentico, sul piano della riflessione e della prassi, dell’altrettanto necessario discorso sui doveri.

Il Novecento aveva trovato in Norberto Bobbio un interprete misurato dello spirito del tempo. Si ricordino tra tutti i suoi lavori *Profilo ideologico del Novecento*, e forse il più ben noto *L’età dei diritti* che con accurata lucidità ripercorrono gli sviluppi politici e giuridici del nostro Paese e di quelli più articolati delle dinamiche internazionali sui temi della democrazia, della pace e della guerra, del fondamento dei diritti umani, del loro presente e avvenire anche con specifico riguardo alla complessità inusitata dei rapporti sociali scaturenti dall’operatività dei diritti.

Al giorno d’oggi Gustavo Zagrebelsky condivide la medesima vocazione tanto visibile nell’esplicito riferimento al desiderio incompiuto del filosofo torinese di approfondire il discorso sui doveri, proprio nell’ora in cui il discorso sui diritti appariva ampiamente saturato. Senza il beneficio di un tempo sufficiente, che fosse anche di qualche anno, e senza la forza all’ultim’uopo necessaria, quel discorso non fu da Bobbio neppure avviato. Ma sembra giunto ora il tempo dei *doveri come discorso*, e Zagrebelsky

* Docente di Teoria e tecnica della normazione e dell’interpretazione, Università “*Magna Græcia*” di Catanzaro.

non minimizzando la potenzialità di quell'intuizione sembra aver trovato proprio nella loro trascuratezza discorsiva le ragioni di un mondo "detestabile", "scempio di vite, di culture, di dignità" [p.VII].

I temi trattati dall'Autore sono vari (lavoro, ambiente, immigrazione, salute, giustizia intergenerazionale) seppure tutti interpretati nell'oscillazione di una logica binaria di dominanti e dominati, vincitori e vinti, sommersi e salvati, da cui si desumere una riflessione tutt'altro che incidentale sul diritto per cui esso non è uno strumento regolativo o risolutivo di tensioni sociali, ma è piuttosto la griglia procedurale entro cui il conflitto si consuma sia pure a diversa intensità di fiamma.

Nel volume trova voce il lamento di una coscienza quasi *planetaria* consapevole delle aberrazioni e contraddizioni che porta in grembo quando l'individualismo liberale satura il linguaggio giuridico mentre in tema di responsabilità e legame sociale risuona l'eco del silenzio. Sembra allora che dietro il tono saggio e dolente dell'Autore, faccia quasi capolino un retro-pensiero sotto forma di domanda salomonica: il diritto, in fondo, "è vanità" se "al suo posto regna l'ingiustizia e l'iniquità siede al posto della giustizia"? [Eccl. 3:16].

La scienza giuridica non responsabile di *false coscienze*, deve essere disposta a discutere sinceramente e audacemente, come qui fa l'Autore, del lato *sopraffattore, avaro* e addirittura *violento* dei diritti, che seppure dal Settecento in poi hanno gettato luce su alcuni fondamentali problemi apportandovene anche la soluzione, oggi non illuminano a sufficienza uno spazio ingigantitosi per effetto della globalizzazione, ma pur sempre saturo, ed in cui, al buio della "crisi dei doveri", il candelabro illuministico della "rivendicazione dei diritti" è brandito e usato a colpi d'arma. Il *cuore di tenebra* è allora tanto più caliginoso quando lo si scopre nel petto dell'Occidente giuridicamente maturo soprattutto quando anche gli *stili di vita* diventano *valori non negoziabili, quasi sacri* che rinnegano la natura tollerante, pluralista del diritto post-moderno (p. 79-82).

Come un invitato stanco del salone delle celebrazioni dei diritti, delle loro *vacue promesse e ipocrite mistificazioni*, l'Autore si incammina a piedi nudi tra le scabrosità dei diritti, anche a costo di apparire un guastafeste per chi nel diritto riscontra invece soltanto *magnifiche sorti e progressive* o preferisce al massimo uno stile filosoficamente reticente che lasci intendere le cose senza esplicitarle a dovere.

Diritti per forza è, dunque, un libro di denuncia delle ingiustizie del tempo presente che si nutrono della disegualianza economica a misura scandalosa, dello sfruttamento lavorativo estremizzato ad un livello *pre-welfarista*, delle frontiere col volto nemico del filo spinato, della violenza ambientale sulle risorse non rinnovabili. La questione è tutta racchiusa in poche righe: «i diritti non come protezione contro le ingiustizie, ma, al contrario, come legittimazione delle ingiustizie» (p. 6).

Il diritto che così facendo rende nemici non è un *diritto fraterno*, ma offre tutt'al più, ai più forti un codice strategico grazie al quale i diritti sono per loro una *felice* realtà ed una *vera* menzogna per i deboli (p. 13). I diritti sono dunque, potrebbe dire Levi-Strauss, *buoni da pensare* per l'*upper-class*, non *buoni da mangiare* per chi subisce il peso di una stratificazione sociale ed economica sempre più piramidale.

La mancata riflessione sui doveri e sui limiti del diritto mantiene irrisolto proprio questo genere di problemi. Quanto più un diritto si estremizza nello sfruttamento delle sue potenzialità, tanto maggiori sono le ripercussioni in termini di violazioni dei diritti altrui (p. 6). Quanto più un diritto si esercita ad altezze da capogiro sganciato dai doveri, tanto più forti sono le vertigini di chi subisce il contraccolpo. Basti tra tutti ricordare a mo' di esempio che i benefici della libertà di impresa non eguagliano in termini di giustizia i costi della delocalizzazione, della disoccupazione, del precariato, della riduzione delle tutele del lavoro. Il diritto dei forti è libertà di poter sfruttare i deboli (p. 18) e per questi ultimi "la signoria della volontà" è una formula sospesa in attesa della liberazione dai fardelli che li opprimono.

Con tutta evidenza, questo avviene anche in ragione del carattere relazionale dei diritti. Il loro godimento, soprattutto in virtù della *saturazione degli spazi* , non è possibile se non a colpi di gomito di diritti altrui, come in una specie di conversione giuridica del *principio di popolazione maltusiano* per cui il diritto produrrebbe generosamente i germi della titolarità dei diritti, non offrendo altrettanti abbondanti mezzi per l'esercizio da parte di tutti o perché non derivino correlativi danni per i diritti altrui. A motivo di ciò la ricerca della felicità è la "lacerazione di un equilibrio, perfino la rottura di un patto" tra soggetti che diventano *rivali* (p. 46). Assume allora particolare rilevanza l'individuazione della giusta relazione per l'esercizio dei diritti ovvero dei loro limiti, al fine di impedire che il diritto stesso perda la sua credibilità se si rivela inadeguato a soddisfare la domanda di giustizia ed equità.

Si ha modo di accorgersi in misura allarmante di questa specie di *insocievolezza* dei diritti soprattutto in tema di immigrazione (pp. 83-92). I popoli in fuga oggi vivono una condizione addirittura peggiore dell'apolidia di cui diffusamente si occupò la Arendt per delineare la drammatica situazione dei profughi al termine della seconda guerra mondiale. La gravità della condizione attuale del migrante di oggi è la de-territorializzazione ovvero lo stanziarsi in non-luoghi che come insegna Augé non sono identitari, relazionali e storici. La saturazione degli spazi di destinazione rende sgradito lo straniero, la cui presenza ingombrante è, purtroppo, fonte di disturbo anche soltanto visivo. La verità di questa ingiustizia è ancora una volta economica. I poveri e gli ultimi della terra non piacciono, perché disturbano con la cattiva novella che da altrui luogo si fugge, gravando il paese di destinazione di una domanda di aiuto. Il migrante di oggi non condivide nulla col trionfante prototipo del "soggetto di diritti", signore della sua volontà, ma si trasforma in un essere umano "superfluo", la cui semplice umanità è una insufficienza davanti alla vita. E quindi questa "non appartenenza alla terra" rende lo straniero l'alieno dei diritti, molto più vicino alla *cosalità* che alla *soggettività* come provato

dallo sfruttamento estremo della sua forza ed energia nei rapporti di lavoro clandestino.

Per concludere con una metafora pittorica, *Diritti per forza* ricorda per tema e tonalità il *Trittico del carro di fieno* di Jeronimus Bosch. Al centro della scena trionfa la ricchezza dei potenti, l'abbondanza del fieno. Sul carro ci si diletta ad intonare un concerto, in basso vi è la gente comune indaffarata ad arraffare quanto più fieno è possibile. Alla quiete di chi sta in alto sul carro, comodamente trasportato si oppone, non casualmente in basso, la lotta di tanti innominati: i *vinti* di tutto il mondo, categoria vastissima che include oggi più che mai le popolazioni migranti e affamate del pianeta. Il fieno è il simbolo della *trinità mondana* di cui parla l'Autore, di *proprietà, potere e fama* a disposizione di pochi e per la privazione di altri (p. 49-51). Ma una società che si edifica sul fieno è in radice vacua ed effimera, sedotta dalla *grande bellezza* e dalla ricerca insaziabile della felicità che nulla ha a che vedere con la *vita buona* e la *virtù* degli Antichi. Essa si alimenta di un insaziabile fuoco di paglia che non riscalda, né illumina. Gli sportelli chiusi del Trittico rappresentano invece il *Viandante*, il *Matto* nella duplice interpretazione del grado più elevato dell'iniziazione o del vagabondo che si trascina dietro il suo carico di vizi e di orrori.

Dinanzi a questo bivio, a cui volutamente pare condurci l'Autore, bisogna scegliere, in fondo non del tutto sopraffatti dallo sconforto, se rinfrancati dalla consapevolezza che talvolta chi è frutto del suo male ha in genere anche la cura: la cura dei doveri. È questa la direzione a cui invita il libro di Gustavo Zagrebelsky, nella quale si ritrova anche il *senso* e, perché no, la *forza del diritto*.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

LUIGI MARIANO GUZZO

**Per un diritto ecclesiastico comparato nello
spazio giuridico europeo**

A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi
dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*,
Giuffrè Editore, Milano, 2^aed., 2017

Per un diritto ecclesiastico comparato nello spazio giuridico europeo

A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2^a ed., 2017

Dopo la prima edizione pubblicata nel 2012, Angelo Licastro propone, sempre per i tipi della Giuffrè, la seconda edizione del volume “Il diritto statale delle religioni nei paesi dell’Unione Europea. Lineamenti di comparazione” (2017). Il libro è frutto della lunga esperienza dell’Autore come docente di diritto ecclesiastico comparato presso l’Università degli Studi di Messina. Pagine, quindi, pensate pure per gli studenti. Per questo motivo i *Lineamenti*, sin dalla loro prima edizione, si caratterizzano per un’importante valenza non solo scientifica ma anche didattica, considerato altresì il chiaro stile espositivo, e per certi aspetti didascalico, utilizzato per presentare gli argomenti in esame.

La formula di “diritto statale delle religioni nei paesi dell’Unione Europea” – preferita, ma solo per ragioni metodologiche, a quella di diritto ecclesiastico comparato – dà conto dell’indagine comparatistica che avanza l’Autore tra le regolamentazioni normative del fenomeno religioso negli ordinamenti statuali dello spazio giuridico europeo. Innanzitutto, a proposito della risalente questione che emerge, alle volte, dai fondali della cultura giuridica accademica - se sia l’analisi comparatistica un’autonoma scienza disciplinare ovvero un metodo di indagine applicabile allo studio dei diversi sistemi positivi- in questo libro la comparazione è metodo che si innesta in uno specifico settore della scienza giuridica, il diritto ecclesiastico.

* Dottore di ricerca in teoria del diritto ed ordine giuridico europeo e docente a contratto di beni ecclesiastici e beni culturali presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

Nel primo capitolo, in merito alla genesi e allo sviluppo dell'applicazione della metodologia comparatistica alla scienza ecclesiasticistica, si individuano le tappe che, quasi “convenzionalmente” (p. 3) rappresentano in Italia l'evoluzione del diritto ecclesiastico comparato: (i) le origini stesse della disciplina che rivelano, sul finire del diciannovesimo secolo, un “peculiare” interesse per le fonti giuridiche straniere; (ii) l'emergere di un interesse particolare, da parte della dottrina, nel descrivere ed illustrare il diritto straniero, soprattutto in prospettiva di riforma del diritto interno; (iii) i nuovi campi di indagine, come la natura internazionalistica del *Trattato* del 1929 circa la nascita e lo statuto giuridico dello Stato Città del Vaticano, il diffondersi dell'istituto concordatario e la riflessione circa il metodo di studio del diritto canonico nelle università statali; (iv) l'inizio di specifiche riflessioni metodologiche sull'importanza della comparazione nel diritto ecclesiastico (si segnalano, in particolare, gli studi di Francesco Onida e di Cesare Mirabelli); (v) l'applicazione dell'indagine comparatistica circa la tutela sovranazionale della libertà di religione. Sia chiaro, d'altronde, che l'indagine comparatistica si rende necessaria in quello spazio europeo che, fin dalle origini, aspirava ad essere un'area di assimilazione dei rapporti economici, sociali e giuridici. Infatti, già il Trattato di Roma (1950) indica tra le finalità della Comunità economica europea “il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, nella misura necessaria per il funzionamento del mercato comune” (art. 3, lett. B). Nel lungo processo di integrazione europea si sono poi predisposti strumenti normativi necessari all'unificazione (le *direttive*) o all'armonizzazione (i *regolamenti*) del diritto degli Stati membri. Ed anzi, soprattutto da Maastricht e, in particolare con la Carta di Nizza, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali non è stato più solo funzionale al “mercato comune”, bensì all'idea di costruire una Europa quale spazio di rispetto e di tutela dei diritti dell'uomo. E' interessante peraltro osservare che lo studio dei sistemi statuali di regolamentazione del fattore religioso si innesta – e non potrebbe essere altrimenti – in quella che viene definita come la sfida

“cruciale” per l’Europa, il diffondersi del “multiculturalismo”, che “ha ridisegnato il volto di intere società nazionali, sempre meno omogenee nel loro tessuto identitario di valori e tradizioni, ed esposte ad un crescente rischio di frammentazione” (p. 10).

Ma è pure importante mettere in evidenza come nei cinque anni che separano la prima dalla seconda edizione del volume, il contesto sociale e normativo dello spazio giuridico europeo sia notevolmente mutato. Da un lato, infatti, si registrano le “difficoltà pratiche di gestione degli inarrestabili flussi migratori di disperati, in fuga dal terrore della guerra e della miseria” che portano alla riemersione degli spettri del nazionalismo (p. 16), dall’altro lato, invece, le minacce del terrorismo di matrice islamista inducono sempre più Stati, che come la Germania avevano favorito politiche di apertura e di accoglienza, ad interrogarsi sulle nuove sfide dell’integrazione (p. 17). A ciò si aggiunga, come fa notare l’Autore, che oggi “per la prima volta nella loro storia, le istituzioni comunitarie sono chiamate a misurarsi con un processo di uscita di uno Stato membro, anziché di ingresso di nuovi componenti [...]” (*ibid.*).

Il secondo capitolo è, invece, dedicato ai Sistemi di relazioni tra Stato e confessioni religiose., che rappresentano “modelli di riferimento incapaci di definire, in tutta la loro complessità, assetti risultanti dall’intreccio di elementi politici e istituzionali assai diversi, e dunque aventi carattere meramente preliminare, approssimativo ed empirico, ma spesso capaci di riflettere aspetti qualificanti della identità nazionale degli Stati” (p. 19). L’Autore, da questo punto di vista, adotta la “più classica tripartizione” (*ibid.*), che distingue sistemi di *unione/subordinazione*, sistemi di *separazione* e sistemi di *coordinazione*. Inoltre, in nota, si osserva come sia stata proposta una tripartizione in sede giurisprudenziale dalla Corte di Strasburgo nella pronuncia *Izzettin Dogan et alii c. Turchia* (26 aprile 2016), per quanto riguarda gli Stati membri del Consiglio d’Europa, tra sistemi caratterizzati da “una separazione più o meno totale”, sistemi caratterizzati dall’ “esistenza di una Chiesa di Stato” e sistemi caratterizzati

da “relazioni di tipo concordatario”. Ma, come osserva pure l’Autore, questi modelli teorici non trovano, nella pratica, una “pura” realizzazione, considerato anche l’inestricabile intreccio di elementi istituzionali e politici che contraddistinguono lo strutturarsi di un sistema di relazioni tra Stato e confessioni religiose. Nondimeno, queste classificazioni sono comunque capaci di “riflettere aspetti qualificanti dell’identità nazionale degli Stati” (p. 19).

Il terzo capitolo si occupa di profili costituzionali e problemi emergenti della libertà di religione, che insieme al “connesso *divieto di discriminazione* per motivi religiosi, trova esplicita tutela costituzionale in tutti gli ordinamenti degli Stati membri dell’Unione Europea” (p. 71). Tra gli aspetti particolari delle previsioni costituzionali in materia di libertà religiosa che l’Autore ritiene meritevoli di essere segnalati, si considerano, soprattutto: (i) l’esplicita equiparazione tra la libertà religiosa e la libertà delle convinzioni filosofico-umanistiche, come avviene nelle costituzioni della Germania, del Belgio e della Bulgaria; (ii) la “tutela negativa” della libertà di religione, nelle costituzioni della Lituania, dell’Austria, della Romania, del Belgio, della Germania, della Svezia, della Polonia e di Malta, nonché il riconosciuto diritto di cambiare religione, come si ritrova nelle leggi fondamentali della Slovacchia e della Repubblica Ceca; (iii) il diritto a non rivelare le proprie convinzioni in materia di religione, come in Spagna, in Portogallo, in Svezia e in Polonia; (iv) il diritto all’obiezione di coscienza, come in Germania, in Portogallo e in Grecia. Un quadro così articolato potrebbe far ritenere ormai superata la questione della tutela della libertà di religione in Europa. Ma, in realtà, i nodi che ancora vengono al pettine sono molteplici, per come sono pure affrontati nel libro: la definizione del concetto di religione, il trattamento delle confessioni religiose, l’uso di segni esteriori di appartenenza confessionale nelle scuole, l’esposizione di simboli religiosi e la questione del velo integrale negli spazi pubblici.

I capitoli quarto, quinto, sesto e settimo si occupano, invece, di istituti specifici del diritto ecclesiastico: il finanziamento delle confessioni religiose, la tutela penale del fenomeno religioso, l'istruzione religiosa, il matrimonio e le vicende di diritto familiare. La trattazione, da questo punto di vista, cerca di prospettare i diversi modelli di strutturazione degli istituti nello spazio normativo europeo. Modelli che alle volte non riproducono il sistema di strutturazione dei rapporti tra Stato e confessioni religiose. Si pensi, ad esempio, per quanto riguarda la questione del finanziamento, al caso dell'Inghilterra che "pur essendo riconducibile (almeno formalmente) ai sistemi di unione/subordinazione, non prevede forme di finanziamento per la Chiesa stabilita o per altre confessioni" (p. 120); ciò probabilmente perché, fa notare l'Autore, il Paese non ha riconosciuto forme di espropriazione o di incameramento dei beni ecclesiastici (p. 135). Al contrario, invece, di quanto avviene in Grecia dove la Chiesa ortodossa, qualificata costituzionalmente come "religione predominante", riceve finanziamenti pubblici molto cospicui (p. 123). Nel capitolo relativo alle vicende matrimoniali, inoltre, si dà conto altresì della crisi del concetto di famiglia e della "destrutturazione" del matrimonio, nelle sue categorie tradizionali.

Il volume si conclude con un ottavo capitolo in materia di protezione della libertà religiosa in seno al Consiglio d'Europa e all'Unione Europea. Tematiche, insomma, che danno conto della complessità della disciplina giuridica del fenomeno religioso nello spazio normativo europeo e dell'importanza, da questo punto di vista, di proporre un'analisi comparatistica.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

FRANCESCO ROTIROTI

**A Plea for Empathy and the Classics in a Time of
Violence**

E. K. ANHALT, *Enraged: Why Violent Times Need
Ancient Greek Myths*, Yale University Press, New
Haven and London 2017, pp. XIV, 268

A Plea for Empathy and the Classics in a Time of Violence

E. K. ANHALT, *Enraged: Why Violent Times Need Ancient Greek Myths*,
Yale University Press, New Haven and London 2017, pp. XIV, 268

I.

Somewhat unsurprisingly, the book under review comes from the pen of a scholar, Emily Katz Anhalt, Professor of Classics at Sarah Lawrence College, previously best known as the author of *Solon the Singer: Politics and Poetics*—an analysis of selected fragments of Solon “in the context of archaic ethical and political thought.”¹ Indeed, not unlike *Solon the Singer*, *Enraged* is the work of a scholar who appears to be particularly sensitive to the connection between politics and literature, or—more to the point—to the making of politics through the practice of literature. Seemingly addressing an educated but general readership of nonspecialists, Anhalt’s newest book has already received considerable attention, with reviews appearing in popular magazines such as *The New York Times Book Review* and *Times Higher Education*,² thus promoting a dialogue that, perhaps, may be still further enriched through input from legal studies.

* PhD in Legal Theory and History (“Magna Graecia” University of Catanzaro, 2018).

¹ I quote from the Introduction: E. K. ANHALT, *Solon the Singer: Politics and Poetics*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, MD, 1993, 1.

² M. BEARD, *What the Greek Myths Teach Us About Anger in Troubled Times*, in *NYT Book Rev.*, Sept. 7, 2017, <https://www.nytimes.com/2017/09/07/books/review/emily-katz-anhalt-enraged.html>; B. GRAZIOSI, *Enraged: Why Violent Times Need Ancient Greek Myths*, by Emily Katz Anhalt, in *Times Higher Educ.*, Dec. 14, 2017,

In essence, *Enraged* is an attempt at drawing rules of human conduct and political behavior from a mindful reading of three ancient Greek classics—the *Iliad*, Sophocles’ *Ajax*, and Euripides’ *Hecuba*; after all, “our culture’s stories consciously and unconsciously shape the choices that we make, the goals that we pursue, and the ways that we treat one another” (p. 2). Moving from this theoretical premise, as detailed in the “Introduction” (pp. 1–12), the author resolves to analyze a number of ancient stories that may help us, as they helped the ancient Greeks, to “restrain rage,” “promote discussion and debate as an alternative to violent conflict,” and cultivate “rational thought and the capacity for empathy” (pp. 3–5). Homer and the tragic poets are the obvious choice for this kind of endeavor.

II.

Four of the six chapters that compose the book are dedicated to the analysis of the *Iliad*. The first brief chapter, “Passions and Priorities (*Iliad* 1)” (pp. 13–28), retells the quarrel between Agamemnon and Achilles, cleverly underscoring the contrast between the values explicitly cultivated by the characters of the narrative and the narrative’s objective emphasis on the dire consequences of their pursuits as they will surface through the mere unfolding of the events. The heroes prize honor, martial prowess, power, and wealth; their pursuits are selfish and they easily indulge their own anger. This is the background of Agamemnon’s and Achilles’ general attitude and individual choices, by which the plot of the *Iliad* is set in motion; the heroes can choose, but their answer is rage, and rage has questionable consequences for everyone—especially for the ruled.

What is especially valuable and methodologically sound in Anhalt’s enterprise is precisely that it takes seriously both the text and its reception,

insofar as it neither leans toward the mere imposition of the values of modernity upon the ancient text, nor attempts to neatly uncover those of the civilizations that hide behind the poems. Rather, it endeavors to show how values are contrasted and selected by means of complex narrative strategies within the literary frame—an approach that is both respectful of the text and considerate of the interpreter’s horizon.

The second chapter, “Them and Us (*Iliad* 6)” (pp. 29–50), focuses on two major episodes of the sixth book—the encounter between Glaucus and Diomedes, and Hector’s brief visit to the houses of Troy—thus highlighting fundamental aspects that most readers may already associate with ancient Greek literature: the *Iliad* is shown to offer multiple perspectives on events, while also bringing out a humanizing depiction of the enemy. Indeed, the Trojans appear to be just like the Greeks—they conduct themselves in the same manner, laugh at the same kinds of happenings, and care for their loved ones.

The encounter between Glaucus and Diomedes is effectively used by Anhalt as a counterpoint to the main plot of the *Iliad*: the Trojan and the Greek hero do not end up slaughtering one another because they choose to honor an obligation that bound their grandfathers, while the Greek siege of Troy, conversely, derives from Paris’s violation of *xeniā* (“guest-friendship”) and theft of Helen. The peaceful outcome of the encounter suggests “that the decision to honor one’s obligations requires conversation, judgment, and choice,” and these constitute an alternative to “raging bloodlust” (p. 41); in short, through the experience of the two heroes, we are guided to appreciate the cornerstones of successful human relationships.

Throughout the chapter, Anhalt insists that, in offering multiple perspectives, the *Iliad* “does not suggest that all perspectives are equally correct. Rather, the recognition ... makes moral judgment possible” (p. 39). Thus, Hector’s decision to risk his life in defense of Troy is understood to “underscore the limitations of his value system” (p. 47); Hector “illustrates the consequences of choosing poorly” (p. 49), because, by choosing to risk

his life in defense of Troy, the hero will ultimately be useful neither to his family nor to the city itself. This argument is somewhat far-fetched, built as it is upon an excessive rationalization of the predictability of Hector's death; to the best of his knowledge (and quite reasonably), Hector can do nothing but fight in defense of his city and family: he is neither pursuing death, nor ultimately responsible for the presence of the Greeks on the shores of Troy. The third chapter, "Cultivating Rational Thought (*Iliad* 9)" (pp. 51–79), begins with the verbal exchange by which Nestor persuades Agamemnon to send an envoy to Achilles and make amends. Anhalt finely argues that, by showing the ineffectiveness and counter productivity of both Agamemnon's and Achilles' choices—which lead to the bloodshed of the Greek army—the text stimulates the audience's critical reflection on leadership and moral priorities. Subsequently, an engaging excursus on the *Iliad*'s paranarratives—that is, stories within the story—shows that the poem's propensity to stimulate critical reflection by means of comparison between fiction and reality is built within the poem itself; this is argued in view of the numerous paranarratives offering positive and negative models of behavior to the characters of the epic, just as the *Iliad* to its audience. Finally, Anhalt points out that, quite consistently, besides success in battle, the characters also value success in debate, the ability to use words, and the responsibility to listen to others.

Notwithstanding the power of words, Achilles continues refusing to fight on behalf of the Greeks. Achilles' refusal and its consequences suggest to Anhalt that the hero and his community are tied together in a relationship of mutual dependence; the community needs the protection of the high-achieving individual, while the individual needs the community to appreciate and celebrate his achievements.

The fourth chapter, "Violence, Vengeance, and a Glimpse of Victory (*Iliad* 10–24)" (pp. 80–114), details the remaining books and principal events of the poem, building on much that has been said in the previous chapters. Both the humanizing description of the enemy and the numerous similes in

which the characters' belligerent values are counterpointed with similes that evoke sympathy for the victim, are now emphasized as part of the "moral critique of warfare" (p. 95) that is alleged to surface through the narrative. Anhalt argues that the poem also invites the audience to contrast the world of men, in which death matters and arouses empathy, with the world of gods, where horrific violence is enjoyed inasmuch as it cannot seriously touch them. This perception is supported in the argument that many details in the tale of Achilles' pursuit of vengeance for the death of Patroclus hint at the event of his gradual dehumanization; only through the experience of empathy—which leads to the restitution of Hector's body—is Achilles' humanity eventually restored: vengeance did not help him to appease his grief; empathy did.

Although Anhalt's analysis clearly implies that the *Iliad* is not simply a patchwork of good feelings and values—as even the best characters are themselves violent, chauvinist, and selfish—the flaws and deficiencies of the poem's ethics are not sufficiently emphasized. For example, from Nestor's retelling of the monarchic principle in *Il.* 9.98–99, Anhalt only draws a very optimistic lesson about reason and political responsibility, in which Agamemnon is being recalled by the king of Pylos (pp. 53–54). This reading may be circumstantially accurate and even insightful, but is far from exhausting the discourse of power that is entangled throughout the poem. As a result, the reader may be led to believe that the *Iliad* merely stages a proto-liberal and proto-democratic critique of autocracy, while in fact it does not—or does not do so as easily as said emphases may induce one to believe. What does it mean to have one king, or even a few kings? What sort of speech acts are entitled to opinion? Thus, when Anhalt suggests that the warriors of the *Iliad* are free to express their dissent—an insight that has perceptible bearings on modern political sensitivities (p. 72)—she is in fact speaking of other princes, such as Nestor and Diomedes, who are indeed allowed to advise Agamemnon (albeit carefully and in the proper forms); the reader is not told about Thersites, through whom we see what happens

when the common soldier decides to speak his own mind.³ While the episode of Thersites may itself be interpreted as the expression of an anti-aristocratic thought,⁴ it is difficult to ascertain whether the narrative is actually taking the side of Thersites or Odysseus. This is precisely the point worth stressing; the ideology of the episode cannot be successfully interpreted as one-sided: the narrative sympathizes with the proto-democratic values and plain humanity of Thersites, while also endorsing the aristocratic outlook of Odysseus.⁵ In summary, the political ideology of the Homeric poems is a complex and controversial matter;⁶ its exploration is highly rewarding for a modern audience, but simplifications should be avoided.

III.

With the fifth chapter, “The Dangers of Democratic Decision Making (Sophocles’ *Ajax*)” (pp. 115–148), we move from the *Iliad* to the tragic poets. The transition is smooth; Anhalt notes that fifth-century tragedies, not unlike Homer, continue to engage myth in the reassessment of ideas and moral values. In particular, she argues that “ancient Greek myths helped to

³ The authoritarianism of the *Iliad*’s speech performances deserves attention: see C. COLLINS, *Authority Figures: Metaphors of Mastery from the Iliad to the Apocalypse*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, MD, 1996, 19–39; and B. LINCOLN, *Theorizing Myth: Narrative, Ideology, and Scholarship*, University of Chicago Press, Chicago and London, 1999, 8–18.

⁴ See, e.g., W. DONLAN, *The Tradition of Anti-Aristocratic Thought in Early Greek Poetry*, in *Historia*, 22/1973, 150–151.

⁵ Along similar lines, for a nuanced interpretation of the episode, see also M. I. FINLEY, *The World of Odysseus*, Second edition, Chatto & Windus, London, 1977, 111–112.

⁶ Homeric political relations have been subject to numerous and diverse interpretations: for an overview, see D. HAMMER, *Homer, Tyranny, and Democracy*, in *Gr. Rom. Byz. Stud.*, 39/1998, 331–338, which collects and organizes an extensive bibliography.

remove from the judgment process the blinding force of rage” (p. 130), and this is especially relevant in relation to the emergence of institutionalized forms of group decision making within the context of the democratic *polis*. Sophocles’ *Ajax* is thus understood as problematizing the overconfidence in the ability of the sole democratic institutions to restrain anger and provide valid solutions to human rivalries: “there is a difference between procedural justice and, well, *justice*,” Anhalt states unequivocally (p. 132).

The statement is perplexing; indeed, while Anhalt’s main preoccupation is that just procedures may produce unjust outcomes, the public disclosure of the United States’ detention practices at Guantanamo Bay has long since shown what may happen when procedures are lifted in the name of someone’s inner persuasions and absolute ideas of justice.⁷ The issue of the relation between the justice of the outcomes and that of the procedures—that is, substantive versus procedural justice—is one to be handled carefully. Assuredly, Guantanamo Bay is not what Anhalt envisages when advocating what seems to be a reasonable mix of the two principles, that is, the need to conciliate the inherent moral flexibility of the procedures with “absolute standards of compassionate justice and humanity” (p. 190). However, Anhalt’s focus on the relation between procedural and substantive justice surely constitutes a refreshing shift from the more frequent summoning of ancient Greek tragedies in modern debates on the relation between natural and positive law.

Thus, the *Ajax* is shown to stage the issue of a democratic voting process producing a manifestly wrong decision (that is, the assignment of Achilles’ armor to Odysseus, to the detriment of Ajax). The reactions of both Ajax and the Atreidai—the one unyieldingly raging and denying any value to democratic institutions, the others unable to acknowledge that democratic voting resulted in an actual injustice—are equally censurable and produce

⁷ On Guantanamo Bay as a “legal black hole” constituted through the abridgement of procedural rights, see L. MAY, *Global Justice and Due Process*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, esp. 43–65.

unbridgeable enmities. As such, there is a need for moral flexibility. Interestingly, the much-needed flexibility is once again introduced through the door of compassion; before the tale of Odysseus's exploits in the finale of the tragedy, it is suggested—through Tecmessa—that Ajax is worthy of lamentation even from his enemies. With Odysseus, however, Anhalt's attention shifts from compassion to self-interest: Odysseus's compassion and absolute standards of justice are ultimately understood as products of his own self-interest, inasmuch as the hero is said to comprehend that fortune is capricious, and all humans may one day become weak and vulnerable to their enemies; "Odysseus recognizes that once dead, he too may be vulnerable to his enemies. He will need them to be capable of restraint and respect" (p. 146).

The sixth and last chapter, "The Abuse of Power and Its Consequences (Euripides' *Hecuba*)" (pp. 149–183), focuses on yet another tragedy, allowing Anhalt to develop much that was already mentioned in her analysis of the *Ajax*. According to Anhalt, the *Hecuba* conveys both a critique of simplistic reliance on democratic procedures—insofar as the sacrifice of Polyxena was regularly voted by the Greek assembly—and illustrates "the need for moral standards between those who have power and those who have none" (p. 167). In the knowledge that fortune is unstable, and that any man may one day need to be treated with humanity and justice, the need for empathy, once again, is emphasized in light of self-interest. From the *Hecuba*, as already from the *Iliad*, Anhalt also derives the understanding that miseries are not the result of chance or divine necessity, albeit sometimes conceived as such by the characters of the play; the events clearly show that suffering is caused by nothing but human choices and actions. Furthermore, the tragedy is argued to expose both the vicious habit of masquerading arbitrary cruelty as moral correctness (thus the sacrifice of Polyxena), and, as in the *Iliad*, the mistaken propensity to equate vengeance with justice (thus Hecuba's understanding of justice). The analysis of the play significantly ends with a focus on a group of verses (*Hec.* 600–602)

seemingly suggesting that morality can be learned—a view that is promptly attributed to the playwright himself. “Morality must be teachable” (p. 182): this is, certainly, the view of Anhalt.

A “Conclusion” (pp. 184–196), subheaded as “The Ends of Self-Government,” summarizes the principal arguments of the book.

IV.

Throughout the book, Anhalt’s analysis maintains a sustained focus on the notion of empathy and its cognates, sympathy and compassion.⁸ In summary, by means of its capacity to disclose the essential equality of all men—that is, the sameness of *them* and *us*—the experience of empathy is shown to act as the catalyzer that brings about the overcoming of violent passions, the establishment of dialogue, and the peaceful resolution of conflict. That Homer and the tragic poets have much to say about empathy does not come as a surprise to the reader of classical literature,⁹ but Anhalt’s insight is nonetheless quite timely in view of the considerable attention that the notion has recently received in both popular and scholarly discourse,

⁸ In common discourse, the words *empathy*, *sympathy*, and *compassion* are often used interchangeably, or with little regard for their nuances; for useful conceptual clarity, see S. PINKER, *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, Viking, New York, 2011, 571–592; see also A. COPLAN and P. GOLDIE, *Introduction*, in IDD. (eds.), *Empathy: Philosophical and Psychological Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2011, IX–XXXI; and A. COPLAN, *Will the Real Empathy Please Stand Up? A Case for a Narrow Conceptualization*, in *The Southern Journal of Philosophy*, 49/2011, 40–65.

⁹ Most recently, see J. F. JOHNSON, *Acts of Compassion in Greek Tragic Drama*, University of Oklahoma Press, Norman, OK, 2016; with P. J. FINGLASS’s review, in *Bryn Mawr Class. Rev.*, 02.44/2017.

especially following Barack Obama's famed remarks about the need for empathy in both the law and human relations at large.¹⁰

Anhalt's hermeneutical enterprise can thus be regarded as an addition to this heterogeneous bulk of scholarship, in the context of the West's growing interest in empathy and its role in shaping modern societies. Unfortunately, despite her concern for the usefulness of ancient myths toward the solution of specific issues in contemporary politics, Anhalt does not contextualize her analysis in relation to current or past debates in political and legal theory. *Enraged* is the work of a classicist, whose normative conclusions are consciously and competently rooted in the science of the best—albeit mostly English—classical scholarship, supplied to the reader through an appropriate body of endnotes and bibliographical references; indeed, the classics are not simply there to be plundered by anyone in search of convenient morals for the matters at hand, and their use should always be soundly built upon the findings of their specialized scholarship.

Nonetheless, neither this nor the appeal to a general readership entirely justifies the disregard for a suitable theoretical framework; this is not meant as a major critique, given the scope of the book, but the clarity and poignancy of some theses may have benefited from an eye on other areas of knowledge. There is, indeed, an aspect of Anhalt's narrative of empathy that is somewhat unconvincing, that being the idea—developed through chapters four to six—that empathy and compassion “need not derive from

¹⁰ On Obama's empathy, see C. J. SHOGAN, *The Contemporary Presidency: The Political Utility of Empathy in Presidential Leadership*, in *Pres. Stud. Q.*, 39/2009, 859–877; and T. B. COLBY, *In Defense of Judicial Empathy*, in *Minn. L. Rev.*, 96/2012, 1944–2015. Recent literature on empathy is voluminous; for a broad outlook on empathy in law and justice, see, e.g., the discussion between Michael Slote, John Deigh, and Susan J. Brison, running through four chapters in A. AMAYA and H. L. HO (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, OR, 2013, 279–314; for a poignant critique of the role and rhetorics of empathy, see C. PEDWELL, *Affective Relations: The Transnational Politics of Empathy*, Palgrave Macmillan, London, 2014.

some extraordinary selflessness,” but, “rather, from a clear understanding of our own self-interest” (pp. 113–114).

This tenet first proceeds from the consideration of Achilles’ self-destructive pursuit of violent passions throughout the *Iliad*, a murderous escalation that meets its end only as a consequence of the hero’s empathetic encounter with Priam; empathy, indeed, would have served Achilles much better than rage and revenge—this incidental remark sounds quite reasonable and in agreement with common sense. In the analysis of the two tragedies, however, self-interest comes to be conceived as structurally central to what amounts to a general theory of empathy. In essence, we are told that, according to the *Ajax* and *Hecuba*, empathy is nothing but the understanding that all men are equally vulnerable to misery, human fortunes are variable, and those in power may one day be at the mercy of their enemies; therefore, it is in the best interest of those in power to be compassionate, in the foresight of an overturn of their fortune. The immediate textual foundation for this thesis is offered by the *Ajax*’s Odysseus, who declares himself to be championing the burial of Ajax in defense of his own interest, for he too, one day, shall come to the same necessity.¹¹ Insofar as the *Hecuba* portrays the empowered acting wickedly toward the weak, and eventually meeting their punishment, the theory is also pushed through chapter six, whence we learn that “it is in the interests of the powerful to exercise restraint and compassion” (p. 183).

This notion of empathy raises several issues. First of all, the circumstantial convergence of Odysseus’s empathy and self-perceived interest is perhaps consistent with his overall, conventional characterization as a handyman, but certainly cannot be extended to other situations and characters without further argumentation. The adaptation of the notion to Hecuba is itself problematic. On the one hand, that her death and dehumanization may be at odds with her self-interest runs against the queen’s self-understanding of

¹¹ SOPH. *Aj.* 1364–1367.

what counts as her own best interest: “I do not care,” she replies to a prophesizing Polymnestor, “since you have paid me your penalty.”¹² On the other hand, if we are to understand the impending but unrelated murders of Cassandra and Agamemnon as embodying an escalation of violence that runs against the queen’s self-interest, I believe that we are dealing with some sort of generic interest of society, rather than the actual interest of the queen. In short, attempts to apply the lesson of Odysseus to Hecuba lead to analytically unsound conclusions. Indeed, Hecuba acts as she does precisely because she no longer has anything to lose—the wheel of her fortune has already turned upside down, and she has no discernible interest in the restraint of her murderous rage—but, ultimately, we can easily imagine many other situations in which empathy and self-interest do not align; the powerful—especially the very powerful—may reasonably foretell that their best self-interest equates with misconduct. Therefore, attempts to tie empathy up with self-interest are not only analytically unsound, but also morally unserviceable and self-defeating.

The dangers of tying empathy up with self-interest can be better seen through the consideration of another author, Dutch primatologist and writer of popular science Frans de Waal, who similarly advocates the subordination of empathy to an “enlightened self-interest,”¹³ but explores the connection more tightly. From de Waal’s evolutionary perspective we learn that empathy “builds on proximity, similarity, and familiarity,” has “evolved to promote in-group cooperation,” and can be turned off when we compete as groups or individuals.¹⁴ In other words, while advocating empathy as an evolutionarily engineered mean of forwarding the individual’s self-interests through cooperation, de Waal’s theory also holds that the same tool was selected with the possibility of being effectively

¹² EUR. *Hec.* 1274.

¹³ See F. DE WAAL, *The Age of Empathy: Nature’s Lessons for a Kinder Society*, Harmony Books, New York, 2010, esp. 30–38, 223–225.

¹⁴ F. DE WAAL, *op. cit.*, 221, 80.

switched off. This must be the point where empathy and self-interest might no longer align.¹⁵

In the end, it is uncertain whether the *Iliad*, *Ajax*, and *Hecuba* encapsulate an idea of empathy as stemming from self-interest; but, if they do, is it a teaching worth taking?

V.

Despite my disagreement with individual yields of Anhalt's hermeneutics, the overall argument of *Enraged* must be acknowledged for its merit. The aim of the book is not so much that of advancing novel interpretations of the ancient texts, but rather of making an argument for their relevance to the management and resolution of pressing issues in contemporary societies. Thus, through Homer and the tragic poets, we are guided to appraise the displacement of rage and violence at the hands of reason and compassion, and their consequent retreat from both subjective and collective procedures of decision-making.

Not all arguments are equally compelling, and more attention could have been paid to those elements and ancient values that do not align with Anhalt's affectionate and overly favorable outlook; nonetheless, *Enraged* does a service to those who believe that, despite their several shortcomings, Homer and the classics have also gifted us with fundamental lessons on human values. Thus understood, the book also runs against the continuing

¹⁵ Nonetheless, de Waal is quite confident that his notion of empathy, in the form of an "enlightened self-interest," can be employed for creating better societies, but that may be due to the fact that—as argued by Carolyn Pedwell—his theory has less to do with sympathy, kindness, fairness, and solidarity than it does with actual—albeit "enlightened"—self-interest; in short, de Waal's "political philosophy is one that recognises broad ideals of cooperation and social justice so long as they do not undermine fundamental neoliberal principles of free market economic competition and individual responsibility" (C. PEDWELL, *op. cit.*, 157; argued at 155–160).

attempts of far right ideologies to appropriate ancient history and classical literature in support of ideals of militarism, nationalism, and racial supremacy; one need not go back to Nazi Germany or Fascist Italy: as observed by Steven Lundy in his review of Anhalt's book, these attempts are also championed by present-day extremisms such as the so-called Alt-Right movement.¹⁶ Curiously, however, Lundy's thought-provoking review tends to dismiss *Enraged* as itself an accomplice to classical exceptionalism, rather than appraising it as a welcome antidote against simplistic and essentially misguided readings of ancient literature.

Ultimately, Anhalt's enterprise makes a good case for both the enduring usefulness of classical education, as well as the need for a specialist knowledge upon which sound and normative readings of the classics can be built.

¹⁶ S. LUNDY, review of Emily Katz Anhalt, *Enraged: Why Violent Times Need Ancient Greek Myths*, in *Bryn Mawr Class. Rev.*, 03.35/2018, with further references.



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

JESSICA MAZZUCA

**Democrazia: mutazione culturale
o identità sociale?**

S. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, Laterza, Bari-Roma,
2018, 152

**Democrazia: mutazione culturale
o identità sociale?**

S. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2018, 152

Ciò che colpisce, e maggiormente convince, nel leggere le pagine dell'ultimo lavoro di Stefano Rodotà è la capacità di costruire un vero e proprio palinsesto, dove fili differenti, ma solo in apparenza, si mostrano organicamente intrecciati, tenendo insieme il rigore concettuale dell'interrogazione filosofica con la feconda disciplina del diritto. Procedendo nell'unico modo in cui un campo labirintico nella forma, e complesso nella sostanza, può essere visitato, Rodotà non dispiega orizzontalmente il suo sguardo, pretendendo di misurare l'estensione illimitata di saperi sigillati nella loro pretesa autosufficienza disciplinare. Ma avanza, demolendo confini, attraversando frontiere, corrodendo certezze apodittiche, revocando in questione ciò che il dominio incontrastato delle logiche di mercato ha cristallizzato nella fissità di preconcetti logori e inservibili.

Tutto ciò con una finalità esplicitamente dichiarata, e un'ambizione altrettanto manifesta, qual è quella di inoltrarsi nella scoperta dell'interiorità del fenomeno giuridico, mettendone in ascolto la sua lingua, i suoi silenzi e i suoi enigmi, di cui sono proprio i diritti fondamentali a farsi portavoce, per quanto sono in grado di definire la nostra identità, in una società dominata da restrizioni e convenzioni¹.

* Avvocato, Dottore di ricerca in "Teoria e storia del diritto Teoria del diritto ed ordine giuridico ed economico europeo", Università Magna Graecia di Catanzaro

¹ Ricondotto a questo contesto speculativo è il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali, laddove afferma che l'Unione "pone la persona al centro della sua azione".

Pur acuta, suggestiva e segnata da inattese connessioni tra diverse tematiche, l'analisi di Rodotà si concentra in modo particolare su aspetti che si prestano ad una fruizione meditata e approfondita, perché tende a delineare i contorni di un discorso che sembra oscillare tra l'interesse per il divenire della contemporaneità e una certa nostalgia per le forme del passato.

Il punto di partenza è la gravidanza dell'individuo, quale centro del dibattito sui valori, quindi l'urgenza di dare un'espressione, per quanto possibile compiuta, alle questioni dell'identificazione, del mutamento, della moltiplicazione dell'identità umana, «costruendone pazientemente il contesto all'interno del quale i diritti fondamentali possono ottenere non solo riconoscimento, ma attuazione»².

Il proliferare infinito di immagini, prive di spessore e senza profondità, pronte ad essere consumate acriticamente, ci sommerge come un fiume impetuoso, che non ci lascia il tempo di riflettere. Intorno un profluvio di icone, dati e informazioni, circolano e si moltiplicano, a volte, trasgredendo ogni autorità e ogni autenticità. Ci ossessionano, ci avvolgono, ci dominano, fino a disegnare la nostra identità.

Dinanzi a questi scenari sono possibili diversi atteggiamenti. Costatare come questo caos indistinto, nel quale confluiscono eventi anche di breve durata, disegni una realtà che prescinde dall'autonomia e dall'intenzionalità della persona interessata, annullando l'originario valore dell'identità personale. Oppure, si può considerare questa "invasione" di informazioni, il cui valore può essere, di volta in volta, simbolico,

In tal senso, l'articolo 3 esalta questa dichiarazione di principio, tutelando concretamente il valore dell'integrità fisica e psichica e, parimenti, l'articolo 8 disciplinando la protezione dei dati personali, che fanno giustamente parlare di una compiuta "costituzionalizzazione della persona".

² S. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2018, 38. E di identità personale si inizia a parlare quando John Locke nella seconda edizione del *Saggio sull'intelletto umano* si confronta con il tema della *personal identity*.

testimoniale o propagandistico, come un fenomeno irreversibile, cui occorre adeguarsi, pur se criticamente, come invita a fare Rodotà.

Inevitabile è, in questi passaggi, il confronto con l'universo della rete, labirinto perturbante senza confini, congerie di immagini, ancora in attesa di un'ermeneutica che possa decifrarne le sue intime strategie e di cui è impossibile non tenerne conto nel mondo di oggi.

Ricondotta a questo contesto, l'identificazione della persona passa, inevitabilmente, dalla relazione fra il sé e l'altro, con l'effetto che incontrare l'altro vuol dire disporsi ad un evento, il cui esito non può mai dirsi in partenza scontato. Al tempo stesso, è proprio questo incontro che non possiamo eludere, non per un generico altruismo, ma per una compiuta affermazione della nostra interiorità³.

L'identità non è mai scontata, “è un processo che opera non solo per accumulazione, ma pure per selezione, per eliminazione o per un improvviso mettere tra parentesi dati che ci riguardano”⁴, e che, perciò, ci spinge a costruirla giorno per giorno con un lavoro volto a creare valori condivisi.

Non v'è dubbio, poi, che sotto il profilo più strettamente giuridico, il momento di maggiore intensità, ma anche di più intensa carica aporetica, è senz'altro costituito dal rapporto fra la conoscenza di sé e il riverbero dell'altro, che, nella sua configurazione più rigorosa, fa emergere il tema della salvaguardia e della tutela della proiezione sociale dell'identità personale. Un'esigenza cui corrisponde un interesse positivo alla fedeltà della rappresentazione, ossia a non vedere all'esterno alterato o modificato

³ Cass R. Sunstein, in *#Republic. Divided democracy in the age of social media*, Princeton University Press, Princeton 2017, propone di introdurre un “bottono della casualità” che consenta incontri accidentali, “immaginando di poterlo schiacciare e trasformare tutti i punti di visti conservatori in progressisti, e viceversa”, così promuovendo una cultura per cui gli individui siano disposti ad ascoltare ciò che gli altri hanno da dire.

⁴ S. RODOTÀ, *op. cit.*, 32

il proprio patrimonio, in virtù di una scelta che privilegia la protezione della categoria dell'«avere» e non quella dell'«essere».

D'altronde, è su queste basi che, negli ultimi anni, si è innestato il dibattito sul diritto all'oblio, che, se nella sua connotazione semantica più lineare comporta il diritto ad ottenere la cancellazione di notizie non più attuali, sul piano ontologico assume un'accezione significativa, poiché consacra la tutela dei dati come diritto fondamentale della persona, in quanto delinea i contorni della sua dignità⁵.

Il richiamo alla dignità è, quindi, per Rodotà il presupposto necessario per passare dal pieno rispetto della persona all'affermazione della personalità della persona.

Invero, contrariamente a quanti si fanno portatori di un'idea esasperata di dignità, connotata da un estremo soggettivismo, che trova la sua unica e solida fonte dell'autodeterminazione del singolo, per Rodotà la dignità è idonea ad apprestare un concreto e valido sostegno al principio personalista, giacché “la dignità non è un diritto fondamentale tra gli altri, né una supernorma, [...] essa è venuta ad integrare principi fondamentali

⁵ Sul diritto all'oblio e sui suoi limiti si è espressa la Corte di Cassazione Sez. III, 5 aprile 2012, n.5525, la quale ha chiarito che, sebbene l'interesse pubblico sotteso al diritto all'informazione (art. 21 Cost.) costituisca un limite al diritto fondamentale alla riservatezza (artt. 2 e 21 Cost.), al soggetto cui i dati appartengono è riconosciuta l'esigenza di essere tutelato dalla divulgazione di informazioni lesive in ragione della perdita di attualità delle stesse, “sicché il relativo trattamento viene a risultare non più giustificato ed anzi suscettibile di ostacolare il soggetto nell'esplicazione e nel godimento della propria personalità”. Il tema è stato affrontato anche dalla giurisprudenza sovranazionale, fra tutti, il caso *Google vs Spain*, Corte di Giustizia UE 13 maggio 2014, in cui si è affermato il riconoscimento della tutela dei dati come diritto fondamentale della persona, quale risulta dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

già consolidati – libertà, uguaglianza, solidarietà – facendo corpo con essi e imponendone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità”⁶.

La dignità è un attributo naturale e intrinseco di ognuno, la giusta sintesi fra la dimensione astratta di ciascuno, in quanto persona, e quella in concreto del singolo individuo, nelle condizioni di fatto e di diritto in cui si realizza la sua personalità.

In questo senso, il richiamo alla dignità umana costituisce l’antidoto a ogni schieramento ideologico a priori, perché lo scopo di ogni persona dovrebbe essere la volontà del dialogo, la ricerca del senso di complessità delle cose.

Nel tentativo di delineare i contorni del panorama dei diritti fondamentali, nel tempo delle grandi rivoluzioni biologiche e scientifiche, ci sono altri temi su cui Rodotà ci invita a riflettere, senza mai astrarsi dal contesto della dignità umana, che è stata e continua ad essere una conquista che spetta ad ogni persona e a ogni civiltà nel corso della propria evoluzione. Uno di questi aspetti è, senz’altro, l’importanza del diritto al cibo⁷.

Considerato da Rodotà un’interfaccia fondamentale per una molteplicità di diritti fondamentali, il diritto al cibo presenta l’attitudine ad essere uno dei presupposti fondamentali per la maturazione della persona umana, poiché senza non potrebbe vedere appagati i bisogni umani primari e la sua stessa dignità.

⁶ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 65. Su questi temi cfr. A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi Costituzionali*, Giuffrè, Milano 2015, 168-202.

⁷ Si tratta di un diritto umano fondamentale riconosciuto da disposizioni giuridiche internazionali e da circa 100 Costituzioni del mondo (da ultimo, la Costituzione egiziana del 2014, art. 79), di cui 24 proteggono tale diritto in modo diretto. Sancito dalle Nazioni Unite attraverso la *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* del 1948 (art. 25) “quale componente fondamentale del diritto di ogni individuo ad avere un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia”. Poi riaffermato dall’ONU nel 1966 con il *Patto sui diritti economici sociali e culturali* e riconosciuto nella *Dichiarazione sulla sicurezza alimentare mondiale* nel 1996. Sul tema cfr. M. BOTTIGLIERI, *La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2016, 1-14.

Questo vuol dire che la carenza di alimenti e la difficoltà di accesso ad un'alimentazione sana tendono a conformare un ambiente in cui si attua un'evidente violazione della dignità umana. Ed è proprio lì che devono esplicitarsi gli sforzi più strenui per una effettiva tutela.

Nondimeno, la complessità dei temi e la rapidità degli sviluppi producono una distinzione sempre più accentuata tra coloro che vorrebbero migliorare, senza remore, la specie umana e quanti invece pensano alla costruzione della postumanità. Anche su questo punto Rodotà non si mostra indifferente⁸.

Anche se sorretto dal bisogno di comprendere il potenziale dell'attività di ricerca scientifica, egli preferisce affrontare questi processi attraverso il metro dei diritti fondamentali "essendo evidente che il potenziamento dell'umano, non può risolversi nella disponibilità del corpo altrui, quali che siano le sue motivazioni, culturali, paternalistiche o autoritarie"⁹.

Certamente, rispetto ai tentativi di soluzione di problematiche così delicate e complesse, che involgono gli stessi concetti di persona e di vita, il diritto non può rimanere inerte, o, addirittura, pretendere di arrestarne il naturale e progressivo sviluppo. D'altra parte, le nuove tecnologie, che vengono di solito indicate con l'acronimo NBIC (nanotecnologie, biotecnologie, informatica e cognitivismo, cioè intelligenza artificiale e robotica), nascono con l'obiettivo di *improvement*, di «miglioramento»¹⁰.

Nondimeno, per Rodotà, quando si affrontano siffatte questioni, l'accento dovrebbe essere posto con particolare intensità sulla questione della dignità umana, quale premessa culturale e antropologica dello Stato

⁸ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Torino, 2009 e *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007. Sul tema cfr. F. VIOLA, *Umano e post-umano: la questione dell'identità*, in F. Russo (a cura di), *Natura, cultura e libertà*, Armando, Roma, 2011, 89-98.

⁹ S. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, cit., p. 139.

¹⁰ Sul punto insiste il filosofo americano Allen Buchanan, *Better than human*, Oxford University Press, Oxford 2011.

costituzionale, nel rispetto della quale è di sicuro possibile trovare soluzioni proporzionate, adeguate e ragionevoli.

Il dibattito su questi temi è ancora all'inizio. E Rodotà ha senz'altro il merito di porre domande divenute oggi ineludibili.

Ricondotto a questo contesto speculativo, non vi è dubbio che il richiamo di Rodotà al concetto di dignità umana appare custodire una segreta volontà. Invero, la sua tutela è forse l'unica via per comprendere e conoscere le ragioni che alimentano lo spirito democratico. In questo senso, infatti, la mediazione della dignità umana, in sinergia con i diritti fondamentali dell'individuo, è il presupposto su cui fondare la pretesa della democrazia di essere lo strumento di controllo della compatibilità interna tra le scelte delle politiche concrete e i diritti fondamentali, e quindi garanzia di convivenza di tutti in uno spazio pubblico e neutro, al riparo dalle continue minacce dalle rinnovate forme di intolleranza e di prepotenza.

Su queste basi, non pare azzardato evocare l'esortazione che Norberto Bobbio, negli anni della Guerra Fredda, rivolgeva agli intellettuali, di "seminare dubbi, piuttosto che raccogliere certezze". Un invito che sembra assurgere a valido baluardo contro ogni schieramento ideologico, perché, come ci ricorda lo stesso filosofo, lo scopo di ogni persona dovrebbe essere sempre "l'inquietudine per la ricerca, il pungolo del dubbio, la volontà del dialogo, lo spirito critico, la misura nel giudicare, lo scrupolo filosofico".



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

EMANUELA COSTANZO

Brexit: conseguenze e scenari per i cittadini

P. MINDUS, *European Citizenship after Brexit. Freedom of Movement and Rights of Residence*, Palgrave, 2017

EMANUELA COSTANZO*

Brexit: conseguenze e scenari per i cittadini

P. MINDUS, *European Citizenship after Brexit. Freedom of Movement and Rights of Residence*, Palgrave, 2017

Esprimendo la volontà di recedere dai trattati europei il Regno Unito ha forzato gli argini di un recinto finora ritenuto invalicabile. Il progetto europeo, seppur affetto da numerose criticità, pareva ai più la migliore strategia per affrontare le sfide di un mondo globalizzato basato sull'individualismo metodologico. L'esercizio del diritto di recesso ha sfatato il mito della comunità indissolubile prospettando come reale la possibilità di un'implosione generata dal riemergere della mai sopita sovranità nazionale.

Le implicazioni politiche e giuridiche che conseguono all'attivazione dell'articolo 50 del *Trattato sull'Unione Europea* sono innumerevoli; si tratta di arrestare un processo di cinquant'anni di integrazione per formulare, nel più breve termine di due anni, un nuovo paradigma giuridico in grado di regolare i rapporti tra Regno Unito e Unione Europea. L'avvio delle negoziazioni non esime la dottrina dal formulare ipotesi rispetto agli scenari che le parti saranno chiamate ad affrontare; in questo solco si inserisce a pieno titolo il testo di Patricia Mindus¹ "*European Citizenship after Brexit*"², uno sforzo teorico volto ad analizzare le conseguenze della Brexit sulla cittadinanza europea. Concentrandosi sulle

* Dottoranda di ricerca in "Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo" presso l'università Magna Graecia.

¹ Patricia Mindus è docente di Filosofia Pratica presso l'università di Uppsala.

² P. Mindus, *European Citizenship after Brexit. Freedom of movement and Rights of Residence*, Palgrave Studies in European Union Politics, Palgrave, 2017.

insidie che il divorzio tra Regno Unito e Unione Europea produrrà per alcuni dei diritti afferenti alla cittadinanza, in special modo per la libertà di circolazione e il diritto di residenza, l'autrice propone di leggere la vicenda reinterprestando il concetto di *status civitatis* attraverso le lenti dell'approccio teorico funzionalista.

Le domande alle quali rispondere sono diverse: cosa accadrà ai diritti dei cittadini europei residenti nel Regno Unito e a quelli dei cittadini britannici residenti negli Stati membri? Possono i diritti acquisiti essere congelati senza rendere inutile l'attivazione dell'articolo 50? Chi può limitare lo status?

La necessità di avanzare una proposta teorica che possa coadiuvare l'interpretazione delle questioni sollevate deriva soprattutto dal fatto che "il modo in cui esse saranno affrontate sarà rivelatore della natura della cittadinanza europea nonché della forza o delle debolezze del legame verticale che unisce l'Unione e i suoi cittadini".

L'indagine di Patricia Mindus non è volta a prevedere gli esiti dei negoziati, a contrario questa è condotta senza avere considerazione di essi. Come la stessa autrice precisa nelle pagine dell'introduzione, la volontà di non fare previsioni rappresenta una scelta di metodo dettata dalla consapevolezza che nessun negoziato potrà essere comprensivo al punto tale da comporre tutte le possibili crepe; diversamente, una riflessione sulle soluzioni proponibili con le fonti normative attualmente a disposizione può rappresentare uno strumento per vagliare la qualità degli esiti delle trattative.

Se è pur vero che la Brexit produrrà un restringimento della sfera di validità dei trattati e dunque un'improvvisa e massiva perdita di diritti, specie per coloro che hanno fondato le loro scelte di vita facendo affidamento sulla libertà di movimento, è altresì certo che entità e misura di tale perdita non possono essere definite arbitrariamente. L'approccio funzionalista fornisce un metodo per eliminare possibili arbitrarietà senza suggerire l'adesione a nessuna concezione ontologica.

Subito dopo l'introduzione³, l'autrice traccia brevemente i caratteri della cittadinanza europea. Individuare i diritti connessi allo status del cittadino europeo è un passo fondamentale per afferrare il senso della proposta teorica avanzata nel libro. Per conoscere i tratti salienti della cittadinanza europea è necessario attingere alle fonti di diritto primario e secondario, nonché alle numerose sentenze della Corte di Giustizia che negli anni ne ha plasmato il contenuto.

L'articolo 20 del *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea* prevede un elenco di alcuni dei diritti riconosciuti a i cittadini europei: diritto di circolare e soggiornare liberamente; diritto di voto e di eleggibilità al Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro ospitante; diritto alla tutela diplomatica e consolare negli Stati in un cui non sussiste la rappresentanza del paese di provenienza; diritto di presentare petizioni al Parlamento. A tale catalogo, non esaustivo, si aggiungono i diritti sanciti nella *Carta europea dei diritti fondamentali*, come il diritto ad una buona amministrazione e il diritto di accesso agli atti delle istituzioni.

Nel tempo molti dei diritti richiamati sono stati scolpiti, rinnovati, specificati, amplificati dall'attività interpretativa della Corte di Giustizia giunta a definire la cittadinanza europea lo status fondamentale dei cittadini dell'Unione⁴.

A tenere uniti i cittadini europei, diversificando questo status dal modo di concepire la soggettività sul piano internazionale, è il divieto di discriminazione basato sulla nazionalità⁵: nessun cittadino europeo, a parità di condizioni, potrà essere assoggettato ad un trattamento differenziato a causa della sua nazionalità.

A parere della Mindus ciò che emerge è uno status sui generis, diverso dalle forme di doppia cittadinanza e dallo schema della cittadinanza

³ Vedi capitolo 2.

⁴ *Rudy Grzelczyk (C-184/99)*.

⁵ Articolo 18 TFUE.

federale, al quale viene ricollegato il godimento di un fascio molto eterogeneo di diritti (libertà, diritti politici, diritti sociali). Proprio tale eterogeneità dona al contenuto della cittadinanza un carattere proteiforme: alcuni diritti sembrano previsti per contribuire alla creazione di uno status sovranazionale (diritto di votare i rappresentanti al Parlamento europeo), altri rinforzano le relazioni di reciprocità tipiche del diritto internazionale (libera circolazione).

Particolare attenzione viene riservata dall'autrice al diritto alla libera circolazione, molto spesso considerato il cuore pulsante della cittadinanza europea. Si tratta di un diritto originariamente riconosciuto ai soli lavoratori e successivamente esteso a classi sempre più ampie di soggetti fino a raggiungere e superare lo status di cittadino europeo. Attualmente, infatti, per esercitare il diritto alla libera circolazione lo status di cittadino europeo potrebbe non essere sufficiente o anche non essere necessario; un cittadino europeo può vedersi privato di tale diritto se lo Stato ospitante prova che la sua permanenza è divenuta un onere eccessivo per il sistema di sicurezza sociale⁶; così, un cittadino appartenente ad uno stato terzo, non munito di cittadinanza europea, può muoversi liberamente all'interno dell'area Schengen perché risiede da più di cinque anni in uno Stato membro⁷, è un ricercatore o uno studente⁸. Per tali ragioni, precisa Patricia Mindus, non è esattamente corretto definire la libera circolazione come un diritto strettamente appartenente al cittadino europeo, seppure esso ha contribuito notevolmente a realizzare l'integrazione.

Alcuni diritti tradizionalmente associati alla cittadinanza europea, dunque, hanno una sfera di validità soggettiva più ampia; fra questi possiamo

⁶ Direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri - Dano (C-333/2013).

⁷ Direttiva 2003/109 relativa allo status dei cittadini dei paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

⁸ Direttiva 2016/801 relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato e collocamento alla pari.

menzionare il diritto di presentare una petizione al Parlamento europeo, il diritto di accesso agli atti, il diritto ad una buona amministrazione e la libertà di circolazione e soggiorno. Tra i diritti che più correttamente possono essere definiti “dei cittadini” abbiamo: la protezione diplomatica e consolare; il diritto di eleggere ed essere eletti al Parlamento o alle elezioni amministrative dello Stato membro in cui il cittadino risiede; il diritto di aderire ad un’iniziativa legislativa.

Occorre ora domandarsi come cambierà il godimento dei diritti dopo la Brexit⁹ esaminando distintamente la condizione dei cittadini europei residenti dal Regno Unito da quella dei cittadini britannici residenti in uno Stato membro.

La prima categoria dei soggetti non subirà una perdita della cittadinanza; ogni diritto sarà recuperato rientrando nel territorio dell’Unione, continuando ad esercitare senza restrizioni i diritti di cittadinanza il cui godimento non è territorialmente limitato. La situazione dei cittadini britannici sembrerebbe essere più infelice: divenendo agli occhi dell’ordinamento europeo cittadini di uno Stato terzo, gli stessi potranno continuare ad esercitare soltanto quei diritti di non esclusiva pertinenza dei cittadini europei. Chiarite le due diverse prospettive, occorre chiedersi cosa accadrà ai diritti acquisiti e a tutte le situazioni che cittadini europei e britannici stavano per consolidare. La questione della conservazione dei diritti acquisiti interessa posizioni che derivano dal riconoscimento dei diritti fondamentali, dalle politiche sociali, dal principio di non discriminazione ma, visto il ruolo centrale rivestito dalla questione migrazione nel dibattito antecedente la Brexit, il testo della Mindus tenta di fornire una possibile risposta per i soli diritti acquisiti derivanti dalla libertà di circolazione e soggiorno.

Decidere come regolamentare i diritti acquisti sarà certamente una delle fasi più complicate dei negoziati. Provvedimenti a favore del consolidamento delle posizioni sospese diminuiranno la pretesa

⁹ Vedi capitolo 3.

autonomia politica che si vuole rivendicare con l'uscita dall'Unione Europea. Indipendentemente da come gli accordi disegneranno i nuovi equilibri politici, un approccio teorico può divenire uno strumento per scrutinare la correttezza delle decisioni riducendo l'ambito della mera arbitrarietà.

A tal fine Patricia Mindus propone di aderire all'interpretazione del concetto di cittadinanza avanzata dall'approccio teorico funzionalista¹⁰. Secondo questa teoria, concettualmente parlando, la cittadinanza è un termine medio, un ponte che stabilisce una relazione fra i diritti ad essa attribuiti e i criteri che ne determinano l'accesso. I diritti riferiti allo status di cittadinanza ci danno informazione rispetto al contenuto dello status, alla sua *intensione*, facendoci comprendere “cosa significa essere un cittadino”; i criteri di accesso aiutano a comprenderne l'*estensione* rispondendo alla domanda “chi può diventare cittadino?”. *Intensione* ed *estensione* possono cambiare, mutare; la teoria funzionalista vuole dimostrare che tali variazioni non sono indefinite e razionalmente incontrollabili potendo essere in qualche modo previste grazie alla loro correlazione funzionale. Il rapporto matematico di correlazione funzionale¹¹ sta ad indicare che i criteri di accesso (*estensione*) dipendono dai diritti e doveri attribuiti (*intensione*): definire chi può diventare cittadino è una questione che scaturisce dalle caratteristiche richieste per il godimento dei diritti e l'esercizio della cittadinanza. Se tra intensione ed estensione non esiste questo rapporto di correlazione funzionale, la cittadinanza diviene uno strumento di chiusura sociale, afferma l'autrice. Conoscendo il contenuto dello status di cittadinanza è possibile da esso dedurre quali siano i criteri che ne definiscono l'accesso; diversamente, disponendo dei criteri di accesso possiamo desumere i diritti compatibili.

¹⁰ Vedi capitolo 4.

¹¹ La tesi della correlazione afferma che i criteri di acquisto e perdita sono funzione dei diritti riconosciuti ($f: D \rightarrow C$); funzione suriettiva in cui ogni criterio di acquisto trova corrispondenza con almeno uno dei diritti riconosciuti.

Se dall'analisi delle due variabili emerge correttamente la correlazione funzionale si ottiene uno *standard* per valutare quanto i criteri di accesso siano appropriati, adeguati, legittimi. Per esemplificare l'autrice riporta alcuni esempi. Se l'*intensione* di uno status è determinata dall'essere assoggettati all'ordinamento giuridico, un'*estensione* determinata dallo ius soli (nascita nel territorio dell'ordinamento) sarà da ritenersi adatta; così, se il contenuto è definito dal garantire la solidarietà transgenerazionale, un criterio di acquisto basato su discendenza o altro legame familiare (ius sanguinis) sarebbe da ritenersi adeguato.

Come già è stato detto, la teoria sposata da Patricia Mindus non vuole fornire nessuna adesione a qualche tipo di visione ontologica che voglia definire da un punto di vista sostanziale quali criteri di accesso o esclusione siano da prediligere (ius soli, ius sanguinis ecc.); più tosto possiamo considerarlo un metodo razionalizzante basato sull'analisi del concetto di cittadinanza.

Orbene, come può tutto ciò essere applicato al fenomeno Brexit?

La cittadinanza europea non differisce dal concetto generale di status civitatis, per tanto anch'essa costituisce un ponte tra i criteri di accesso e perdita dello status e diritti e doveri riconosciuti. Non appena si esaminano contenuto e criteri di accesso alla luce della teoria funzionalista emergono immediatamente delle asimmetrie. Tali asimmetrie devono essere eviscerate al fine di poter valutare la legittimità delle regolamentazioni e dare risposta all'incertezza giuridica che si potrebbe generare.

La mancanza di correlazione funzionale tra i criteri di intensione ed estensione che governano la cittadinanza europea derivano dalla combinazione tra il suo carattere bi-dimensionale e l'eterogeneità dei diritti ad essa attribuiti.

Veniamo ora all'analisi degli spetti riguardanti l'*intensione*¹² della cittadinanza europea per cercare di comprendere se e quali diritti possono

¹² Vedi capitolo 5.

essere salvati e per quali motivi. In accordo con la teoria proposta dall'autrice, possiamo premettere che se non esiste correlazione funzionale tra *intensione* ed *estensione* non tutti i diritti attribuiti alla cittadinanza andranno persi.

La perdita massiva della cittadinanza europea rappresenta una fattispecie senza precedenti. Per tale ragione è necessario dare uno sguardo alle fonti di diritto internazionale e cercare di plasmarle, per quanto possibile, alle necessità del recesso del Regno Unito. Secondo Patricia Mindus, la fattispecie che più si avvicina è il caso della successione tra stati. Servendoci di un ragionamento analogico potremmo dunque applicare i principi che guidano la successione tra stati alla Brexit. La letteratura sviluppata intorno alla successione tra Stati ritiene che al verificarsi di tale vento sorgono per gli stati coinvolti tre obblighi fondamentali: il dovere di negoziare delle soluzioni, il dovere di informare gli individui coinvolti e il dovere di fornire loro un diritto d'opzione scegliendo quale cittadinanza adottare. Il diritto d'opzione in particolare potrebbe costituire la base per riconoscere ai cittadini britannici e a quelli europei la possibilità di optare per la cittadinanza dello stato in cui risiedono. Nonostante lo sforzo questa prospettiva irenica pare difficilmente adattabile alla Brexit. A questo punto occorre cercare soluzioni alternative.

Il diritto di residenza, ad esempio, trova margini di resistenza sia nel diritto internazionale sia nel diritto europeo. L'autrice distingue la condizione dei cittadini britannici residenti nel territorio dell'unione dai cittadini europei residenti nel Regno Unito.

Come sopra ricordato, i cittadini britannici residenti in uno Stato membro che non dispongono di altra cittadinanza (di Stati membri), diverranno agli effetti del diritto europeo cittadini di uno stato terzo e come tali assoggettati a principi generali del diritto europeo e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Inoltre, il loro diritto di residenza potrà essere preservato dalla direttiva 2003/109, nel caso in cui siano residenti di lungo termine, o dalla direttiva 2004/38, nel caso in cui siano familiari di

un cittadino europeo. Qualora il cittadino britannico non sia né residente di lungo termine né familiare di un cittadino europeo, il diritto alla residenza in quanto tale può essere fatto valere in applicazione del principio enucleato dalla *Corte europea dei diritti dell'uomo* per il caso di apolidia generata dopo lo smembramento dell'ex Jugoslavia. In tale occasione la Corte ha statuito che le decisioni statali riguardanti l'immigrazione devono avere rispetto della vita privata e familiare¹³ e cioè dei legami sociali che si sviluppano tra i residenti e gli appartenenti alla comunità. La residenza legittimamente ottenuta prima che lo status venga ritirato dovrebbe quindi essere mantenuta.

La tutela del diritto di residenza dei cittadini europei residenti nel Regno Unito, seppur più ardua, non è del tutto infondata. Anche in questo caso potrebbe essere applicata la sopracitata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ma la sua efficacia dipenderebbe da come il Regno Unito ne interpreterà la forza vincolante una volta formalizzato il recesso. Per il resto potrebbero essere richiamati i principi del divieto di retroattività e della violazione delle legittime aspettative.

Nell'analisi svolta da Patricia Mindus il diritto di residenza sembra possa trovare ampi margini di riconoscimento nello scenario post Brexit, ciò deriva dal fatto che non si tratta di un diritto a carattere sovranazionale apparendo piuttosto come il portato di un sistema di reciprocità di rapporti tra stati molto più forte e consolidato rispetto all'idea di cittadinanza europea come status fondamentale.

Rimane a questo punto da comprendere quali declinazioni possa assumere la variabile dipendente del rapporto funzionale è cioè l'*estensione*¹⁴. Chi può determinare la perdita della cittadinanza europea? Ci sono limiti all'esercizio di questo potere?

La cittadinanza europea, essendo strettamente legata alla cittadinanza nazionale, può venire meno se il cittadino perde, per qualsiasi ragione, la

¹³ Articolo 8, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

¹⁴ Vedi capitolo 6.

cittadinanza dello Stato membro, oppure a seguito dell'attivazione dell'articolo 50 del trattato Ue. Per cui, alla domanda "chi può ritirare la cittadinanza europea" verrebbe spontaneo rispondere gli Stati membri. Patricia Mindus evidenzia come l'affare sia un po' più complicato. Con l'attivazione dell'articolo 50 si produrrà una massiva e involontaria¹⁵ perdita della cittadinanza: può una simile perdita essere decisa da un singolo stato?

Nei trattati europei non esistono norme che regolano le conseguenze della perdita della cittadinanza e il diritto internazionale sembra rafforzare i poteri degli Stati¹⁶. In realtà, seppure gli stati vantano questo potere il suo esercizio non è scevro da limiti. Alcune restrizioni sono dettate dal diritto internazionale, altre dal diritto europeo.

Nel panorama del diritto internazionale principi guida sulla perdita della cittadinanza possono essere ritrovati nella *Convenzione sulla riduzione dell'apolidia* e nella *Convenzione europea sulla nazionalità*. Purtroppo, le due fonti non possono essere utilizzate per regolamentare la Brexit perché questa non determinerà apolidia. Si potrebbe allora utilizzare l'articolo 15 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* in cui si afferma che ogni individuo ha diritto ad avere una cittadinanza della quale non può essere arbitrariamente privato. La norma, che si applica sia ai casi di apolidia sia ai casi di ritiro della cittadinanza, non specifica quando si possa parlare di sottrazione arbitraria. Di certo rientrerebbe nella sottrazione arbitraria un provvedimento che restringe retroattivamente i criteri di acquisto dello status. Quindi, per non essere in contrasto con il diritto internazionale, il Regno Unito non potrà adottare provvedimenti finalizzati a privare i cittadini europei naturalizzati del loro status.

¹⁵ A parere di Patricia Mindus la perdita della cittadinanza europea per i britannici è da considerarsi involontaria perché non consegue ad un atto di rinuncia volontaria. Il referendum non potrebbe essere paragonato ad un atto di rinuncia dal momento che dall'analisi dei voti emerge la contrarietà di intere aree territoriali all'uscita dall'Unione.

¹⁶ Convenzione europea sulla nazionalità.

Il diritto europeo, in teoria, non potrebbe estendere la propria efficacia per regolamentare la perdita dalla cittadinanza europea dal momento che essa si realizzerà in concomitanza con il recesso del Regno Unito dai trattati e quindi dalla sfera di influenza dell'ordinamento europeo eppure, l'influenza da esso esercitata nella delicata fase negoziale potrebbe riflettersi nella normativa che il Regno Unito adotterà in futuro. Anche in questo caso l'autrice ci spinge ad andare oltre le apparenze e valutare l'utilizzabilità della giurisprudenza prodotta dalla Corte di giustizia nei casi *Micheletti*¹⁷ e *Rottman*¹⁸, nonché il rispetto dei principi di non discriminazione, legittimo affidamento e leale collaborazione.

Con il caso *Micheletti* la Corte stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di avere la dovuta considerazione del diritto europeo (oltre che del diritto internazionale) nel determinare i criteri di acquisto e perdita della cittadinanza, giudicando come inammissibile una legislazione nazionale che restringe gli effetti della concessione della cittadinanza di un altro Stato membro attraverso l'imposizione di ulteriori criteri per il riconoscimento. Nel caso *Rottman* invece, la Corte riconosce il dominio riservato degli Stati nel determinare la revoca della cittadinanza nazionale ma, poiché questa ha delle conseguenze sul godimento dei diritti garantiti dai trattati, deve essere sottoposta ad un esame di proporzionalità condotto dai giudici nazionali.

Il rispetto dovuto al diritto europeo fino al momento dell'uscita ufficiale impedisce al Regno Unito l'adozione di legislazioni o provvedimenti che facilitano la naturalizzazione di alcuni cittadini europei a discapito di altri (violerebbe il principio di equità e non discriminazione) e di normative che impediscono o inaspriscono la naturalizzazione dei cittadini di altri Stati membri (ingannerebbero l'aspettativa legittima). Per le stesse ragioni gli Stati membri non possono esacerbare i criteri per naturalizzare i cittadini britannici, così come non possono porre ostacoli al ricongiungimento

¹⁷ C-369/90.

¹⁸ C-315/08.

familiare. Per contro, al fine di non violare il principio di leale collaborazione, non sarebbe loro concesso operare una naturalizzazione di massa.

Dopo avere esaminato il contenuto dei criteri di *intensione* ed *estensione* ed aver fornito gli spunti normativi per regolamentare alcune posizioni è ora possibile guardare alla cittadinanza europea e alle scelte che saranno prese con maggiore consapevolezza¹⁹.

Ricapitolando: la legittimità delle azioni intraprese sulla cittadinanza dipende dall'adeguatezza dei criteri di acquisto e perdita dello status al suo contenuto. Se il contenuto dello status è un insieme di diritti speciali o privilegi reciprocamente riconosciuti, l'imposizione unilaterale della perdita che potrebbe discendere dalla Brexit è legittima. Al contrario, se il contenuto dello status è formato da diritti politici sovranazionali, generativi di qualcosa di diverso rispetto a ciò che ha generato loro, sarebbe illegittimo imporne unilateralmente la perdita. Orbene, la cittadinanza europea comprende sia diritti che permettono l'aggregazione tra stati membri e dunque lo sviluppo di interessi reciproci, sia diritti che contribuiscono ad associare gli stati membri creando interessi comuni agli individui che attraversano le frontiere. Dal momento che l'intensione della cittadinanza europea ha questo tipo di struttura dobbiamo concludere che uno stato può legittimamente sottrarre alcuni dei diritti che ne formano il contenuto ma non altri.

Così stando le cose definire la cittadinanza europea come lo status fondamentale dei cittadini europei risulta un po' fuorviante rispetto alla realtà dei fatti.

Restituire razionalità alle politiche sulla cittadinanza reinterpretando il concetto di status civitatis alla luce della teoria funzionalista è senz'altro un nobile ed elegante tentativo. L'autrice, rivendicando la tradizione del *Realismo giuridico scandinavo*, confida nel potere che hanno i concetti giuridici nell'aiutare a comprendere il funzionamento del diritto. Come più

¹⁹ Vedi capitolo 7.

volte ribadito nello sviluppo della recensione, l'approccio funzionalista non vuole favorire l'adozione di nessuna prospettiva ideologica; è piuttosto un metodo utile a fornire uno standard sulla cui base possa essere formulato un giudizio di razionalità, coerenza e legittimità dell'azione normativa. Gli standard di coerenza però stridono fortemente con una realtà politica in cui la cittadinanza viene utilizzata per riguadagnare autorità, arginare flussi migratori inarrestabili, ridurre l'erogazione di prestazioni economiche. La cittadinanza è l'unico strumento che gli stati hanno a disposizione per ristabilire la loro autorità in un panorama in cui i poteri economici schiacciano quelli pubblici e la globalizzazione scardina e ridisegna i tradizionali confini territoriali. Più instabile è il potere, più irrazionali saranno i criteri che determinano l'accesso alla cittadinanza.

A livello europeo le cose non sembrano cambiare. Dopo anni di crisi economica il progetto europeo, conseguenza e non causa della prosperità, sembra stia per crollare. Di certo ciò che emerge è una resistenza maggiore dei diritti basati sulla reciprocità rispetto a quelli che comportano un richiamo all'idea di un'entità sovranazionale forte. Probabilmente fino a quando l'Unione Europea rimarrà quell'istituzione sui generis a metà strada tra un'organizzazione federale e una semplice congregazione di stati, tutti i diritti che si spingono oltre questa prospettiva rimarranno deboli, privi del supporto materiale necessario per il loro funzionamento.

Una spinta riformatrice potrebbe basarsi sulle informazioni che ci derivano dalla legislazione emanata per alcuni dei diritti che sono espressione dei rapporti di reciprocità. Prendiamo ad esempio la direttiva che regola la libera circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari (2004/38) e la direttiva che disciplina la circolazione dei cittadini dei paesi terzi. Entrambe considerano il periodo di cinque anni di residenza un tempo congruo per poter attribuire determinate prerogative, permettendo ai residenti di esercitare diritti e partecipare alla comunità del luogo in cui si svolge la loro vita, si consolidano legami e si sviluppano interessi. Un progetto teso ad armonizzare la normativa europea e quella interna agli

Stati membri che abbia lo scopo di rendere il termine di cinque anni di residenza un termine idoneo per riformare i criteri di accesso alla cittadinanza potrebbe forse risultare meno tracotante.